



RADE

**Revue Africaine de Droit de l'Environnement
African Journal of Environmental Law**

**«Accès aux ressources génétiques et
partage des avantages résultant de leur
exploitation»**

***«Access to Genetic Resources and the Fair
and Equitable Sharing of Benefits Arising
from their Utilization»***

N° 02 • 2014

COMITÉ SCIENTIFIQUE

Président : Ibrahima LY

Membres : Faouzia ABDOULHALIK, Aboubacar AWAISS, Antonio H. BENJAMIN, Fatimata DIA, Stéphane DOUMBÉ-BILLÉ, Amidou GARANÉ, Mohamed Ali MEKOUAR, Aimé Joseph NIANOGO, Parfait OUMBA, Harinirina Saholy RAMBININTSAOTRA, Yacouba SAVADOGO

Secrétaire de rédaction : Marina Isabelle BAMBARA

La Revue Africaine de Droit de l'Environnement (RADE) est publiée semestriellement sous la responsabilité de l'Université Cheick Anta Diop de Dakar, avec le soutien de l'Union Internationale pour la Conservation de la Nature (UICN) et l'Institut de la Francophonie pour le Développement Durable (IFDD). Elle vise à promouvoir l'essor du droit de l'environnement et à renforcer son effectivité en Afrique, moyennant la diffusion d'informations et d'idées, et le partage d'expériences et de bonnes pratiques.

Les opinions exprimées dans cette publication ne reflètent pas nécessairement celles de l'UICN ou de l'IFDD.

Adresse de la revue : Laboratoire d'Études et de Recherches en Politiques Droit de la Santé et de l'Environnement, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université Cheikh Anta DIOP, B.P 5005 Dakar, Sénégal

Secrétariat - contact : rade@iucn.org

Couverture arrière : Jacaranda mimosifolia, Colline royale d'Ambohimanga, Madagascar, Patrimoine Mondial de l'UNESCO, Faouzia ABDOULHALIK, novembre 2014.

ISSN : 2308-2259

RADE

**Revue Africaine de Droit de l'Environnement
African Journal of Environmental Law**

**«Accès aux ressources génétiques et partage des avantages
résultant de leur exploitation (APA).» : Enjeux et perspectives
pour un développement durable en Afrique**

***«Access to Genetic Resources and the Fair and
Equitable Sharing of Benefits Arising from their
Utilization (ABS).» : Challenges and perspectives for
a sustainable development in Africa***



N° 02 • 2014

SOMMAIRE

Préface	7
Tribune	9
Introduction	11

PREMIÈRE PARTIE : APA, DROIT AU DÉVELOPPEMENT ET LUTTE CONTRE LA PAUVRETÉ

Le protocole de Nagoya à la lumière du droit au développement Guy Jules KOUNGA et Frédéric PERRON-WELCH	17
L'équité au cœur de l'APA : le Protocole de Nagoya et la Loi modèle de l'Union africaine sous la loupe Sophie LAVALLÉE et Pag-Yendu M. YENTCHARÉ	41

DEUXIÈME PARTIE : APA ET DROITS DES COMMUNAUTÉS LOCALES ET AUTOCHTONES

Lecture du Protocole de Nagoya sous l'angle de la protection de la biodiversité et des savoirs traditionnels Marcel AMBOMO	65
Traditional Knowledge as a Genetic Resource: Protections for Sustainable Development in Africa June N.P. FRANCIS, Christina BENINGER and Stefanie BENINGER	79
APA et droits des communautés locales et autochtones en Afrique de l'Ouest et Centrale Cécile OTT DUCLAUX-MONTEIL	105

TROISIÈME PARTIE : MISE EN ŒUVRE DE L'APA AU NIVEAU NATIONAL

Enjeux et défis pour la mise en place du dispositif APA à Madagascar : les droits locaux et les contrats de bioprospection Harinirina Saholy RAMBININTSAOTRA et Guy RABARISON	123
La reconnaissance du principe de l'APA dans la législation congolaise : enjeu pour le développement durable Felix credo LILAKAKO MALIKUKA	145
L'accès aux ressources génétiques et le partage équitable des avantages résultant de leur utilisation au Burkina Faso: illustration par la législation sur les produits forestiers non ligneux Firmin W. OUEDRAOGO	159
Liste des contributeurs	170



PRÉFACE

Aimé J. NIANOGO*, Fatimata DIA*

La Convention sur la diversité biologique (CDB), issue du Sommet de Rio de 1992 qui consacra la reconnaissance du droit international de l'environnement, a été précédée par une série de conventions apparentées, mais axées sur des éléments bien spécifiques des ressources biologiques, telle que la Convention RAMSAR sur les zones humides (1971), la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES 1973).

La CDB, elle, a essayé d'innover. En effet, même si elle n'a pas pu prendre en compte l'ensemble du contenu de ces textes précédents, elle part du principe d'une protection de la biodiversité de façon globale ; elle a par ailleurs poussé plus loin, en incluant une réglementation précise sur l'accès et l'usage de ces ressources, ainsi que sur la répartition des avantages liés à leur exploitation, « Accès aux ressources génétiques et partage des avantages résultant de leur exploitation » (APA) pour citer fidèlement la convention.

Il est ainsi indiqué en son article 15.1 qu' «Etant donné que les États ont droit de souveraineté sur leurs ressources naturelles, le pouvoir de déterminer l'accès aux ressources génétiques appartient aux gouvernements et est régi par la législation nationale». Ainsi, en donnant une certaine latitude aux États dans la réglementation de l'accès à leurs ressources tout en ayant un regard sur les avantages générés par leur exploitation, et en les incitant à faciliter l'accès à ces ressources sous certaines conditions à d'autres États utilisateurs, la Convention ne se contente pas d'encadrer seulement la conservation de la diversité biologique. Mais à travers l'APA, elle entre plutôt au cœur même des rapports interétatiques, notamment sur les questions pratiques, liées à l'exploitation des ressources génétiques, en énonçant de manière claire les droits et les obligations découlant de l'utilisation aussi bien pour les États utilisateurs que pour les États fournisseurs.

Cette précision donne une certaine force à l'effectivité du droit international de l'environnement, qui reste considéré comme un droit «mou» qui peine à définir des règles impératives, d'applicabilité effective, au sein des États parties.

Il était donc pertinent d'analyser les impacts de l'APA sur l'effectivité du droit international lors de son application dans la législations des États, car en étant plus regardant, l'on constate que la réussite des autres objectifs de la CDB, à savoir «la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments» , tourne autour de l'APA, étant entendu que la conservation et l'utilisation durable des ressources, dépendent à tout point de vue d'une exploitation rationnelle et consensuelle par les États parties.

* Directeur Régional de l'Union Internationale pour la Conservation de la Nature (UICN), Programme Afrique Centrale et Occidentale (PACO).

* Directrice de l'Institut de la Francophonie pour le Développement Durable (IFDD).



Il sied donc que ce 2^{ème} numéro de la RADE soit consacré à l'APA, enrichi d'un nouvel instrument majeur, le Protocole de Nagoya, entré en vigueur le 12 octobre 2014. L'ambition affichée ici est de contribuer à répondre aux objectifs que poursuivent l'UICN et l'IFDD, dans leur quête perpétuelle de contribuer à la vulgarisation du droit de l'environnement, toute chose qui concoure à son applicabilité et donc à son effectivité. Ce numéro focus sur l'APA aura le double avantage d'offrir une meilleure appréhension du concept et de permettre à ces deux institutions de rester fidèles à leur ambition.

TRIBUNE

IBRAHIMA LY*

Le corpus du droit de l'environnement s'est enrichi de l'adjonction d'une nouvelle convention internationale : le Protocole de Nagoya. Le 12 octobre 2014, ce traité est entré en vigueur à la suite de la ratification du Soudan, conformément à son article 33-1 qui prévoit que « Le présent Protocole entre en vigueur le quatre-vingt-dixième jour suivant la date de dépôt du cinquantième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, par les États ou les organisations régionales d'intégration économique qui sont Parties à la Convention ».


Il reste à présent, pour les États signataires, à relever le défi de sa mise en œuvre. Rien de moins évident, étant donné que les termes de cet accord ressortissent du domaine de la «*soft law* conventionnelle». En effet, rédigés bien souvent sous la forme d'incitations, invitant les États à faire «dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra», il oblige les États à prendre des dispositions plus fermes dans leurs lois nationales, afin de donner plein effet aux engagements qu'ils ont pris le 29 octobre 2010 en adoptant le Protocole de Nagoya.

Dans ce numéro spécial consacré à l'«Accès aux ressources génétiques et partage des avantages résultant de leur exploitation (APA) : enjeux et perspectives pour un développement durable en Afrique», la Revue Africaine de Droit de l'Environnement veut contribuer au débat qui vise à rendre effectives les dispositions de cette nouvelle convention internationale. À cet effet, les auteurs portent un regard critique sur les difficultés que cette mise en œuvre peut susciter, en les abordant aussi bien à partir d'une perspective conceptuelle, que d'un point de vue pratique grâce aux exemples concrets cités.

De ce point de vue, ce numéro spécial peut être considéré comme un véritable creuset, où se brassent les idées d'auteurs issus de trois continents : l'Afrique, l'Amérique du Nord et l'Europe. Il aborde les questions posées par le Protocole de Nagoya à partir de perspectives différentes. Alors que certains voient dans le Protocole de Nagoya un outil de réalisation du droit au développement, d'autres perçoivent la justice et l'équité comme cadre pour son analyse. Certains traitent de la problématique de la biopiraterie ou de la protection des savoirs traditionnels pour la réalisation du développement durable en Afrique. D'autres abordent les défis internes de gouvernance du fait des éventuels conflits de rôles et de compétences, ou soulignent les innovations juridiques proposées par des législations nationales et les enjeux définitionnels que présupposent les textes de lois sur l'APA.

Une isotopie majeure semble toutefois se dégager de leurs textes, et évoque la grande inquiétude quant à la capacité du Protocole de Nagoya, à favoriser le développement durable en Afrique. À tout le moins, elle annonce que la réalisation du troisième objectif de

* Directeur du Laboratoire d'études et de recherches en politique, droit de l'environnement et de la santé, Université Cheikh Anta DIOP, Dakar, Sénégal.



la Convention sur la diversité biologique ne sera pas chose aisée. En effet, elle exigera une capacité d'innovation de la part des juristes de l'environnement en Afrique, qui doivent se surpasser : depuis la connaissance des nombreuses conventions internationales, provenant aussi bien du domaine du droit économique que celui de l'environnement tout court, à la dextérité dont ils devront faire preuve en matière de légistique, en passant par une mise en cohérence avec les textes de droit national et international déjà en vigueur, le Protocole de Nagoya révèle une complexité sans pareille.

Elle n'est cependant pas insurmontable. Les auteurs ont attiré l'attention des États sur les écueils à ne pas commettre, au regard des expériences passées sous l'égide de la Convention sur la diversité biologique. Ils ont fait des recommandations qui orienteront vers des avenues proportionnelles aux ambitions de justice et d'équité portées par le Protocole de Nagoya, aussi bien entre le Nord et le Sud, qu'envers les utilisateurs, les fournisseurs de ressources génétiques et les communautés autochtones ou locales dont les savoirs inspirent l'innovation.

Ce numéro spécial de la RADE sur l'APA témoigne de la présence alerte des auteurs sur une thématique porteuse de nombreuses implications pour le développement durable du continent africain, dont la richesse en matière de ressources génétiques n'est plus à démontrer. Il réaffirme le positionnement de la Revue en tant qu'outil d'information, de sensibilisation, de formation et de vulgarisation du droit de l'environnement en Afrique. Gageons qu'elle remplisse utilement sa mission, en interpellant tous ceux qui sont concernés par la mise en œuvre du Protocole de Nagoya sur l'impérieuse nécessité d'en faire un outil de développement durable.

INTRODUCTION

Amidou GARANÉ* et Pag-Yendu M. YENTCHARÉ*

Accès aux ressources génétiques et partage des avantages résultant de leur exploitation (APA) : enjeux et perspectives pour un développement durable en Afrique

La protection de la diversité biologique a été pendant des décennies, au cœur des préoccupations de la communauté internationale en raison de son importance pour la survie de l'homme et des menaces qui pèsent sur elle. Ces préoccupations ont été prises en compte à partir de 1992 par l'adoption de la Convention sur la diversité biologique (CDB) qui se donne entre autres pour principaux objectifs, la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable des éléments constitutifs de la diversité biologique et l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des bénéfices résultant de leur exploitation.


Si la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique constituaient jusqu'à cette période des préoccupations classiques abordées par certaines conventions internationales, l'accès aux ressources génétiques et le partage équitable des avantages résultant de leur exploitation constituent sans doute l'innovation majeure de la CDB. Cette préoccupation ressort expressément des objectifs de la CDB qui est « le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des techniques pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux techniques et grâce à un financement adéquat ».

On entend par « ressource génétique » le matériel d'origine végétale, animale ou microbienne contenant des gènes et ayant une valeur réelle ou potentielle. Ce matériel peut présenter des avantages importants pour la société, permettant le développement de nouveaux produits dans les secteurs de l'alimentation, la pharmacie, la bio-industrie, etc.

La consécration de l'APA par la convention sur la CDB a été sans conteste, l'une des innovations majeures du droit de la diversité biologique issue de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (CNUED). Pendant longtemps, l'absence d'une réglementation internationale en la matière avait favorisé le libre accès, de fait, aux ressources génétiques notamment des pays en développement et du même coup, la bioprospection anarchique encore appelée biopiraterie. La CDB vient ainsi déterminer, pour la première fois, les principes et les principales règles qui devront désormais régir les ressources génétiques, tant dans l'accès que dans le partage des bénéfices résultant de leur exploitation. Elle détermine le statut de ces ressources en consacrant le droit des États et des peuples sur ces ressources. Elle dispose en effet que « les États ont droit de souveraineté sur leurs ressources naturelles, le pouvoir de déterminer l'accès aux ressources génétiques appartient au gouvernement et est régi par la législation nationale ». Ainsi, l'accès aux ressources génétiques est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause de la partie qui fournit les dites ressources. Bien que relevant de leurs droits, chaque État doit

* Maître-Assistant, Université de Ouagadougou 2, Burkina Faso.

* Doctorant, droit international de l'environnement, Faculté de droit, Université Laval, Canada.



s'efforcer de créer les conditions propres à faciliter l'accès aux ressources génétiques aux fins d'utilisation écologiquement rationnelle par d'autres parties contractantes et de ne pas imposer de restrictions allant à l'encontre des objectifs de la présente convention (CDB, art.15). La CDB apporte des solutions novatrices et décisives notamment avec la contractualisation de l'accès et le partage des bénéfices tirés de l'exploitation des ressources génétiques.

La CDB a été complétée par la suite, en matière de ressources génétiques, par le Protocole de Nagoya du 29 octobre 2010, sur l'Accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation. L'adoption de ce Protocole est d'une très grande importance en matière de conservation et d'utilisation durable de la diversité biologique. Il développe et précise les principes et règles consacrés par la CDB. Il assure une plus grande sécurité juridique et davantage de transparence tant pour les fournisseurs que pour les utilisateurs des ressources génétiques d'une part, en créant des conditions plus prévisibles et transparentes pour l'accès aux ressources génétiques et d'autre part, en contribuant à assurer un partage des avantages, lorsque des ressources génétiques quittent une Partie contractante les fournissant. En contribuant à assurer un partage équitable des avantages, le Protocole de Nagoya crée des incitations en faveur de la conservation et de l'utilisation durable des ressources génétiques, et renforce par conséquent la contribution de la diversité biologique au développement et au bien-être humain.

Le Protocole de Nagoya est entré en vigueur le 12 octobre 2014, après sa ratification par 51 États Parties à la CDB dont 23 États africains, ce qui dénote manifestement l'intérêt que le continent attache à cette importante question des ressources génétiques¹.

L'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages découlant de leur utilisation (APA) demeurent de nos jours l'une des questions les plus importantes et les plus vivement débattues au sein de la CDB. La question des enjeux liés à l'APA est à la fois complexe et en constante évolution. Elle est au cœur du développement durable car elle recouvre de nombreux enjeux environnementaux, économiques, politiques, sociaux et éthiques. Elle revêt une importance particulière notamment pour les pays en voie de développement, grands pourvoyeurs de ressources génétiques aux pays du Nord, mais qui estiment souvent ne pas recevoir une juste part des avantages découlant de l'utilisation surtout commerciale de leurs ressources génétiques.

C'est dans cette perspective que le numéro 2 de la RADE est consacré à l'APA dans le contexte du continent africain. Il porte particulièrement sur le thème «Accès aux ressources génétiques et partage des avantages résultant de leur exploitation (APA) : enjeux et perspectives pour un développement durable en Afrique». Il s'agit de dégager, en ce qui concerne les États africains, les enjeux liés aux ressources génétiques, d'évaluer les progrès accomplis dans la mise en œuvre des instruments conventionnels, d'identifier les défis et contraintes qui entravent l'APA, ainsi que les solutions envisageables pour la pleine effectivité de cet instrument sur le continent africain.

¹ Afrique du Sud, Bénin, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Comores, Côte d'Ivoire, Egypte, Ethiopie, Gabon, Gambie, Guinée Bissau, Ile Maurice, Kenya, Madagascar, Malawi, Mozambique, Namibie, Niger, Ouganda, Rwanda, Seychelles, Soudan.



Quelles sont les préoccupations qui ayant motivé la communauté internationale à apporter une réponse conventionnelle aux questions d'APA ? Quels rapports l'APA entretient-il avec les autres objectifs de la CDB que sont l'utilisation durable et la conservation de la diversité biologique ? En quoi l'APA est-il un instrument majeur du développement durable, en termes de contribution à la protection de l'environnement et au développement économique, social et culturel ? Comment est mis en œuvre l'APA dans les pays africains ? Quelles sont les contraintes politiques, juridiques, institutionnelles, économiques, techniques et socioculturelles qui handicapent la promotion de l'APA en Afrique ? Quel rôle futur l'Afrique pourrait-elle jouer dans le développement de l'APA sur le continent ? Ce sont autant de questions auxquelles ce numéro 2 de la RADE s'efforce d'apporter des éléments de réponse.

Le présent numéro comporte trois parties.

La première porte sur les relations entre l'APA et le droit au développement particulièrement la lutte contre la pauvreté en Afrique. Elle analyse les opportunités qu'offre l'APA pour l'amélioration des conditions de vie des populations surtout rurales.

La deuxième partie porte sur l'APA et les droits des communautés locales et autochtones à travers la protection des connaissances, innovations et pratiques des sociétés africaines. Elle analyse comment la mise en œuvre de l'APA doit contribuer à la protection des savoirs traditionnels, des droits culturels des communautés africaines qui ont su préserver ces ressources génétiques durant des millénaires.

Quant à la troisième partie, elle est consacrée à la mise en œuvre de l'APA au niveau national, à travers notamment l'adoption de mesures législatives, réglementaires ou autres, en vue de contribuer à la mise en œuvre des dispositions du Protocole de Nagoya.



PREMIÈRE PARTIE

APA, DROIT AU DÉVELOPPEMENT ET LUTTE CONTRE LA PAUVRETÉ



LE PROTOCOLE DE NAGOYA À LA LUMIÈRE DU DROIT AU DÉVELOPPEMENT

Guy Jules KOUNGA et Frédéric PERRON-WELCH

Résumé

Bien que les pays en développement possèdent une grande richesse en ressources génétiques, ils ne tirent pas profit, d'une façon équitable, des avantages tirés de l'exploitation de ces ressources. Le Protocole de Nagoya constitue aujourd'hui le principal cadre de mise en œuvre portant sur l'accès et le partage des avantages liés aux ressources génétiques. Ayant dépassé 50 ratifications, il est entré en vigueur le 12 Octobre 2014, au moment de la première Conférence des parties (CdP 1) qui s'est tenue en même temps que la CdP 12 à la Convention sur la diversité biologique. Analysé à la lumière du droit au développement, le Protocole de Nagoya apparaît comme un reflet des fondements du droit au développement et une application même de ce droit. Il devient alors évident de comprendre le Protocole aussi comme un instrument de promotion et de réalisation du droit au développement.

Mots clés : Protocole de Nagoya ; accès et partage des avantages ; droit au développement ; communautés autochtones et locales ; gouvernance.

Abstract

Even though developing countries contain a great wealth of genetic resources, they do not derive an equitable share of the benefits derived from the use of these resources. The Nagoya Protocol today constitutes the principal framework for the implementation of access and benefit sharing for genetic resources. Having exceeded 50 ratifications, it entered into force on 12 October 2014, during the CoP-MoP 1 held alongside CoP 12 of the Convention on Biological Diversity. Analyzed in light of the right to development, the Nagoya Protocol appears to reflect the foundational elements of the right to development, and even, to be an application of this right. It thus becomes evident that the Protocol must also be understood as an instrument to promote and achieve the right to development.

Key words : Nagoya Protocol; access and benefit sharing; right to development; indigenous and local communities; governance.

Introduction

La Convention sur la diversité biologique (CDB) repose sur trois objectifs : la conservation de la diversité biologique (biodiversité), l'utilisation durable des éléments de la biodiversité, et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques (APA). Le troisième objectif a trainé à se réaliser pour des raisons évidentes : les pays en développement possèdent, pour la plupart d'entre eux, une grande richesse en ressources génétiques. Tous considèrent qu'ils ne tirent pas profit, d'une façon acceptable, des avantages tirés de l'exploitation de ces ressources. C'est dans ce cadre que se situe le débat sur l'élaboration et la négociation d'un régime international, relatif à l'accès aux ressources génétiques et au partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation (APA). Ce débat, mené depuis 1993 sous l'égide de la Conférence des Parties (CdP) à la CDB, a débouché en 2002 à l'adoption des Lignes Directrices de Bonn, et en 2010 à l'adoption du Protocole de Nagoya, qui constitue aujourd'hui le principal cadre de mise en œuvre du troisième objectif de la Convention portant justement sur l'APA.

L'adoption du Protocole de Nagoya² figure parmi une multitude de décisions prises à la dixième Conférence des Parties à la CDB. La décision X/6³, intitulée « Intégration de la biodiversité dans l'élimination de la pauvreté et le développement » souligne le rôle que peut jouer la biodiversité dans l'élimination de la pauvreté et le développement. À la Conférence Rio+20 en 2012, les États ont également reconnu le rôle que peut jouer l'APA en contribuant à la conservation et à l'exploitation durable de la biodiversité, à l'élimination de la pauvreté et à la préservation de l'environnement.⁴ À la même occasion, les États ont pris note de l'adoption du Protocole de Nagoya et ont invité les parties à la CDB à le ratifier afin de garantir son entrée en vigueur dès que possible.

Le Protocole est entré en vigueur le 12 Octobre 2014, quatre-vingt-dix jours après le dépôt du cinquantième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.⁵

2 CdP à la CDB 10, Décision X/1, Annexe 1 : *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation*. UNEP/CBD/COP/DEC/X/1. Nagoya. Secrétariat de la Convention sur la diversité Biologique, 2010. [<http://www.cbd.int/doc/decisions/cop-10/cop-10-dec-01-fr.doc>]. (Dernier accès le 17/07/2014).

3 CdP CDB 10, Décision X/6 : *Intégration de la biodiversité dans l'élimination de la pauvreté et le développement*. UNEP/CBD/COP/DEC/X/6. Nagoya. Secrétariat de la Convention sur la diversité Biologique, 2010 [<http://www.cbd.int/doc/decisions/cop-10/cop-10-dec-06-fr.doc>]. (Dernier accès le 17/07/2014).

4 Assemblée générale des Nations Unies, *L'avenir que nous voulons*. A/RES/66/288. Rio de Janeiro. Assemblée générale des Nations Unies, 2012. http://www.uneca.org/sites/default/files/page_attachments/7._resolution_adoptee_par_lassemblee_generale_lavenir_que_nous_voulons.pdf (dernier accès le 17/07/2014).

5 Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *État de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion*, <http://www.cbd.int/abs/nagoya-protocol/signatories/default.shtml> (dernier accès le 15/07/2014).

Il importe de noter que la question de l'APA revêt une importance particulière pour les pays en voie de développement. Ces pays représentent en effet les plus grands dépositaires de la biodiversité et estiment souvent ne pas recevoir une juste part des avantages découlant de l'utilisation de leurs ressources. A Rio+20, Les États ont réaffirmé la valeur intrinsèque de la diversité biologique (biodiversité) et de ses éléments constitutifs sur les plans environnemental, génétique, social, économique, scientifique, éducatif, culturel, récréatif et esthétique; ainsi que son rôle décisif dans la préservation des écosystèmes qui fournissent des services essentiels contribuant grandement au développement durable et au bien-être des populations⁶. Parce que préoccupations répétées, les pays en développement s'inquiètent en conséquence des questions de leur développement en rapport avec la biodiversité et l'APA; le développement étant défini comme un « *processus global, économique, social, culturel et politique, qui vise à améliorer sans cesse le bien-être de l'ensemble de la population et de tous les individus, sur la base de leur participation active, libre et significative au développement et au partage équitable des bienfaits qui en découlent* ». ⁷

En réponse à ces préoccupations, le Protocole de Nagoya met l'accent sur la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles, la coopération internationale, le transfert de technologie, l'accès aux ressources génétiques avec la participation des communautés autochtones et locales, le partage juste et équitable des avantages tout en reconnaissant le rôle capital que jouent les femmes en la matière. Le Protocole de Nagoya reconnaît également le rôle de l'APA dans le développement et la lutte contre la pauvreté.

En s'appuyant sur ces éléments, le Protocole de Nagoya se rapproche de la conception du droit au développement qui est « *un droit inaliénable de l'homme en vertu duquel toute personne humaine et tous les peuples ont le droit de participer et de contribuer à un développement économique, social, culturel et politique dans lequel tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales puissent être pleinement réalisés, et de bénéficier de ce développement* ». ⁸

C'est le lieu de relever que l'APA est au cœur du Protocole de Nagoya. L'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées est conditionné par un consentement préalable donné en connaissance de cause (CPCC) et la participation des communautés autochtones et locales (CAL). Pour utiliser les termes propres au droit au développement, on dirait que les communautés autochtones et locales ont le droit de participer à l'accès aux ressources génétiques et de bénéficier de cet accès. Cette participation et le partage des avantages étant censés aboutir à

6 Assemblée générale des Nations Unies, *L'avenir que nous voulons*. A/RES/66/288. Rio de Janeiro. Assemblée générale des Nations Unies, 2012. http://www.uneca.org/sites/default/files/page_attachments/7._resolution_adoptee_par_lassemblee_generale-lavenir_que_nous_voulons.pdf (dernier accès le 17/07/2014).

7 Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration sur le droit au développement*. Résolution A/RES/41/128. Assemblée générale des Nations Unies, 1986. <http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm> (dernier accès le 17/07/2014).

8 Ibid à l'Article 1.



leur développement. A Rio +20, les États ont estimés que les savoirs, innovations et pratiques traditionnels des populations autochtones et des communautés locales, contribuent grandement à la préservation et à l'exploitation durable de la biodiversité et que leur application plus large peut favoriser le bien-être social et les modes de subsistance durables. Nous savons en outre que les populations autochtones et les communautés locales dépendent souvent plus directement de la biodiversité et des écosystèmes et sont par conséquent plus fréquemment et immédiatement touchées par leur perte et leur dégradation⁹

En se rapprochant du droit au développement, le Protocole de Nagoya fait face à des questions conséquentes :

- Le Protocole de Nagoya puise-t-il ses fondements en même temps dans la CDB et la Déclaration sur le droit au développement et autres textes qui traitent du droit au développement ?
- En quoi le Protocole de Nagoya contribue-t-il à la réalisation du droit au développement¹⁰?

En réalisant le troisième objectif de la CDB, le Protocole de Nagoya se présente en même temps comme une vitrine du droit au développement. En faisant une analyse minutieuse du Protocole de Nagoya, l'on peut déduire que l'APA apparaît comme un reflet des fondements du droit au développement **(1)** et une application du droit au développement **(2)**.

1. L'APA, un reflet des fondements du droit au développement

À la lecture de la Déclaration sur le droit au développement, il ressort que les principes sous-jacents de ce droit sont constitués de l'autodétermination des peuples et de leur souveraineté sur les ressources naturelles, de la participation, de l'égalité, de la répartition équitable des avantages, de la place des femmes et des populations autochtones dans le développement¹¹. Parmi ces principes, d'autres sont liés directement au Protocole de Nagoya : il s'agit du droit à l'autodétermination et à la souveraineté sur les ressources naturelles **(1.1)**, des titulaires du droit au développement **(1.2)** et de la lutte contre la pauvreté **(1.3)**.

9 Ibid au para 197.

10 Allusion est faite ici à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

11 Pour une lecture complète des principes sous-jacents du droit au développement, voir United Nations Publication, Realizing the Right to Development and a new Development Agenda, HR/PUB/12/4. United Nations. 2013.

1.1. Le droit à l'autodétermination

Le Protocole de Nagoya dans son préambule rappelle l'article 15 de la Convention sur la diversité biologique. L'alinéa 1 de cet article renvoie à la souveraineté des États sur les ressources naturelles qui est la composante essentielle du droit à l'autodétermination (1.1.1) et le droit de réguler l'accès qui en est la conséquence (1.1.2).

1.1.1. La souveraineté sur les ressources naturelles

En réaffirmant les droits souverains des États sur leurs propres ressources naturelles¹², le Protocole de Nagoya s'inscrit à la suite de la Déclaration sur le droit au développement¹³, qui fait du droit à l'autodétermination, un de ses fondements.

Depuis 1945, la souveraineté permanente sur les ressources naturelles apparaît comme un principe de droit international. Ce principe est même reconnu par la Cour Internationale de Justice dans son Jugement du 19 décembre 2005 dans le cas relatif aux activités armées sur le Territoire du Congo¹⁴. Il faut dire que ce principe prend naissance dans deux domaines principaux des Nations Unies à savoir, le développement économique des pays en développement et l'autodétermination des peuples colonisés¹⁵.

La Déclaration sur le droit au développement consacre le droit à l'autodétermination dans plusieurs de ses dispositions. Elle déclare notamment que le droit de l'homme au développement suppose, la pleine réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes qui comprend l'exercice de leur droit inaliénable à la pleine souveraineté sur toutes leurs richesses et leurs ressources naturelles¹⁶. En outre, l'article 5 de la Déclaration dispose que « *Les États prennent des mesures décisives pour éliminer les violations massives et flagrantes des droits fondamentaux des peuples et des êtres humains qui se ressentent de situations telles que celles qui résultent de l'apartheid, de toutes les formes de racisme et de discrimination raciale, du colonialisme, de la domination et de l'occupation étrangères, de l'agression, de l'intervention étrangère et de menaces contre la souveraineté nationale, l'unité nationale et l'intégrité territoriale, de la menace de guerre ainsi que du refus de reconnaître le droit fondamental des peuples à disposer d'eux-mêmes* ».

12 Voir le préambule du Protocole de Nagoya.

13 Plusieurs autres instruments internationaux parlent du droit à l'autodétermination. On peut citer la Charte de l'ONU, le Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples colonisés, la Déclaration relative aux principes du droit international touchant aux relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies (1970), la Déclaration sur le Progrès et le développement social (1969), la Déclaration et le programme de Vienne (1993).

14 Activités armées sur le Territoire du Congo (République Démocratique du Congo contre l'Ouganda), Jugement, I.C.J. Reports 2005, p. 168, paras. 243-246.

15 Voir à ce propos les développements de Nicolaas Schrijver, *Self-determination of Peoples and Sovereignty over natural Wealth and Resources, Realizing the Right to Development and a new Development Agenda*. United Nations Publication, 2013, Part 2, Chapter 5.

[<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/RTDBook/PartIIChapter5.pdf>]

16 Voir l'article 1 alinéa 2 de la Déclaration sur le droit au développement.

Lorsque l'on analyse les principaux textes onusiens¹⁷ (Charte, Pactes, Déclarations et résolutions de l'Assemblée générale), il ressort que la jouissance du droit des peuples à l'autodétermination dépend en particulier des éléments suivants : le libre choix du statut politique et du développement économique, social et culturel; la souveraineté des peuples sur leurs ressources naturelles; l'égalité de droits des peuples; la non-discrimination; l'égalité souveraine des États; le règlement pacifique des différends; la bonne foi dans l'accomplissement des obligations et dans les relations internationales; le non-recours à la force; la coopération internationale et le respect de la part des États de leurs engagements internationaux, en particulier en matière de droits humains.

Ainsi défini, le principe de la souveraineté sur les ressources naturelles englobe le droit des États et des peuples de disposer librement de leurs ressources naturelles¹⁸.

La CDB et le Protocole de Nagoya garantissent la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles. La CDB est le premier¹⁹ instrument international contraignant qui reconnaît le droit souverain des États sur les ressources naturelles existant dans leur juridiction. Ceci représente un changement notoire de paradigme, le paradigme dominant ayant été jusqu'à l'adoption de la CDB que les ressources naturelles constituent un patrimoine mondial de l'humanité, librement disponible et appropriable²⁰.

La Convention et le Protocole affirment et réaffirment dans leurs préambules²¹ la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles²². En outre, le Protocole de Nagoya renvoie la souveraineté sur les ressources naturelles aux dispositions de la Convention.

Il découle de ce principe de souveraineté que les États ont le pouvoir de déterminer les modalités d'accès aux ressources génétiques se trouvant sur leurs territoires, et ce, par l'adoption de mesures et de législations nationales appropriées à cet effet²³.

17 Pour une analyse détaillée des instruments internationaux et régionaux sur le droit à l'autodétermination, voir Melik Özden et Christophe Golay, *Le droit des peuples à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles sous l'angle des droits humains*, Genève. CETIM. 2010, 64 P.

18 Nicolaas Schrijver, *Self-determination of Peoples and Sovereignty over natural Wealth and Resources, Realizing the Right to Development and a new Development Agenda*. United Nations Publication, 2013, Part 2, Chapter 5. <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/RTDBook/PartIIChapter5.pdf> (dernier accès le 17/07/2014).

19 Le second instrument est le Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (TIRPGAA), adopté en 2004.

20 Olivier Rukundo, *Accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation (APA)*, Manuel de vulgarisation, N°14 Québec. Collection Points de Repère, IEPF, 2007. 59 P.

21 Voir les préambules de la CDB et du Protocole de Nagoya.

22 Le préambule de la CDB parle de la souveraineté sur les ressources biologiques et le Protocole de la souveraineté sur les ressources naturelles.

23 Voir article 15 de la CDB et l'article 6 du protocole.

1.1.2. Le droit de réguler et de contrôler l'accès aux ressources naturelles

Le droit de réguler l'accès aux ressources naturelles découle du principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles. Ce droit est bien reconnu par la CDB et le Protocole de Nagoya. Le Protocole de Nagoya reconnaît le droit de réguler l'accès à l'État par des dispositions législatives ou réglementaires internes. La partie habilitée à donner le consentement préalable en connaissance de cause, est le pays d'origine des ressources naturelles ou une Partie qui les a acquises conformément à la Convention²⁴.

Le droit d'accorder l'accès aux ressources génétiques appartient également aux communautés locales et autochtones, dès lors que leur droit d'accorder l'accès sur ces ressources est établi²⁵. Ce droit prend ses origines dans la Déclaration des Nations Unies sur le droit des peuples autochtones telle que formulée dans le préambule du Protocole. En adoptant la Déclaration, l'Assemblée générale des Nations Unies s'est montrée préoccupée par le fait que les peuples autochtones ont subi des injustices historiques à cause, entre autres, de la colonisation et de la dépossession de leurs terres, territoires et ressources, ce qui les a empêchés d'exercer, notamment, leur droit au développement conformément à leurs propres besoins et intérêts. Elle s'est également convaincue que le contrôle, par les peuples autochtones, des événements qui les concernent, eux et leurs terres, territoires et ressources, leur permettra de perpétuer et de renforcer leurs institutions, leur culture et leurs traditions et de promouvoir leur développement selon leurs aspirations et leurs besoins.

Il est important de mentionner aussi que la Déclaration des Nations Unies sur le droit des peuples autochtones, parlant de l'importance fondamentale du droit des peuples autochtones à disposer d'eux-mêmes, renvoie explicitement à la Charte des Nations unies, au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et à la Déclaration et au Programme d'action de Vienne²⁶.

Dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, les peuples autochtones ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités autonomes. Parmi les obligations des États relatives à la Déclaration, les États doivent mettre en place des « *mécanismes de prévention et de réparation efficaces visant tout acte ayant pour but ou pour effet de les déposséder de leurs terres, territoires ou ressources* ».

L'article 26 paragraphe 2 de la Déclaration dispose en effet que « *Les peuples autochtones ont le droit de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent parce qu'ils leur appartiennent*

24 La souveraineté sur les ressources naturelles a une entorse à ce niveau. La CDB et le Protocole de Nagoya permet à un État acquéreur d'avoir la souveraineté, ce qui n'est pas l'esprit initial de la souveraineté sur les ressources naturelles.

25 Article 6.2.

26 Par ce renvoi la Déclaration définit le droit des peuples autochtones à disposer d'eux-mêmes comme le « *droit en vertu duquel ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel* », article 3.

ou qu'ils les occupent ou les utilisent traditionnellement, ainsi que ceux qu'ils ont acquis ». Le paragraphe 3 poursuit que les États accordent reconnaissance et protection juridiques à ces terres, territoires et ressources. Cette reconnaissance se fait en respectant dûment les coutumes, traditions et régimes fonciers des peuples autochtones concernés. La lecture combinée de ces paragraphes sous-tend que les peuples autochtones ont le droit de réguler et de contrôler l'accès à l'utilisation de leurs ressources.

1.2. Les droits et leurs titulaires

Le Protocole de Nagoya s'illustre en une application du droit au développement, en ce qu'il détermine une catégorie de droits et leurs titulaires ou bénéficiaires. A partir de la définition du droit au développement, on retrouve les titulaires (1.2.2) et le contenu de ce droit (1.2.1).

1.2.1. Les droits en jeu

A partir de la définition du droit au développement, il découle que le droit au développement est constitué de plusieurs droits : le droit de participer pleinement à tous les aspects du développement et à toutes les étapes de prise de décision, le droit d'égalité d'opportunité et d'accès aux ressources, le droit à un partage équitable des avantages du développement, le droit au respect des droits civils, politiques, économiques et culturels, et le droit à un environnement international dans lequel tous ces droits sont pleinement réalisés²⁷. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, dans ses dispositions relatives au droit au développement des peuples ajoute que « Tous les peuples ont droit à leur développement économique, social et culturel, dans le respect strict de leur liberté et de leur identité, et à la jouissance égale du patrimoine commun de l'humanité.²⁸»

A l'analyse du Protocole de Nagoya, il ne résulte plus de doute qu'il intègre tous les droits découlant du droit au développement, notamment ceux issus de la Déclaration sur le droit au développement et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

1.2.2. Les titulaires de droits

En se référant à la définition du droit au développement, on retrouve les titulaires participants (1.2.2.1) et les titulaires bénéficiaires (1.2.2.2).

27 United Nations Commission on Human Rights, Global Consultation on the Right to Development as a Human Right. E/CN.4/1990/9/Rev.1. Geneva. Commission on Human Rights, 1990. <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/E.CN.4.1990.9.Rev.1.pdf> (dernier accès le 18/07/2014)

28 Article 22 paragraphe 1.

1.2.2.1. Les titulaires participants

A la lecture du protocole de Nagoya, la participation se fait lors de l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

L'accès aux ressources génétiques est soumis au consentement préalable donné, en connaissance de cause de la partie qui fournit les ressources ou de la partie qui les a acquises conformément à la Convention²⁹. Lorsque leur droit d'accorder l'accès aux ressources génétiques est établi, les communautés autochtones et locales (CAL) ont également le droit de donner leur consentement préalable en connaissance de cause³⁰.

En tant que droit de l'homme, le titulaire du droit de participer ne saurait être un État. La participation de l'État (Partie fournisseur ou Partie ayant acquis les ressources génétiques), élaborée à l'article 6.1, n'est pas un droit de l'homme, c'est un exercice du droit souverain étatique.

Les titulaires véritables du droit de participer à l'accès aux ressources génétiques restent les communautés autochtones et locales. Ce droit des communautés autochtones et locales est un scénario qui n'existait point dans le droit international sur l'accès avant l'arrivée du Protocole de Nagoya³¹. En effet la participation des CAL est établie par cette formule : « *consentement préalable donné en connaissance de cause ou l'accord et la participation des communautés autochtones et locales* ». Certains auteurs³² estiment que cette formulation est redondante, et que le « consentement », terme technique du droit international était suffisant pour exprimer l'esprit du texte.

Contrairement à l'argument évoqué par ces auteurs, s'il est vrai que le consentement et l'accord sont des termes synonymes, la lecture de cette formulation devrait se faire de la manière suivante : « le CPCC » ou « l'accord et la participation ». En lisant le texte de cette manière, on comprend que le Protocole de Nagoya n'a pas voulu limiter la participation au seul CPCC, mais que les CAL peuvent participer sous d'autres formes au processus d'accès, notamment par « l'accord et la participation ». La participation dans ce contexte exprime clairement l'idée du droit au développement sous-jacente au Protocole de Nagoya.

1.2.2.2. Les titulaires bénéficiaires

Une des caractéristiques distinctives du droit au développement est le partage juste et équitable des avantages du développement. Le partage juste et équitable est au cœur de la CDB et du Protocole de Nagoya. En contrepartie de l'accès, les utilisateurs de ressources génétiques ont l'obligation de partager les avantages avec les fournisseurs (article 15 (7)).

²⁹ Article 6.1 du Protocole de Nagoya.

³⁰ Article 6.2 du Protocole de Nagoya.

³¹ Thomas Greiber, Sonia, Pena Moreno, Mathias Ahrén, Jimena Nieto Carrasco, Evanson Chege Kamau, Jorge Cabrera Medaglia, Maria Julia Oliva, Frédéric Perron-Welch, en coopération avec Natasha Ali et China Williams, Guide explicatif du Protocole de Nagoya sur l'accès et le partage des avantages, N° 83. Gland, UICN. 2014, xviii + 406 pp.

³² Thomas Greiber et al



Ni la Déclaration sur le droit au développement, ni la CDB, ni le Protocole de Nagoya ne donnent aucune définition de ce qui est considéré comme « *juste et équitable* ». 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).

A la lecture de l'article 5 du Protocole de Nagoya, il ressort que les potentiels bénéficiaires des avantages sont : l'utilisateur, la Partie qui fournit les ressources, la Partie qui a acquis les ressources, les communautés autochtones et locales.

Comme utilisateur des ressources génétiques, on cite généralement les jardins botaniques, les instituts de recherches, les laboratoires de recherches industriels des secteurs pharmaceutiques, agricoles et cosmétiques, les collectionneurs³³. Même si ces structures ne sont que des personnes morales, rien n'exclut qu'un utilisateur soit une personne physique.

En ce qui concerne la Partie qui fournit les ressources et la Partie qui les a acquis, il s'agit essentiellement des États.

Le droit au développement étant un droit de l'homme et des peuples, on peut considérer comme bénéficiaire de ce droit au titre du Protocole de Nagoya les État (peuples), les communautés autochtones et locales, le public et l'être humain.

1.3. Le genre et la lutte contre la pauvreté

La problématique genre et la lutte contre la pauvreté, autre ingrédient du droit au développement a également une place importante dans le Protocole de Nagoya.

Le Protocole de Nagoya reconnaît le rôle capital que jouent les femmes en matière d'accès et de partage des avantages et affirme la nécessité d'assurer leur pleine participation à tous les niveaux, aux décisions politiques concernant la conservation de la diversité biologique et à leur application³⁴. En reconnaissant le rôle des femmes, le Protocole leur donne de jouer un rôle dans tout le processus d'APA.

De façon spécifique, et conformément à l'article 12 (3) du Protocole de Nagoya, les Parties s'attachent à soutenir les CAL dans le développement de divers instruments, qui les rendent mieux outillés pour faire face à des procédures d'accès en ce qui concerne les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques qu'elles détiennent, et de veiller à ce qu'elles reçoivent une part équitable des avantages lorsque ces connaissances sont utilisées. À cet égard, une attention particulière doit être accordée aux femmes dans les communautés. Les instruments cités sont de nature différente, mais avec des fonctions similaires³⁵.

Le Protocole de Nagoya reconnaît également la contribution potentielle de l'APA à l'éradication de la pauvreté et la réalisation des Objectifs du millénaire pour

33 Introduction à l'accès et au partage des avantages, Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique.

34 Préambule du Protocole.

le développement dans le Préambule. La décision X/6 de la CoP 10 est d'ailleurs intitulée « Intégration de la biodiversité dans l'élimination de la pauvreté et le développement ». La CdP reconnaît par là, l'urgente nécessité d'améliorer les capacités d'intégrer les trois objectifs de la Convention dans les stratégies et plans d'élimination de la pauvreté (par exemple dans les documents de stratégie pour la réduction de la pauvreté, plans nationaux de développement). Il est alors question d'intégrer les questions pertinentes sur l'APA dans les plateformes et initiatives existantes.

Pour faire intégrer les questions pertinentes sur l'APA dans l'élimination de la pauvreté, les États parties sont appelés à redoubler d'efforts pour promouvoir le renforcement des capacités pour l'intégration de l'APA dans des processus plus larges de développement et d'élimination de la pauvreté en tant que moyen de contribuer à l'application du Protocole et à la mise en œuvre du Plan stratégique 2011-2020 pour la diversité biologique, y compris les objectifs du millénaire pour le développement, notamment pour les pays en développement, en particulier les pays les moins avancés et les petits États insulaires en développement, ainsi que les pays à économie en transition. Dans le même sillage, les agences de coopération pour le développement et les agences d'exécution sont appelées à participer activement et à s'engager à soutenir l'intégration des questions relatives à l'APA dans les processus de développement et d'élimination de la pauvreté.

2. L'APA, une application du droit au développement

Le Protocole de Nagoya (PN) prenant ses fondements dans le droit au développement, son application exige des règles issues de l'application du droit au développement. Il s'agit des aspects concernant les acteurs de mise en œuvre du Protocole de Nagoya (2.1), des responsabilités découlant de la mise en œuvre (2.2) et de la gouvernance (2.3).

2.1. Les acteurs de la mise en œuvre du PN

A côté des États (2.1.1), on retrouve les autres acteurs (2.1.2).

2.1.1. Les États : acteurs principaux

Dans la Déclaration sur le droit au développement et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, les acteurs principaux de mise en œuvre du droit au développement sont constitués des États. De même, les acteurs principaux de mise en œuvre du Protocole de Nagoya sont les États. Cela se justifie non seulement parce qu'ils sont les sujets du droit international, mais également parce qu'ils représentent leur peuple, ont les moyens et la légitimité d'édicter des lois, de prendre des mesures pour atteindre ce but³⁵.

35 Il s'agit des protocoles communautaires, des conditions minimales pour la négociation des CCCA et des clauses contractuelles types.

36 Melik Özden, Le droit au développement, État des débats tenus à l'Onu sur la « mise en œuvre » de la Déclaration historique adoptée à ce propos par l'Assemblée générale des Nations Unies. Genève. CETIM, 2007, <http://www.cetim.ch/fr/documents/bro6-develop-fr.pdf>. (dernier accès le 25/05/2014)



Dans le Protocole de Nagoya, le rôle principal reconnu à l'État dans la mise en œuvre découle de la reconnaissance de ses droits souverains sur ses ressources naturelles. Plusieurs dispositions déterminent ce rôle. A titre d'illustration les États vont jouer les rôles suivants :

• **Dans le domaine du partage juste et équitable des avantages**

- Prendre les mesures législatives, administratives ou de politique générale, 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;
- Prendre les mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon qu'il convient, dans le but de s'assurer que 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 (article 5 (2));
- Prendre 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 (article 5(5)).

• **Dans le domaine de l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles**

- Prendre des 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 (article 6 (2));
- Prendre des mesures législatives, administratives ou de politique générale, appropriées pour assurer la sécurité juridique, la clarté et la transparence des règles d'accès et de partage des avantages (article 6 (3)) ;
- Prendre des mesures appropriées pour faire en sorte que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques ,détenues par les communautés autochtones et locales soit soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation de ces communautés autochtones et locales, et que des conditions convenues d'un commun accord soient établies (article 7);

- Prendre des mesures appropriées, efficaces et proportionnées pour traiter des situations de non-respect des mesures adoptées.

• Sur les correspondants nationaux et les autorités nationales compétentes

- Désigner un correspondant national pour l'accès et le partage des avantages ;
- Désigner une ou plusieurs autorités compétentes en matière d'accès et de partage des avantages.

Comme on peut le constater, les dispositions du Protocole de Nagoya sur le rôle des États viennent confirmer la Charte africaine qui dispose que « Les États ont le devoir, séparément ou en coopération, d'assurer l'exercice du droit au développement »³⁷.

2.1.2. Les acteurs secondaires : les CAL et les femmes

Le droit au développement est un droit à la fois individuel et collectif³⁸. Pour la mise en œuvre de ce droit, la participation des individus et des peuples est requise.

Le Protocole de Nagoya met un accent particulier sur les CAL et les femmes pour sa mise en œuvre. Les CAL ont le droit de donner leur consentement préalable en connaissance de cause ou leur accord et de participer à l'accès et au partage des avantages des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles. Les CAL participent à la réalisation de leur droit de plusieurs manières :

- Bénéficier du renforcement de leurs capacités;
- Bénéficier du financement;
- Profiter de l'utilisation de leurs connaissances, de leurs innovations et de leurs pratiques, lorsqu'elles participent à l'accès de leurs connaissances traditionnelles;
- Participer à la conservation de la biodiversité;
- Identifier les détenteurs légitimes de leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques au sein de leurs communautés;
- Participer à l'application des dispositions du Protocole sur les ressources et connaissances traditionnelles transfrontalières;
- Mettre en évidence leur droit coutumier, procédures et protocoles sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques;
- Participer activement à l'établissement des mécanismes pour informer les utilisateurs potentiels de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques de leurs obligations;
- Elaborer les protocoles communautaires, les conditions minimales et les clauses contractuelles types.

Si on considère seulement les CAL, on peut dire que le droit au développement construit par le Protocole de Nagoya est un droit collectif.

37 Article 22 paragraphe 2.

38 Le caractère collectif de ce droit est la composante essentielle du droit au développement dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.



La mise en œuvre du Protocole nécessite aussi la participation des femmes. C'est ainsi que la nécessité d'assurer leur pleine participation à tous les niveaux aux décisions politiques concernant la conservation de la diversité biologique est affirmée. Les femmes des CAL doivent participer à tous les niveaux où leur intervention est requise. Les femmes doivent déterminer leurs priorités dans les domaines où elles désirent renforcer leurs capacités.

2.2. Les responsabilités découlant de la mise en œuvre

La mise en œuvre de la Déclaration sur le droit au développement et du Protocole requiert la coopération internationale (2.2.1), le transfert de technologie (2.2.2) et la surveillance (2.2.3).

2.2.1. La coopération internationale

Comme la Déclaration sur le droit au développement et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, le Protocole de Nagoya reconnaît l'importance de la coopération dans le domaine du développement durable.

Le Protocole de Nagoya reconnaît la coopération internationale dans plusieurs domaines : lorsque les ressources génétiques sont situées *in situ* sur le territoire de plus d'une Partie, lorsque les mêmes connaissances traditionnelles associées à des ressources génétiques sont partagées par des communautés autochtones et locales différentes dans plusieurs Parties; en cas de violation présumée des dispositions législatives ou réglementaires internes relatives à l'APA; pour la création et le développement de capacités et le renforcement des ressources humaines et des capacités institutionnelles en vue de l'application effective du Protocole dans les pays en développement Parties; pour des programmes de recherche et de développement techniques et scientifiques.

La coopération doit s'effectuer soit au sein des organisations internationales ou régionales, soit au sein de nouvelles institutions créées à cet effet.

2.2.2. Le Transfert de technologie

L'article 4 (2) de la Déclaration sur le droit au développement dispose : « *Une action soutenue est indispensable pour assurer un développement plus rapide des pays en développement. En complément des efforts que les pays en développement accomplissent, une assistance internationale efficace est essentielle pour donner à ces pays les moyens de soutenir un développement global.* ». C'est dans ce sens qu'il faut comprendre les dispositions du Protocole relatives au transfert de technologie. Les Parties au Protocole sont conscientes de l'importante contribution au développement durable du transfert de technologie, en vue de renforcer les capacités de recherche et d'innovation et d'ajouter de la valeur aux ressources génétiques dans les pays en développement.

Le transfert de technologie apparaît comme une composante de l'objectif du Protocole. En effet l'article 1er dispose que l'APA doit s'opérer « *grâce à un transfert approprié des technologies pertinentes* ». La réalisation du transfert de technologie s'opère au profit des pays en développement notamment dans le domaine du développement et du renforcement des capacités, et doit permettre de favoriser le développement et le renforcement d'une base technologique et scientifique solide et viable pour la réalisation des objectifs de la Convention et du présent Protocole. Dans le Protocole de Nagoya, une responsabilité incombe aux Parties (pays développés) dans la mise en œuvre des dispositions du Protocole relatives au transfert de technologie. Les Parties s'engagent à appuyer et à encourager l'accès des pays en développement Parties à la technologie et le transfert de technologie à ces pays, en particulier les pays les moins avancés et les petits États insulaires en développement parmi eux, ainsi que les Parties à économie en transition, afin de favoriser le développement et le renforcement d'une base technologique et scientifique solide et viable pour la réalisation des objectifs de la Convention et du présent Protocole³⁹.

2.2.3. La surveillance

Pour la plupart des droits positifs, la mise en œuvre est un aspect plus important que l'applicabilité. Légiférer ne suffit pas, il faut mettre en place des mécanismes de surveillance. C'est effectivement ce qui est prévu dans le Protocole de Nagoya pour la mise en œuvre de ses dispositions. Les mécanismes de surveillance de l'utilisation des ressources génétiques prévus par le Protocole sont : les points de contrôle, le permis ou document équivalent et le certificat de conformité reconnu à l'échelle internationale.

L'article 17 porte sur la façon dont les Parties au Protocole de Nagoya devraient surveiller l'utilisation des ressources génétiques. Il est destiné à assurer le respect des obligations découlant du Protocole et à améliorer la transparence sur l'utilisation des ressources génétiques en établissant une liste non exhaustive d'outils de suivi. Le titre de cette disposition, « Surveillance de l'utilisation des ressources génétiques », présuppose que l'obligation de surveiller se réfère uniquement à l'utilisation des ressources génétiques, telle que définie à l'article 2 (c) du Protocole de Nagoya et non aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Cette compréhension est appuyée par le fait que les versions antérieures du projet de texte de négociation incluaient des références aux connaissances traditionnelles dans le titre ainsi que dans le texte opérationnel, des dispositions qui ont finalement été laissées de côté.

L'exigence d'obligations de contrôle était importante pour nombre de Parties au cours des négociations. Ces Parties ont fait savoir qu'elles espéraient que le Protocole de Nagoya renforce les mesures relatives au respect d'obligations spécifiques de surveillance et la mise en place obligatoire de points de contrôle prédéterminés.

39 Article 23.

Ceux-ci devraient être accompagnés d'un certificat de conformité reconnu à l'échelle internationale qui couvre la ressource génétique spécifique à l'étude et qui comporte des caractéristiques standardisées afin d'obtenir une reconnaissance internationale.

Les points de contrôle ont été initialement proposés comme une incitation pour les utilisateurs, à se conformer aux obligations sur l'accès et le partage des avantages (APA) établies dans la juridiction d'un pays fournisseur. Les partisans de la proposition ont également fait valoir que les transactions et les utilisations des ressources génétiques devraient être vérifiées par les autorités, dans les États où les ressources génétiques sont utilisées.

Un sujet de profond désaccord entre les pays développés et ceux en voie de développement a été la liste des points de contrôle spécifiques. Au cours du processus de négociation, les points de contrôle proposés comprenaient les autorités douanières, les bureaux de brevets, les bureaux d'approbation du marché, les agences de financement de la recherche et les représentants des communautés autochtones et locales (CAL) concernées. Cependant, il y avait une variété d'opinions sur la valeur des bureaux de brevets et d'autres points de contrôle identifiés pour atteindre l'objectif de cette disposition.

D'une part, les pays ont fait valoir que les Parties devraient établir des points de contrôle efficaces, entendus comme des endroits où un utilisateur devrait aller et fournir des informations pertinentes au moment d'entreprendre la recherche et le développement d'une ressource génétique, au moment de revendiquer des droits relatifs à l'innovation faite à partir de tels recherche et développement, ou au moment de commercialiser tout produit qui en résulterait. De l'avis de ce groupe de pays, le respect des obligations ne pourrait se réaliser de manière effective sans ces points de contrôle.

D'autre part, un certain nombre de pays ont exprimé leur opinion selon laquelle les points de contrôle prescrits n'auraient pas la souplesse nécessaire pour répondre aux différentes situations qui pourraient survenir dans ce contexte. Ils ont également exprimé leur préoccupation qu'un système qui comprendrait des obligations de divulgation dans les demandes de brevets et les bureaux de brevets comme points de contrôle s'avérerait coûteux et inefficace dans la lutte contre l'appropriation illicite et en même temps invoquerait la non-conformité avec le système international de brevets et risquerait de nuire à l'innovation.

Un autre concept qui a été introduit au cours du processus de négociation était celui d'un soi-disant certificat de conformité, un terme qui a été par la suite accepté comme désignant un outil de suivi spécifique. Le concept proposé initialement prévoyait l'application de ces certificats à des cas de conformité avec les régimes nationaux d'APA, ainsi qu'à un système de certificats reconnus à l'échelle internationale plutôt qu'à un système harmonisé au niveau mondial. Les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques ont été exclues du système de certification, reflétant l'idée, qu'en raison de leur nature immatérielle, les connaissances

traditionnelles poseraient des difficultés pratiques qui nécessiteraient une attention particulière avant le développement d'un système de certification des connaissances traditionnelles.

Finalement les deux concepts – points de contrôle et certificat de conformité reconnu à l'échelle internationale – ont été inclus dans l'article 17 du Protocole de Nagoya, avec un effet particulier sur la structure de la disposition. Dans l'article 17, deux parties distinctes peuvent être identifiées : le paragraphe 1 établit l'obligation de surveiller l'utilisation des ressources génétiques et d'améliorer la transparence concernant cette utilisation, incluant la désignation d'un ou de plusieurs points de contrôle⁴⁰; les paragraphes 2, 3 et 4 se réfèrent au certificat de conformité reconnu à l'échelle internationale, une question qui est sans doute liée mais qui aurait peut-être eu l'avantage d'avoir sa propre disposition.

2.3. La gouvernance et la lutte contre la corruption

Les principes de bonne gouvernance (2.3.1) et la lutte contre la corruption (2.3.2) vont de paire.

2.3.1. Les principes de bonne gouvernance

La bonne gouvernance est un préalable à la réalisation de tout droit de l'homme. La gouvernance occupe une place importante dans la réalisation du droit au développement et du Protocole de Nagoya. L'importance de la gouvernance pour la réalisation du droit au développement est une position qui a été défendue par plusieurs États et institutions internationales, dans le cadre du Groupe de travail à composition non limitée créé en 1998 par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies,⁴¹ sur les questions relatives au droit au développement⁴². Elle a été reconnue et défendue notamment par le G77⁴³, l'Union européenne et les États-Unis. Le Protocole de Nagoya sans le dire clairement parle de sécurité juridique, de clarté et de transparence⁴⁴.

40 Pour plus d'informations détaillées sur la surveillance, voir Thomas Greiber et al, op. cit.

41 Cf. Rapport du groupe de travail à composition non limitée sur le droit au développement sur les travaux de sa 3ème session, E/CN.4/2002/28/Rev.1.

42 Dans sa Résolution 1998/72, la Commission des droits de l'homme donne pour mandat au Groupe de travail :

« i) De suivre et de passer en revue les progrès accomplis aux niveaux national et international dans la promotion et la mise en œuvre du droit au développement exposé dans la Déclaration sur le droit au développement, en formulant des recommandations à ce sujet ainsi qu'en analysant plus avant les obstacles qui en empêchent le plein exercice, en se consacrant tous les ans à l'examen d'engagements particuliers figurant dans la Déclaration ;

ii) D'examiner les rapports et toutes autres informations présentés par les États, les organismes des Nations Unies et d'autres organisations internationales et organisations intergouvernementales intéressées sur les relations existant entre leurs activités et le droit au développement. ».

43 Fondé le 15 juin 1964 par la Déclaration commune des 77 pays à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), le G77 vise à promouvoir les intérêts économiques collectifs de ses membres et créer une capacité de négociation au niveau international. Il compte actuellement 133 pays membres (cf. <http://www.g77.org>).

44 Voir Préambule et article 6.3.a) du Protocole de Nagoya.



Mais, qu'entend-t-on par gouvernance? Selon le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), la gouvernance englobe les mécanismes, les processus et les institutions par le biais desquels, les citoyens et les groupes expriment leurs intérêts, exercent leurs droits juridiques, assument leurs obligations et auxquels ils s'adressent en vue de régler leurs différends⁴⁵. La bonne gouvernance favorise l'équité, la participation, le pluralisme, la transparence, la responsabilisation et la primauté du droit, de façon efficace et durable⁴⁶.

La bonne gouvernance est une notion abordée par plusieurs institutions internationales⁴⁷. Parmi les éléments retenus pour définir la bonne gouvernance, on retrouve la participation et l'information du public, la transparence, la lutte contre la corruption, la primauté du droit, l'équité, la gestion du secteur public, la prévisibilité ou vision stratégique, les réformes juridiques et judiciaires, la capacité d'ajustement, l'orientation du consensus, l'efficacité et l'efficience. Les plus récurrents de ses éléments sont : la transparence, la responsabilité, la **participation**⁴⁸ et la primauté du droit qu'il convient d'étudier à la lumière du Protocole de Nagoya.

D'abord, en ce qui concerne la **responsabilité**, le PNUD la décrit comme étant le fait pour les décideurs au niveau du gouvernement, du secteur privé et des organisations de la société civile de rendre des comptes au public, ainsi qu'aux parties prenantes institutionnelles. Cette responsabilité diffère en fonction de l'organisation et selon que la décision est intérieure ou extérieure à l'organisation. Ainsi définie, la responsabilité de plusieurs parties prenantes de l'APA sera mise en jeu au premier rang desquelles se trouve l'État. Il faut noter en passant, que l'APA va constituer une source de revenus pour l'État à travers les taxes imposées. Pour que le principe de responsabilité soit respecté, l'État devra rendre compte au public en ce qui concerne la gestion de ces fonds, notamment pour la conservation de la biodiversité, la lutte contre la pauvreté et l'utilisation durable des ressources naturelles.

Ensuite, en ce qui concerne la **primauté ou la suprématie du droit**, l'association internationale de développement (IDA)⁴⁹ lui donne la compréhension suivante : pour que les entreprises et les particuliers puissent évaluer les opportunités économiques et agir en conséquence sans craindre des ingérences arbitraires ou l'expropriation, il est indispensable que le cadre juridique soit équitable, prévisible et stable. Pour cela, il faut que les règles soient connues à l'avance, qu'elles soient en vigueur et appliquées

45 PNUD, *La gouvernance en faveur du développement humain durable, document de politique générale du PNUD, 1997.*

46 Organisation des Nations Unies, Questions thématiques : gouvernance, <http://www.un.org/fr/globalissues/governance/>. (Dernier accès le 18/07/2014).

47 On peut citer : le Groupe de la Banque mondiale, l'Association internationale de développement (IDA), la Banque asiatique de développement (BASD), la Banque africaine de développement (BAD), le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD).

48 La participation a déjà été développée dans les sections antérieures (voir 2.1.2). Elle inclut l'information et se présente d'après le PNUD comme suit : « Tous les hommes et toutes les femmes devraient avoir voix au chapitre en matière de prise de décisions, directement ou par l'intermédiaire d'institutions légitimes qui représentent leurs intérêts. Une participation aussi large est fondée sur la liberté d'association et de parole, ainsi que sur les capacités nécessaires pour participer de façon constructive à la prise de décisions. »

49 Douzième reconstitution (IDA 12), du 23 décembre 1998.

de manière systématique et équitable, que les différends puissent être résolus par un système judiciaire indépendant et qu'il existe des procédures, connues du public, pour modifier ou abroger les règles. Le cœur des réglementations de mise en œuvre du Protocole est centré sur ce principe : pour toutes les règles importantes du Protocole, celui-ci donne la responsabilité à chaque Partie de prendre des dispositions législatives ou réglementaires internes ou de politique générale selon qu'il convient : voir par exemple l'article 5.2 et 5.5 pour le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées détenues par les CAL; l'article 6.1 pour le consentement préalable donné en connaissance de cause par le pays fournisseur; l'article 6.2 pour le consentement préalable donné en connaissance de cause par les CAL .

Le Protocole de Nagoya manifeste aussi la nécessité de la gouvernance par la **transparence** notamment par la reconnaissance de l'importance d'assurer la sécurité juridique en ce qui concerne l'APA. Notons tout simplement que la transparence voudrait que la politique du gouvernement soit connue de tous et l'administration doit agir de façon à ce qu'on ait confiance en ses intentions. Cette reconnaissance de la transparence se manifeste au niveau des institutions relatives à l'autorité nationale compétente et du centre d'échange sur l'APA.

Conformément à l'article 13 du Protocole de Nagoya, chaque Partie est tenue de désigner un correspondant national (CN) sur l'accès et le partage des avantages. Cependant, il appartient à chaque Partie de décider quelle institution nationale agira à ce titre. Selon le paragraphe 1, le CN est responsable de fournir les renseignements sur l'APA. Il informe les utilisateurs potentiels des procédures à suivre pour les demandes d'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Le CN est également responsable du partage des informations sur les autorités nationales compétentes (ANC) et les parties prenantes concernées. En outre, il est le premier contact entre la Partie pour le compte de laquelle il agit et le Secrétariat du Protocole (Secrétariat), qui, selon l'article 28 du Protocole est le Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique.

L'article 13 exige en outre que chaque Partie désigne au moins une autorité nationale compétente sur l'APA. L'ANC a le mandat de déterminer, d'autoriser et de certifier l'accès conformément aux cadres nationaux d'APA. Contrairement au CN, qui est responsable du partage d'informations sur les procédures d'APA, l'ANC est chargée de donner des conseils sur les procédures et exigences d'accès.

Toutefois, il n'est pas obligatoire d'avoir à la fois un CN et une ANC (ou des ANC). Une Partie est libre de désigner seulement un CN qui servira également d'ANC et assumera les responsabilités relatives aux ANC ou vice versa. Quelle que soit l'approche adoptée par une Partie, il est important d'informer le Secrétariat du CN et de l'ANC ou des ANC désigné(s), ainsi que de leurs responsabilités respectives. Cette information est par la suite rendue disponible (par le Secrétariat) à travers le centre d'échange sur l'accès et le partage des avantages (CE APA), déterminé selon l'article 14 du Protocole.

2.3.2. La lutte contre la corruption

Il importe de rappeler que parmi les principes de bonne gouvernance, la Banque africaine de développement intègre la lutte contre la corruption définie comme la lutte contre l'abus des fonctions officielles à des fins privées. A la Conférence de Monterrey sur le financement du développement en 2002⁵⁰, le consensus adopté soulignait que la lutte contre la corruption à tous les niveaux était une priorité. La même année, la Déclaration de Johannesburg sur le développement durable, adoptée par le Sommet mondial pour le développement durable, tenu à Johannesburg (Afrique du Sud) du 26 août au 4 septembre 2002 en particulier le paragraphe 19 déclarait que la corruption menaçait le développement durable des peuples⁵¹.

La Convention des Nations Unies contre la corruption, adoptée le 31 octobre 2003 avait à l'esprit les principes de bonne gestion des affaires publiques et des biens publics, d'équité, de responsabilité et d'égalité devant la loi et la nécessité de sauvegarder l'intégrité et de favoriser une culture de refus de la corruption.

Au vu de ce qui précède, l'on constate que là où il y a le financement pour le développement, là où il y a le développement durable et là où il y a gestion des affaires publiques et des biens publics, la lutte contre la corruption devrait s'intensifier. Or, tous ces aspects impliquant la lutte contre la corruption se trouvent dans le Protocole de Nagoya. Pour une bonne gouvernance de l'APA, tout ce qui a trait au financement (article 23 et 25 du Protocole), aux institutions (article 13 sur les CN et les ANC) et à l'utilisation durable par exemple devrait être doté d'un mécanisme de lutte contre la corruption pour lutter contre la soustraction, le détournement ou autre usage illicite des biens par un agent public⁵², le trafic d'influence⁵³, l'abus de fonction⁵⁴ et l'enrichissement illicite⁵⁵.

50 Assemblée générale des Nations Unies, *Conférence internationale sur le financement du développement*. chap. I, résolution 1, Annexe.numéro de vente : F.02.II.A.7. Monterrey (Mexique). Nations Unies, 2002.

51 Assemblée générale des Nations Unies, Sommet mondial pour le développement durable.Chap. I, résolution 1, annexe numéro de vente F.03.II.A.I. Johannesburg (Afrique du Sud). Nations Unies, 2002.

52 Article 17 de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

53 Article 18, *ibid.*

54 Article 19, *ibid.*

55 Article 20, *ibid.*



Conclusion

Comme on l'a vu, le droit au développement est un droit reconnu à la fois par les instruments contraignants⁵⁶ et non contraignants⁵⁷ du droit international. Sa mise en œuvre peut se refléter dans d'autres instruments comme c'est le cas avec le Protocole de Nagoya. Analysé à la lumière du droit au développement, le Protocole de Nagoya apparaît comme un reflet des fondements du droit au développement et une application même de ce droit. Ainsi perçu, il ne fait plus aucun doute que le Protocole de Nagoya, tout en poursuivant le troisième objectif de la Convention sur la diversité biologique, qu'est le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques, réalise en même temps le but poursuivi par la Déclaration sur le droit au développement et d'autres instruments qui visent à réaliser le droit au développement. Il devient alors évident de comprendre le Protocole aussi comme un instrument de promotion et de réalisation du droit au développement. La lecture du Protocole de Nagoya et sa mise en œuvre devraient largement s'inspirer de toutes les facettes du droit au développement telles que définies par les instruments juridiques internationaux.

BIBLIOGRAPHIE

Assemblée générale des nations Unies, *Conférence internationale sur le financement du développement*. chap. I, résolution 1, Annexe. numéro de vente : F.02.II.A.7. Monterrey (Mexique). Nations Unies, 2002.

Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration sur le droit au développement*. Résolution A/RES/41/128. Assemblée générale des Nations Unies, 1986. <http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>

Assemblée générale des Nations Unies, *L'avenir que nous voulons*. A/RES/66/288. Rio de Janeiro. Assemblée générale des Nations Unies, 2012. http://www.uneca.org/sites/default/files/page_attachments/7._resolution_adoptee_par_lassemblee_generale-lavenir_que_nous_voulons.pdf

Assemblée générale des Nations Unies, *Sommet mondial pour le développement durable*. Chap. I, résolution 1, annexe numéro de vente F.03.II.A.I. Johannesburg (Afrique du Sud). Nations Unies, 2002.

CdP CDB 10, Décision X/1, Annexe 1 : *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources*

56 Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

57 Déclaration sur le droit au développement.

génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation. UNEP/CBD/COP/DEC/X/1. Nagoya. Secrétariat de la Convention sur la diversité Biologique, 2010. <http://www.cbd.int/doc/decisions/cop-10/cop-10-dec-01-fr.doc>

CdP CDB 10, Décision X/6 : *Intégration de la biodiversité dans l'élimination de la pauvreté et le développement.* UNEP/CBD/COP/DEC/X/6. Nagoya. Secrétariat de la Convention sur la diversité Biologique, 2010. <http://www.cbd.int/doc/decisions/cop-10/cop-10-dec-06-fr.doc>

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, <http://www.achpr.org/fr/instruments/achpr/>(dernier accès 18/07/2014)

Convention sur la diversité biologique, <http://www.cbd.int/convention/text/>

Cour internationale de justice, *Activités armées sur le Territoire du Congo* (République Démocratique du Congo contre l'Ouganda), Jugement, I.C.J. Reports 2005, p. 168, paras. 243-246

GREIBER Thomas et al en coopération avec Natasha Ali et China Williams (2014). *Guide explicatif du Protocole de Nagoya sur l'accès et le partage des avantages.* UICN, Gland, Suisse. xviii + 406 pp.

Organisation des Nations Unies, *Questions thématiques : gouvernance*, <http://www.un.org/fr/globalissues/governance/>

ÖZDEN Melik, *Le droit au développement, Etat des débats tenus à l'Onu sur la « mise en œuvre » de la Déclaration historique adoptée à ce propos par l'Assemblée Générale des Nations Unies.* Genève. CETIM, 2007, <http://www.cetim.ch/fr/documents/bro6-develop-fr.pdf>.

ÖZDEN Melik et Christophe GOLAY, *Le droit des peuples à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles sous l'angle des droits humains*, Genève. CETIM. 2010, 64 p.

Programme des Nations Unies pour le Développement, *La gouvernance en faveur du développement humain durable*, document de politique générale du PNUD. 1997

Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, <http://www.cbd.int/abs/> (dernier accès 18/07/2014)

RUKUNDO Olivier, *Accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation (APA)*, Manuel de vulgarisation, N°14 Québec. Collection Points de Repère, IEPF, 2007. 59 p.

SCHRIJVER Nicolaas, *Self-determination of Peoples and Sovereignty over natural Wealth and Resources*, Realizing the Right to Development and a new Development Agenda. United Nations Publication, 2013, Part 2, Chapter 5.

Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *État de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion*, <http://www.cbd.int/abs/nagoya-protocol/signatories/default.shtml>

United Nations Commission on Human Rights, *Global Consultation on the Right to Development as a Human Right*. E/CN.4/1990/9/Rev.1. Geneva. Commission on Human Rights, 1990. <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/E.CN.4.1990.9.Rev.1.pdf>

United Nations Publication, *Realizing the Right to Development and a new Development Agenda*, HR/PUB/12/4. United Nations. 2013. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RightDevelopmentInteractive_EN.pdf

<http://daccess-dds-ny.un.org/>

<http://www.g77.org>

<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/RTDBook/PartIIChapter5.pdf>

<http://www.un.org/fr>







L'ÉQUITÉ AU CŒUR DE L'APA : LE PROTOCOLE DE NAGOYA ET LA LOI MODÈLE DE L'UNION AFRICAINE SOUS LA LOUPE

Sophie LAVALLÉE et Pag-Yendu M. YENTCHARÉ

Résumé

Quelles formes prend l'équité dans le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique? D'une part, elle prend la forme de la justice commutative en étant au cœur même de la relation entre l'État fournisseur de ressources génétiques et l'organisation, privée ou publique, qui veut les utiliser, et elle dépend alors de l'inégalité relative des parties. D'autre part, l'équité recherche la justice distributive dans les relations interétatiques dans le cadre du Protocole de Nagoya. Celles-ci devraient normalement être caractérisées par un traitement différencié des pays en développement, en vertu du principe des responsabilités communes mais différenciées formulé dans le principe 7 de la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*. Cette deuxième forme d'équité se manifeste, entre autres, par des obligations d'assistance financière et technique pour aider les pays en développement à assumer les surcoûts associés aux obligations de mise en œuvre du Protocole, par le moyen de l'adoption de mécanismes institutionnels, législatifs et administratifs sur l'APA. Compte tenu des nombreux enjeux géopolitiques et économiques entourant l'APA, liés aux ressources génétiques que recèle la riche biodiversité des pays africains, l'Union africaine a adopté, en 2001, une *Loi modèle africaine pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des obtenteurs et pour les règles d'accès aux ressources biologiques*. Comment la justice commutative et la justice distributive sont-elles prises en compte dans cette loi modèle, étant entendu que celle-ci est une initiative visant à inspirer les législations sur l'APA des pays membres de l'Union africaine ?

L'intérêt scientifique de notre contribution est de présenter l'équité comme cadre d'analyse pour étudier le Protocole de Nagoya et la Loi-modèle de l'Union africaine sur l'APA de 2001, qui visent à orienter l'élaboration des lois nationales sur l'APA, afin qu'elles contribuent à un développement durable et à la lutte contre la pauvreté dans les pays en développement, conformément aux objectifs 2 et 16 d'Aichi, adoptés en 2010 par la Conférence des Parties à la *Convention sur la diversité biologique*⁵⁸. En effet, si ces lois sur l'APA contribuent à mettre en œuvre les conditions permettant d'assurer une justice commutative et une justice distributive, elles permettront de favoriser la justice environnementale, grâce à des échanges plus équitables entre les acteurs de l'APA, ce qui permettra, au final, de contribuer au développement durable.⁵⁹

Mots clés : Protocole de Nagoya ; Loi modèle de l'Union africaine ; équité ; justice environnementale ; justice distributive et commutative.

58 Plan stratégique pour la biodiversité 2011-2020, CBD/COP X/DEC/X/2. Disponible sur <http://www.cbd.int/decision/cop/?id=12268>, page consultée le 3 juin 2014.

59 V. dans ce sens Michelle Cumyn, «L'équité : définitions et concepts», dans Pierre-Claude Lafond et Benoît Moore (dir.), *L'équité au service du consommateur*, Cowansville, Yvon Blais, 2010, p. 1, à la page 5, note 10. Gary Watt, *Equity Stirring. The Story of Justice Beyond Law*, Oxford, Hart, 2009, p. 28-29

Abstract

Which forms does equity takes in the Nagoya Protocol on Access to genetic resources and the fair and equitable benefit-sharing arising from their utilization, to the Convention on biological diversity? On the one hand, it seeks commutative justice being at the heart of the relationship between the State that provides the genetic resources and the organization, private or public, who wants to use them, and then it depends on the relative inequality parts. On the other hand, equity looks for distributive justice in international relations as governed by the Nagoya Protocol. These relations should normally be characterized by a differential treatment for developing countries under the principle of common but differentiated responsibilities formulated in principle 7 of the Rio Declaration on Environment and Development. This second form of equity is expressed, among other things, by the obligations of financial and technical assistance to help developing countries to assume the additional costs associated with the treaty obligations of conservation of genetic diversity and to implement the Protocol, by means of the adoption of ABS laws and institutional mechanisms to implement them.

Recognizing the need for fair ABS regimes, and the rich biodiversity of African countries, the African Union has developed the African Model Law for protection of the Rights of local communities, farmers and breeders and for access to biological resources. This model law was adopted in 2001, aimed at ensuring fairness for African farmers and indigenous and local communities (CAL) in respect of their traditional knowledge. How these two forms of equity are taken into account in the Nagoya Protocol and within this model law, provided that it is often presented as an interesting initiative that could usefully draw the countries of the African Union?

The scientific interest of our contribution is to present equity as an analytical framework for studying the Nagoya Protocol and the Model Law of the African Union on ABS 2001, which should help to elaborate national laws the ABS so that they contribute to sustainable development and the fight against poverty in developing countries, in accordance with the objectives 2 and 16 Aichi, adopted in 2010 by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity. Indeed, if these laws APA help to implement the conditions that ensure a commutative justice and distributive justice, they will promote environmental justice, through fairer trade between the actors of the APA, which will ultimately contribute to sustainable development.

Keywords: *Nagoya Protocol; African Union model law; equity ; environmental justice; distributive and commutative justice.*

Introduction

Partant du constat que la plus grande diversité biologique se trouve principalement dans les pays en développement, et que la meilleure technologie disponible pour utiliser ces ressources génétiques et leur ajouter de la valeur est développée dans les pays industrialisés, la question de l'accès et du partage des avantages liées aux ressources génétiques est l'un des objectifs les plus difficiles à encadrer de la Convention sur la diversité biologique.⁶⁰

Les enjeux économiques sont tels, que la question de l'équité devient encore plus criante. Les ressources génétiques présentent un potentiel intéressant pour effectuer des progrès scientifiques importants, qui permettront d'améliorer la qualité de vie des populations. Mais ces progrès ne doivent pas se faire au détriment des populations des pays qui partagent les ressources de leurs territoires avec le reste de l'humanité. À l'heure du développement durable, l'accès aux ressources doit désormais se faire en tenant compte de la question de l'équité dans le partage des avantages liés à l'utilisation des ressources, lorsqu'un produit en est issu et est commercialisé. Bio-prospection et bio-innovation ne peuvent plus être réalisés sans bio-équité.

Les pays en développement ne disposent généralement pas des moyens nécessaires pour leur permettre de lutter contre la bio-piraterie⁶¹, phénomène désignant «l'appropriation illicite des ressources génétiques et des savoirs traditionnels qui y sont attachés par le biais des droits de propriété intellectuelle, notamment le système de brevets» ou «l'accès et la collecte non autorisés de ces ressources en vue de leur commercialisation».⁶² Cette situation est problématique, considérant que soixante-quinze pour cent des ressources biologiques sont situées dans dix-sept pays désignés comme le groupe des pays méga-divers, que ces derniers sont tous situés dans les tropiques – à l'exception de l'Australie et des États-Unis⁶³ –, qu'environ quatre-vingt pour cent des nouveaux médicaments et plus de cinquante pour cent des médicaments les plus fréquemment prescrits dans les pays développés, sont conçus à partir de composés actifs de ressources biologiques, et que l'industrie agricole, alimentaire

60 *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 RTNU 170 (ci-après «CDB» ou *Convention sur la diversité biologique*).

61 Voir Keith Aoki, "Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection" (1998) 6 *Ind. J. Global Legal Stud.* 11 aux pp. 51-52. Voir aussi Voir Jean-Frédéric Morin, *La Convention sur la diversité biologique et l'Accord sur les ADPIC : un débat Nord/Sud sur la propriété des ressources phytogénétiques*, essai de maîtrise en Relations Internationales, Institut québécois des hautes études internationales, 2002 [non publiée, en ligne : http://www.irec.net/upload/File/memoires_et_theses/373.pdf];

62 Walid Abdelgawad, «Les contrats internationaux de bioprospection : moyen de protection de la biodiversité et des savoirs traditionnels ou instrument de biopiraterie ?», (2009) *Revue québécoise de droit international* 33, p. 34.

63 Pays dits «méga-divers» : Afrique du Sud, Australie, Brésil, Colombie, Équateur, Inde, Indonésie, Madagascar, Malaisie, Mexique, Pérou, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Philippines, États-Unis, République Démocratique du Congo, Chine, Vénézuéla, PNU, Global Environment Outlook GEO-4, Avenir de l'environnement mondial, rapport sur l'avenir de l'environnement mondial, 2007, p. 181, [en ligne : http://www.unep.org/geo/geo4/report/GEO-4_Report_Full_FR.pdf], page consultée le 13 juillet 2013.

et pharmaceutique intéressée à prospecter dans ces pays, se trouve principalement dans les pays développés. Les profits tirés de la vente de ces médicaments sont gigantesques. À titre d'exemple, le marché mondial des herbes médicinales est actuellement estimé à 43 milliards de dollars américains.⁶⁴ L'Organisation mondiale de la santé (OMS) se préoccupe de la perte de la diversité biologique, puisqu'elle peut considérablement réduire nos choix de nouveaux traitements et ceux des générations futures. Cette organisation internationale a identifié 20 000 espèces de plantes médicinales mais les experts estiment qu'il en existe plusieurs, encore méconnues, dont les vertus médicinales peuvent s'avérer importantes pour les recherches, dans l'avenir. La question intéresse également l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), puisqu'une part significative de la production agricole et alimentaire repose sur l'utilisation d'espèces d'origine exotique, ce qui signifie que les États ne sont généralement pas auto-suffisants en ressources génétiques pour l'agriculture et l'alimentation (RGAA).⁶⁵

Dans les années 1970 et 1980, les pays en développement se sont plaints du fait que les ressources génétiques prélevées sur leur territoire, sans leur consentement, leur étaient ensuite revendues sous forme de médicaments, de semences, de produits de soin ou de produits chimiques, à fort prix. En réponse à cette problématique, la Convention sur la diversité biologique, adoptée en 1992 à Rio, a créé un cadre juridique global organisant le marché des ressources génétiques, en le fondant sur la souveraineté des États sur leurs ressources génétiques. Ainsi, contrairement à une pratique millénaire qui consacrait de facto la loi du libre accès en ce domaine, la CDB prévoit que l'accès aux ressources doit désormais être négocié et que ce sont les gouvernements nationaux qui en détermineront les conditions d'accès par les compagnies utilisatrices. C'est par un accord mutuel que l'État fournisseur et l'utilisateur étranger, fixeront les conditions de cet accès aux ressources génétiques.

Étant une convention-cadre typique, la Convention n'aménage toutefois pas les conditions d'accès et de partage des avantages liées à l'exploitation des ressources génétiques. Elle ne fait qu'en prévoir le principe⁶⁶. Aussi, consciente de la nécessité de régimes d'APA équitables, et compte tenu de nombreux enjeux géopolitiques et économiques qui entourent l'accès aux

64 OMS, "Herbs For Health, But How Safe Are They?", (2001) 79 (7) *Nouvelles de l'OMS, Bulletin de l'Organisation Mondiale de la santé*, 691; PNUE, Global Environment Outlook (GEO-4, Avenir de l'environnement mondial), *Rapport sur l'avenir de l'environnement mondial*, 2007, à la p. 181.

65 Claudio Chiarolla, Selim Louafi, Marie Schloen, Chapter 4. An Analysis of the Relationship between the Nagoya Protocol and Instruments related to Genetic Resources for Food and Agriculture and Farmers' Rights, p. 2. Bien que les échanges de RGAA aient lieu depuis des temps immémoriaux, leur encadrement juridique est relativement récent et ne date que des années 1960. Aujourd'hui, ces échanges de RGAA sont devenus un enjeu mondial important nécessitant une coopération internationale de plus en plus sophistiquée. Puisque le *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relative à la Convention sur la diversité biologique* (Protocole de Nagoya) est entré en vigueur, cet encadrement juridique résulte en partie de son interaction avec le *Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture* (TIRPGAA) de la FAO. Le présent article n'a toutefois pas pour objet d'étudier cette interaction, laquelle fera l'objet d'un article subséquent dans lequel nous nous pencherons entre autres sur les droits des agriculteurs reconnus par le Traité de la FAO et les dispositions pertinentes du Protocole de Nagoya sur la protection des droits des communautés autochtones et locales (CAL) relatifs à leurs savoirs et pratiques traditionnels.

66 Articles 15 et 16 Convention sur la diversité biologique, précitée.



ressources génétiques que recèle la riche biodiversité des pays africains, l'Union africaine a élaboré la *Loi modèle africaine pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des obtenteurs et pour les règles d'accès aux ressources biologiques*.⁶⁷ Cette loi modèle a été adoptée en 2000 dans la perspective d'inspirer la rédaction des lois sur l'accès et le partage des avantages (APA) des pays africains membres de l'Union africaine, en vue d'assurer une meilleure équité pour les agriculteurs africains et les communautés locales relativement à leurs savoirs traditionnels. « Elle n'est pas destinée à être une méga-loi, mais contient cependant des principes qui pourraient être appliqués dans la formulation de législations relatives à l'accès et le partage des avantages, de législations *sui generis* sur la protection des obtentions végétales, de lois sur la protection des connaissances traditionnelles et des droits des communautés locales, notamment des agriculteurs ».⁶⁸

Le 29 octobre 2010, la 10^{ème} Conférence des Parties à la CDB a adopté le *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique*⁶⁹ qui vise à la fois à lutter contre la bio-piraterie et à favoriser un accès aux ressources de manière à encourager les investissements dans la bio-innovation. Il a été adopté, à la toute fin de la 10^{ème} session de la Conférence des Parties, après d'intenses négociations sur les questions épineuses de la reconnaissance des savoirs traditionnels, de l'adoption des mécanismes de conformité et de financement.

Désormais opérationnel, le *Protocole de Nagoya* devrait entraîner des avantages importants pour la conservation de la biodiversité dans les États qui ont des ressources sur leur territoire à valoriser et qui acceptent d'en accorder l'accès aux entreprises prospectrices. Le Protocole contribuera ainsi aux trois objectifs de la CDB, qui sont de conserver la diversité biologique, d'en utiliser les composantes de manière durable et d'en faciliter l'accès s'il donne lieu à un partage équitable des retombées éventuelles qui y sont liées. Le Protocole vise également à améliorer l'accès des chercheurs et des entreprises à des échantillons de ressources génétiques, sur la base de décisions d'accès fiables qui comportent de faibles coûts de transaction⁷⁰.

67 *African model legislation for the protection of the rights of local communities, farmers and breeders, and for the regulation of access to biological resources*, Algérie, 2000. [en ligne: http://www.oapi.wipo.net/wipolex/fr/text.jsp?file_id=252153, page consultée le 3 juin 2014

68 Voir dans ce sens, Johnson A. Ekpéré, « Loi-Modèle de l'OUA pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des sélectionneurs et la réglementation de l'accès aux ressources biologiques », 2008, page 3. [en ligne : http://www.ictsd.org/downloads/2008/06/dakar_chapter11.pdf], page consultée le 14 juillet 2014.

69 *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique*, 29 octobre 2010, UNEP/CBD/COP/DEC/X/1.

70 Elisa Morgera, Matthias Buck and Elsa Tsioumani, « Introduction », in Elisa Morgera, Matthias Buck and Elsa Tsioumani (eds.), *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing in Perspective implications for international Law and implementation Challenges*, Legal Studies on Access and Benefit-sharing, vol. 1, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2013, p. 8. Voir le paragraphe 5 du Préambule du Protocole de Nagoya.

Le *Protocole de Nagoya*, qualifié de «*breakthrough*»⁷¹, met-il en place des obligations qui seront suffisantes pour encadrer l'APA d'une manière équitable, tout en encourageant le progrès et l'innovation ? L'équité est un concept flou et fuyant. La recherche, d'une part entre les États fournisseurs et les utilisateurs, entre les utilisateurs et les communautés autochtones et locales (CAL) ; et d'autre part entre les pays parties au Protocole, dont les niveaux de développement différent, représente un défi à double dimensions qui tire ses fondements des deux formes de justice – la justice commutative et la justice distributive – par lesquelles l'équité s'appréhende au plan conceptuel **(1)**. Par ailleurs, comment ces deux déclinaisons conceptuelles de la justice et de l'équité sont-elles prises en compte dans le Protocole de Nagoya et au sein de la loi modèle africaine – étant entendu que celle-ci est souvent présentée comme une initiative intéressante susceptible d'inspirer utilement les pays membres de l'Union africaine⁷² – et dans quelle mesure la réflexion ici proposée pourrait améliorer l'approche des États africains qui devront adopter des mesures nationales sur l'APA **(2)** ?

Notre contribution est construite autour de ces questions de recherche. Pour ce faire, elle s'appuie sur une analyse de contenu du Protocole de Nagoya et de la Loi modèle africaine. L'intérêt scientifique est de présenter l'équité comme cadre d'analyse pour étudier les législations à être adoptées sur l'APA. Celles-ci, devraient normalement contribuer à un développement durable et à la lutte contre la pauvreté dans les pays en développement, conformément aux objectifs 2 et 16 d'Aichi.⁷³

En effet, si ces lois contribuent à l'articulation de la justice distributive et de la justice commutative, elles permettront de rétablir l'équité dans sa pleine expression, partant de la prémisse suivant laquelle, les mesures qui attribuent à un groupe de la société des responsabilités particulières à l'égard d'un autre groupe, conformément à la justice distributive, contribuent à la justice commutative des rapports individuels qui unissent les membres de ces groupes. Quant aux mesures de justice commutative, elles favoriseront l'équivalence des prestations entre les acteurs de l'APA et permettront, au final, d'atteindre une répartition plus juste de la richesse, contribuant ainsi partiellement à la justice distributive.⁷⁴

1. La recherche de l'équité dans l'APA : un défi à double dimension

L'équité est une notion obscure et les rapports qu'elle entretient avec la justice ne sont pas simples à étudier. L'équité se confond avec la notion de justice, puisque « [...] l'équitable

71 Braulio Dias, Directeur exécutif de la Convention sur la diversité biologique, «Préface», Supra note 9, p. x.

72 Voir dans ce sens Konstantia Koutouki, Nicole Matip et Serges Kwenbou, « *La protection des variétés végétales en Afrique de l'ouest et centrale* », in *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* (2001), n°41, à la page 149 : « il s'agit d'une bonne initiative qui pourrait permettre aux États africains, à long terme, de favoriser le développement et la capacité technologique de leurs États. »

73 Plan stratégique pour la biodiversité 2011-2020, CBD/COP X/DEC/X/2. Disponible sur [<http://www.cbd.int/decision/cop/?id=12268>], page consultée le 3 juin 2014.

74 Voir dans ce sens Michelle Cumyn, «L'équité : définitions et concepts», dans Pierre-Claude Lafond et Benoît Moore (dir.), *L'équité au service du consommateur*, Cowansville, Yvon Blais, 2010, p. 1, à la page 5, note 10. Gary Watt, *Equity Stirring. The Story of Justice Beyond Law*, Oxford, Hart, 2009, p. 28-29

est juste et il est supérieur à une certaine espèce de juste, non pas supérieur au juste absolu mais seulement au juste où peut se rencontrer l'erreur due au caractère absolu de la règle⁷⁵. Reprenant les enseignements d'Aristote, certains définissent l'équité comme le tempérament, la disposition d'esprit qui caractérise la personne juste⁷⁶, ce qui n'est pas sans prêter à interprétation. Cependant, Thomas Franck considère l'équité comme étant englobée dans la notion de justice, laquelle comporte une dimension procédurale et une dimension substantive. Dans son essence, la notion d'équité s'apparente au droit naturel⁷⁷ et désigne, suivant sa conception *formelle*, une décision qui déroge à la loi pour se fonder sur une conception supérieure de la justice, une «forme supérieure et raffinée de la justice qui s'oppose au droit strict, tout en restant inhérente au droit (...)».⁷⁸ Dans sa conception substantielle, l'équité se décline en plusieurs variations, soit l'inclinaison morale à traiter autrui justement, la justice distributive, la justice commutative et la justice procédurale.⁷⁹

Cette notion de justice n'est pas plus simple à appréhender, étant polymorphe et polysémique. Pour mieux en comprendre les différents sens, il faut en étudier les définitions aristotéliennes, lesquelles se déclinent en justice commutative (1.1), qui traite notamment des échanges entre les particuliers et en justice distributive (1.2), laquelle a trait à la «répartition des honneurs, richesses, ou de tous les autres avantages qui peuvent échoir aux membres de la cité».⁸⁰

1.1. La justice commutative

La justice commutative, qui peut s'appliquer aux contrats où il y a réciprocité d'engagement et d'exécution, est souvent désignée comme étant la «justice contractuelle». Elle est évidemment utile pour étudier les échanges APA dans le cadre du Protocole de Nagoya, puisqu'elle vise la rectitude dans les échanges librement consentis comme «la vente, l'achat, le prêt à intérêts, la caution, la location, le dépôt, le salaire».⁸¹ La conjonction du terme «commutatif» et de la notion de justice signifie que dans l'échange d'une chose contre une autre, celui qui reçoit est obligé

75 Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 2007, (traduit par J. Tricot), p. 244-245. «Les relations qu'entretiennent l'équité et le droit sont également sources de perplexité pour le juriste», Sandrine Maljean-Dubois, «Justice et société internationale : l'équité en droit international de l'environnement», *Équité et environnement, Quel(s) modèle(s) de justice environnementale ?*, sous la direction d'Agnès Michelot, Bruxelles, Larcier, 2012, 355, p. 357.

76 Gary Watt, *Equity Stirring. The Story of Justice Beyond Law*, Oxford, Hart, 2009, p. 28-29, cité dans Michelle Cumyn, «L'équité : définitions et concepts», dans Pierre-Claude Lafond et Benoît Moore (dir.), *L'équité au service du consommateur*, Cowansville, Yvon Blais, 2010, p. 1, à la page 5, note 10.

77 Thomas Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Clarendon Press, 1995 ; R.A. Gauthier, J.Y. Jolif, *L'Éthique à Nicomaque*, tome II, Commentaire, Louvain, Publications universitaires de Louvain, Paris, Éditions Béatrice-Nauwelaerts, 1959, p. 325 ; Jocelyne Saint-Arnaud, «Les définitions aristotéliennes de la justice : leurs rapports à la notion d'égalité», *Philosophiques*, vol. 11, n° 1, 1984, p. 157, à la page 157.

78 Louis Delbez, *Les principes généraux du droit international public*, Paris, L.G.D.J., 3e éd., 1964, p. 481.

79 Michelle Cumyn, *Supra*, note 15, à la page 12.

80 Aristote, *Éthique à Nicomaque*, *Supra*, note 16, p. 244-245.

81 R.A. Gauthier, J.Y. Jolif, *L'Éthique à Nicomaque*, tome II, Commentaire, Louvain, Publications universitaires de Louvain, Paris, Éditions Béatrice-Nauwelaerts, 1959, p. 325 ; Jocelyne Saint-Arnaud, «Les définitions aristotéliennes de la justice : leurs rapports à la notion d'égalité», *Philosophiques*, vol. 11, n° 1, 1984, p. 157, à la page 164.

de rendre à l'autre l'équivalent de ce qu'il reçoit, afin de ne pas détruire l'équilibre préexistant entre leurs patrimoines respectifs. Cette forme de justice établit des obligations réciproques,⁸² en ne tenant pas compte des inégalités réelles qui existent entre deux personnes ou entités, mais en supposant plutôt l'égalité arithmétique des personnes impliquées dans un échange, alors que cela n'est pas conforme à la réalité dans plusieurs cas, puisque «formellement parlant, l'égalité arithmétique est la formule la plus égalitaire et la plus juste. Appliquée universellement, elle supposerait l'existence d'une seule classe d'individus et un traitement égal pour tous», alors que cela ne correspond évidemment pas à la réalité. Rétablir l'égalité entre des parties est l'objectif de la justice commutative qui cherche à donner à chacun sa part, sans gain ni perte. L'idée est de ne pas augmenter ni diminuer ce que les parties possèdent au départ mais de maintenir entre elles l'égalité qui existait dès le point de départ.

Le *Protocole de Nagoya*, lorsqu'il cherche à orienter les lois sur l'APA qui serviront à encadrer le contenu des contrats d'APA liés aux ressources génétiques, devrait être un «instrument de justice commutative». En effet, les parties au *Protocole de Nagoya*, désormais en vigueur, devraient adopter des lois sur l'APA, qui chercheront à rétablir l'équilibre dans les échanges entre les entreprises utilisatrices de ressources génétiques, les pays en développement fournisseurs de ressources génétiques, et les communautés autochtones et locales, détentrices de savoirs traditionnels sur ces ressources. Le contrat, instrument de justice commutative, sera alors orienté par les lois nationales sur l'APA, afin de rétablir une équité dans les échanges. Cet objectif est d'ailleurs rappelé dans le Protocole qui reconnaît «l'importance de promouvoir l'équité et la justice dans la négociation de conditions convenues d'un commun accord entre les fournisseurs et les utilisateurs de ressources génétiques» (préambule) et qui note « le lien d'interdépendance entre les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles, le fait que ces ressources et ces connaissances sont indissociables pour les communautés autochtones et locales, et l'importance des connaissances traditionnelles pour la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments constitutifs, ainsi que pour la pérennité des moyens de subsistance des communautés concernées » (préambule).

1.2. La justice distributive

Le Protocole de Nagoya devrait favoriser une justice distributive permettant de renforcer la justice commutative. La justice distributive, du latin *distributiva*, considère les inégalités entre les personnes et tente de les corriger par le moyen d'une distribution inégale des honneurs et des biens entre elles. Aristote, qui cherchait de nouvelles assises pour la justice afin de la compléter et de la rendre plus effective⁸⁴, décrivait bien cette deuxième forme de justice, comme suit :

«Si, en effet, les personnes ne sont pas égales, elles n'auront pas des parts égales; mais les contestations et les plaintes naissent quand, étant égales, les personnes possèdent ou se voient attribuer des parts non égales, ou quand, les personnes n'étant pas égales, leurs parts sont égales [...] Le juste est, par suite, une sorte de proportion»⁸⁵.

82 G. Rouhette, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965, no 85, p. 331 et les auteurs qui y sont cités ; J. Ghestin, t. II, *Les obligations, Le contrat ; formation*, 1988, no 182, p. 195.

83 Jocelyne Saint-Arnaud, *Supra*, note 18, p. 173.

84 Jocelyne Saint-Arnaud, *supra*, note 18, p. 160.

85 Aristote, *Éthique à Nicomaque*, *Supra*, note 16, p. 244-245.

Contrairement à la justice commutative qui repose sur une égalité arithmétique, la justice distributive est géométrique et vise une justice sociale qui a pour objectif de réduire les inégalités matérielles entre les membres de la société par le moyen du partage de la richesse et des vecteurs de cette richesse que sont notamment les moyens technologiques.⁸⁶ Il n'est alors pas question d'une stricte égalité mais d'une égalité de rapport, qui est proportionnelle. Elle implique la distribution *de parts inégales aux personnes inégales*, afin de rétablir une certaine équité entre elles. La distribution de parts égales, conforme à la justice commutative, ne ferait qu'aggraver les inégalités déjà existantes et parfois systémiques, entre des personnes ou des entités déjà inégales.

La justice distributive dans la philosophie politique de tradition rawlsienne, insiste sur une *théorie de la justice* qui rompt avec la conception uniquement utilitariste qui prévaut à cette époque. Rawls « propose comme alternative au critère d'agrégation utilitariste la solution qui consiste à maximiser la situation de l'individu le plus dépourvu en biens premiers ».⁸⁷ Un débat a ensuite eu cours au sujet de la nature du bien à partager, dont Sen fût l'initiateur, comme l'explique Maguain, en ces termes :

« Sen fut en effet à l'origine de la première tentative de dépassement des bases jetées par Rawls en matière d'égalitarisme, en critiquant la notion de *biens premiers* comme attribut individuel pertinent à retenir en matière d'égalité. Sen défend l'idée que ce ne sont ni le bien-être, ni les biens premiers (au travers d'un indice) qu'il convient d'égaliser afin d'asseoir l'idée de justice, mais plutôt les opportunités de réalisation offertes aux individus, concept résidant à mi-chemin entre les biens et le bien-être et qu'il appelle *capacités*. De façon plus précise, Sen met en avant les réalisations des individus (fonctionnements) comme étant le produit de biens de consommation divers et qui contribuent au bien-être des personnes. Il se déclare alors en faveur d'une société dont la conception de la justice mènerait à égaliser l'ensemble des vecteurs de *fonctionnements accessibles (les capacités)* entre les individus ».⁸⁸

Qu'est-ce qu'une société internationale juste devrait chercher à égaliser entre les individus⁸⁹ dans le cadre du *Protocole de Nagoya* ? Lorsqu'on pose cette question, on se rend compte que le protocole intègre non seulement les finalités utilitaristes d'efficacité économique mais également les finalités distributives de la richesse, selon *le principe de différence de Rawls*⁹⁰, en favorisant l'intérêt des acteurs économiquement les plus faibles dans les échanges APA. Ces acteurs sont l'État fournisseur lorsqu'il est un pays en développement, et les communautés autochtones et locales lorsqu'elles sont impliquées dans l'APA. Appliqué à l'APA, *le principe de différence* devrait avantager les États fournisseurs, leurs populations et les communautés locales et autochtones, qui sont les acteurs qui sont dépourvus de la puissance économique.

86 Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2003,

87 J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, OUP, 1971,

88 Denis Maguain, « Les théories de la justice distributive post-rawlsiennes, une revue de la littérature », *Revue économique*, 2002/2 Vol. 53, p. 165-199, aux pages 166-167. À propos de A. Sen, *The Idea of Justice*, Cambridge, Mass. Belknap Press of Harvard University Press, 2009; Voir aussi P. Van Parijs, P., *Qu'est-ce qu'une société juste ? : Introduction à la pratique de la philosophie politique*, Paris, Seuil, 1991;

89 Id.

90 J. Rawls, *A Theory of Justice*, *Supra*, note 29,

2. L'équité : idéal transversal au protocole de Nagoya et à la Loi-modèle africaine ?

Il convient, alors que le concept d'équité, ses déclinaisons et sa signification aient été exposées, d'analyser les formes qu'il a pris aussi bien dans le Protocole de Nagoya que dans la Loi-modèle africaine, tout en nous interrogeant sur le point de savoir si cela est suffisant pour garantir, ou du moins contribuer à la justice environnementale et au développement durable. Cet examen sera fait, une fois les dispositions de la CDB et du Protocole de Nagoya mises en exergue, concernant le consentement préalable en connaissance de cause, le partage juste et équitable des avantages et le traitement plus équitable des droits des communautés autochtones et locales, concernant leurs savoirs et pratiques traditionnels relatifs à des ressources génétiques.

2.1. Une forte expression de la justice commutative ?

Les mesures qui ont pour objectif de mettre en œuvre une justice commutative dans les relations d'échange de ressources génétiques, cherchent à limiter les cas d'absence de consentement à l'accès ou de consentements viciés à cet accès, à réduire les situations de non partage ou de partage insuffisant et inéquitable de ressources génétiques et à permettre un traitement plus équitable des droits des communautés autochtones et locales concernant leurs savoirs et pratiques traditionnels, relatifs à des ressources génétiques.

Concernant le **consentement préalable donné en connaissance de cause**, il convient de préciser qu'il n'est pas défini par le Protocole de Nagoya. L'article 15 ne cible que le consentement de l'État fournisseur et non des détenteurs de savoirs sur ces ressources. L'article 5 (2) du *Protocole de Nagoya* dispose que les lois d'un État peuvent assurer le partage des avantages résultant de l'utilisation des ressources génétiques, détenues par les communautés autochtones lorsque le droit de cet État leur accorde des droits sur les ressources qu'elles détiennent.

Au contraire, la Loi-modèle africaine, à son article 5.1), dispose que « Tout accès aux ressources biologiques, aux connaissances et / ou technologies des communautés locales doit être soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause écrit de : i) l'autorité nationale compétente; ainsi que celui ii) des communautés locales concernées, en assurant que les femmes sont également impliquées dans la prise de décision⁹¹ ». Comme nous l'avons mentionné en introduction, cette loi-modèle a pour but de fournir le cadre de référence pour les lois sur l'APA des pays africains, avec l'objectif que ce cadre leur permette, par les lois qu'ils développeront, d'assurer la conservation, l'évaluation et l'utilisation durable des ressources biologiques, y compris les ressources génétiques utiles pour l'agriculture, les connaissances et technologies dans le but de maintenir et d'améliorer la diversité en tant

91 [Traduction libre] *African model legislation for the protection of the rights of local communities, farmers and breeders, and for the regulation of access to biological resources*, précitée note 8, art. 5.1; «Any access to biological resources, knowledge and or technologies of local communities shall be subject to the written prior informed consent of: i) the National Competent Authority; as well as that of ii) the concerned local communities, ensuring that women are also involved in decision making. »

que moyen de soutenir tous les systèmes qui supportent la vie. Pour ce faire, sa structure comprend huit parties⁹² et 68 articles. A cet article 5.1, l'idéal de justice commutative recherché par la Loi modèle met non seulement l'État et les communautés locales détentrices de savoirs sur les ressources visées sur un pied d'égalité relativement au droit de fournir l'accès à un utilisateur potentiel, mais également les hommes et les femmes, en introduisant la notion de genre, présente dans la CDB et dans le *Protocole de Nagoya*⁹³, mais surtout présente dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement et dans la désignation des neufs «groupes majeurs» d'ONGs reconnus à Rio également, en 1992.⁹⁴

Concernant le concept de communauté locale, il faut se demander, en pratique, quelle est la faisabilité d'une telle prescription dans le contexte de la majorité des pays africains : comment déterminer les limites d'une communauté locale par rapport à une autre ? Qui en est membre ? Quels critères lui permettent de se définir comme telle ? Quels normes et mécanismes de régulation – modernes ou traditionnels – permettent de désigner ces détenteurs de savoirs ?

Il s'agit de l'une des problématiques majeures que les lois sur l'APA auront à relever. Peter Munyi et Harris Jonas ont d'ailleurs relevé cette difficulté, dans leur étude de cas sur la célèbre affaire de San-Hoodia en Afrique australe :

«Les San sont en fait de nombreuses communautés vivant dans des contextes socio-économiques très différents et leur patrimoine culturel et savoirs traditionnels sont non uniformes. Par exemple, certaines des communautés Khwe vivent dans et autour de l'Okavango Panhandle en Angola, en Namibie et au Botswana du nord dans les zones rurales, par rapport aux Khomani San, dont beaucoup vivent dans des environnements urbains et semi-urbains dans le cap nordique de l'Afrique du Sud, à 2000 km plus loin. Pour affirmer qu'ils sont détenteurs des connaissances relatives au Hoodia, les San ont décidé de projeter une identité des « pan-San», forgeant ainsi une notion de qui ou comment ils 'sont', eu égard à l'accord de partage des avantages. La pression des délais imminents et les questions financières ont limité le processus d'auto-identification. Sans doute qu'il aurait dû être entrepris à un rythme plus approprié pour permettre la participation effective de la communauté au sens large. Autant que possible, le processus d'auto-identification aurait également dû être découplé de l'accord de partage des avantages lui-même, pour s'assurer que les deux ont été enracinés dans les plans et priorités de développement endogène de

92 Il s'agit des objectifs (partie 1), de la définition et du domaine (partie 2), de l'accès aux ressources biologiques (partie 3), des droits des communautés (partie 4), des droits des agriculteurs (partie 5), des droits des sélectionneurs (partie 6), des arrangements institutionnels (partie 7) et des dispositions habitantes (partie 8).

93 Du moins, la référence faite aux « femmes » comme jouant un rôle clé dans la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité dénote d'une tentative de réparer les discriminations dont elles sont victimes, mais si le genre ne se limite pas à un rapport entre hommes et femmes, et concerne les disparités entre différents groupes sociaux.

94 V. dans ce sens le paragraphe 23.1 de la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, dans Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, Doc. off. AGNU, 1992, Doc. NU A/CONF.151/26/REV.1 (Vol. I) (1993) 3.

la communauté. Bien sûr, dans cette situation cela n'était pas possible, conduisant à des décisions importantes relatives à l'identité des San prises pour répondre aux besoins des négociations sur l'APA en cours⁹⁵».

À cela, s'ajoute les cas de conflits où l'État, pour des raisons économiques ou politiques, accorde son consentement alors que les communautés le refusent, ou vice-versa. Qui plus est, alors même qu'il semble juste que la Loi-modèle ait prévu le privilège de l'accès aux ressources au bénéfice des communautés locales, comment les États feraient-ils pour contenir le risque «de sécession» et d'autres revendications territoriales ou à l'autodétermination que porte en germe la reconnaissance d'un tel droit à l'autodétermination ?

Par ailleurs, cet article (5.2), central dans la CDB et le *Protocole de Nagoya* qui traite du « consentement préalable en connaissance de cause », suppose la divulgation d'informations adéquates de la part du demandeur, tant sur le plan scientifique que sur le plan commercial. Ce consentement est également prévu à l'article 3-1) et 3-2)⁹⁶ de la *Loi modèle africaine* qui insiste par ailleurs sur le fait que celui-ci doit se présenter formellement sous la forme d'un permis écrit, délivré par l'autorité nationale compétente, sauf disposition contraire de la loi (article 3-3)). L'article 4 de cette loi, aux paragraphes iv) à ix), précise que les informations suivantes doivent être fournies : celles relatives au but de la recherche envisagée, celles relatives au lieu, à la manière et à l'envergure de la collaboration locale et nationale en matière de recherche se fera, y compris l'identification des structures qui participeront, et celles relatives aux bénéfices économiques, sociaux, techniques, biotechnologiques, environnementaux, scientifiques et tous autres pouvant en résulter.

Cette question soulève évidemment des problèmes complexes liés au secret de certaines informations et aux droits de propriété intellectuelle. Il s'agit d'un compromis difficile entre le caractère discrétionnaire des souverainetés nationales et les nécessités de la coopération internationale pour le développement des biotechnologies. À la limite, un État pourrait interdire tout accès, mais une telle décision serait vraisemblablement jugée arbitraire, l'article premier de la CDB lui demandant de s'efforcer de créer les conditions propres à faciliter l'accès à ses ressources et de ne pas imposer de restrictions qui violeraient les objectifs de la Convention.

95 Peter Munyi et Harry, "Implementing the Nagoya Protocol in Africa opportunities and challenges for African indigenous and local communities" dans Elisa Morgera, Matthias Buck and Elsa Tsioumani (eds.) *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing in Perspective*, Leiden & Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, à la page 224. "The San'are in fact many communities living in very different socio-economic contexts and their cultural heritage and traditional knowledge is non-uniform. For example, some of the Khwe communities living in, and around, the Okavango Panhandle in Angola, Namibia and Northern Botswana live in rural areas, as compared to the Khomani San, many of whom live in urban and semi-urban environments in South Africa's Northern Cape, 2,000 kilometres away. To assert their ownership of the knowledge relating to Hoodia, the San decided to project a 'pan-San' identity, forging a notion of who or how they 'are' for the sake of the benefit-sharing agreement. The pressure of impending deadlines and financial windfalls limited the process of self-identification when it arguably should have been undertaken at a more appropriate pace to enable effective participation of the wider community. As much as possible, the self-identification process should also have been decoupled from the benefit-sharing agreement itself to ensure that both were rooted in the community's broader endogenous development plans and priorities. Of course in this situation this was not possible, leading to important decisions relating to the San's identity being taken to meet the needs of the ongoing ABS negotiations". [Traduction libre].

96 V. dans ce sens <http://www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-oau-en.pdf>, consulté le 14 juillet 2014.

L'article 6 du *Protocole de Nagoya* est au même effet lorsqu'il reconnaît, que l'accès aux ressources génétiques pour leur utilisation est subordonné au consentement préalable donné en connaissance de cause par la Partie qui fournit les ressources, laquelle peut déterminer dans sa législation toutes les conditions requises à cette fin. Cette Partie doit être le pays d'origine de ces ressources ou un pays qui les a acquises conformément à la CDB.⁹⁷

L'article 15 du Protocole prévoit également que le pays où se trouvent des « utilisateurs » de ressources génétiques, n'aura pas le choix que de respecter au minimum la législation du pays fournisseur, lorsqu'il légifèrera. En effet, en vertu de l'article 15 (1) du Protocole, le pays utilisateur de ressources devra prendre des mesures administratives et législatives appropriées pour garantir que l'accès aux ressources génétiques utilisées sous sa juridiction a fait l'objet d'un consentement préalable donné en connaissance de cause et que des conditions convenues d'un commun accord ont été établies, conformément à la législation ou aux dispositions législatives ou réglementaires internes relatives à l'APA de l'État fournisseur. L'article 15 est probablement la disposition la plus innovante au plan de la justice commutative, de tout le protocole. Les pays où il y a des utilisateurs considéreront d'ailleurs certainement cette disposition pour prendre la décision de le ratifier ou non. En effet, en vertu de cette disposition, les obligations des utilisateurs de ressources dépendront du contenu des lois nationales sur l'APA, qui seront adoptées par les pays fournisseurs, au titre desquels figurent plusieurs pays en développement. La technique législative utilisée ici est intéressante car les rédacteurs du Protocole ont misé sur le fait que les utilisateurs de ressources génétiques, n'auraient pas le choix de respecter minimalement la législation de leur pays, laquelle exigerait que le consentement préalable donné en connaissance de cause et que les conditions convenues d'un commun accord soient établies, conformément à la législation ou aux dispositions législatives ou réglementaires sur l'APA de l'État fournisseur. Des sanctions appropriées doivent également être législativement prévues, pour traiter des situations de non-respect. La Loi-modèle, rédigée une décennie avant le Protocole de Nagoya, trouverait ici un terrain de mise à jour facile et pertinent.

Relativement au **partage juste et équitable des avantages**, l'article 5 du *Protocole de Nagoya* prévoit que les avantages qui proviennent de l'utilisation des ressources génétiques 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 avec une Partie qui a acquis les ressources conformément à la Convention et que ce partage est soumis à des conditions convenues d'un commun accord.⁹⁸ Pour faire appliquer ce principe, les Parties prennent « les mesures nécessaires qu'elles soient de nature politique, administrative ou législative⁹⁹ ». À cet égard, la Loi-modèle africaine est particulièrement « juste au plan commutatif », en ce qu'elle prévoit en son article 12-1. que « Le permis d'accès devrait être soumis au paiement, fait avant le début de la collecte, d'une taxe dont le montant total dépendra des fins commerciales ou non de la collecte, du nombre d'échantillons, du domaine de la collecte, de la durée de

97 Protocole de Nagoya, supra note 7, article 6 (1).

98 Protocole de Nagoya, article 5(1).

99 Protocole de Nagoya, article 5(3).

la collecte et de la détention ou non par le collecteur de droits exclusifs¹⁰⁰». En effet, la contrepartie de l'accès garanti par des permis différenciés selon la visée académique ou commerciale qui sous-tend leur demande, est le paiement d'une somme d'argent.

L'annexe du *Protocole de Nagoya* précise la nature des avantages qui découlent de l'utilisation des ressources génétiques. Ils peuvent être de nature monétaire, entre autres par des paiements initiaux, des paiements par étapes, des redevances, des droits de licence en cas de commercialisation, des salaires, la copropriété des droits de propriété intellectuelle. Les avantages peuvent également être non monétaires et se matérialiser notamment par la participation des nationaux à la recherche, la participation au développement de produits, le renforcement des capacités par le transfert de technologies à des conditions équitables qui soient les plus favorables, y compris les biotechnologies pour la protection de la biodiversité, les échanges de renseignements et le partage des résultats de la recherche. L'article 5 (4) du *Protocole de Nagoya* spécifie bien que ces annexes ne sont pas exhaustives et que d'autres avantages peuvent être imaginés et consentis.

L'un des problèmes fondamentaux soulevé par l'article 5 du *Protocole de Nagoya* réside dans le fait, que la technologie est généralement aux mains de l'entreprise privée et que celle-ci n'a guère intérêt à vendre ou à donner sa technologie à d'éventuels compétiteurs, qu'ils proviennent des pays développés ou des pays en développement. Quand l'article 5 du *Protocole de Nagoya* garantit aux pays d'origine des ressources génétiques un accès aux biotechnologies qui utilisent ces ressources même si ces technologies sont protégées par des brevets, il faut y voir un exercice hautement difficile dont les résultats demeurent naturellement très incertains, puisque la norme pose une atmosphère de collaboration et de coopération là où il y a essentiellement compétition, concurrence, monopole d'exploitation afin de stimuler la recherche, l'investissement et l'enrichissement. Les modalités d'un tel transfert devront de toute manière être négociées de gré à gré, « dans le respect du droit international », suivant les dispositions de l'article 16 CDB, c'est-à-dire selon les conventions internationales qui protègent la propriété intellectuelle, notamment l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*¹⁰¹ (ADPIC), qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995. En vertu de cet accord de l'OMC, les États Parties doivent reconnaître tout brevet qui porte sur des micro-organismes modifiés et sur des procédés microbiologiques, même si l'ADPIC leur laisse le choix d'exclure de la brevetabilité, l'invention qui porte sur une plante ou un animal ou sur un procédé essentiellement biologique, mais non microbien de production animale ou végétale¹⁰².

100 [traduction libre], *African model legislation for the protection of the rights of local communities, farmers and breeders, and for the regulation of access to biological resources*, précitée, note 8, "The access permit should be subject to the payment, made before commencement of collection, of a fee the sum of which will depend on whether or not the collection is to be used for commercial purposes, and the number of samples, the area of collecting, the duration of collection and whether or not the collector is granted exclusive rights".

101 OMC (Organisation mondiale du commerce), 1994, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce - Annexe 1C Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 15 avril 1994, 1869 RTNU, I-31874 [ADPIC].

102 Elles peuvent exclure de la brevetabilité les végétaux et les animaux, autres que les micro-organismes et les procédés essentiellement biologiques d'obtention des végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et microbiologiques. ADPIC, *ibid.*, art. 27 3) b).



Les dispositions du *Protocole de Nagoya* viennent certes conditionner l'accès aux ressources génétiques du pays fournisseur à un partage juste et équitable des bénéfices qui en sont issus selon des conditions convenues d'un commun accord, mais elles ne peuvent pas éviter l'ADPIC et ses conséquences. En effet, l'ADPIC a pour effet de poser des *obligations* minimales en matière de propriété intellectuelle, que les législations des États Parties doivent respecter, conformément à l'article 1 (1) de l'Accord. L'article 27 de l'ADPIC prévoit que la délivrance de brevets pour des inventions est possible sans exiger que les dispositions sur l'APA de la CDB et du *Protocole de Nagoya* soient respectées. Autrement dit, rien dans l'ADPIC ne prévoit que les systèmes de brevet doivent exiger que les utilisateurs de ressources génétiques et/ou de savoirs traditionnels associés à ces ressources, divulguent l'origine de leur invention au moment de la demande de brevet.¹⁰³

Aux antipodes du *Protocole de Nagoya* et de sa faiblesse par rapport à l'ADPIC, le préambule et les articles 9.1 et 9.2 de la Loi-modèle africaine ne reconnaissent pas la possibilité de breveter le vivant. Il s'agit d'une question qui a d'ailleurs justifié la formulation de cette loi-modèle, puisque la rédaction de cette loi-modèle s'inscrivait dans la perspective de constituer une position commune des pays membres de l'Union africaine pour le réexamen de l'article 27.3(b) de l'ADPIC.¹⁰⁴ Il en résulte donc pour les États africains membres de l'OMC qui souhaiteraient s'inspirer de la Loi-modèle africaine pour élaborer leur législation sur l'APA, que la réalité juridique leur impose de s'accommoder des dispositions de l'ADPIC.

Par ailleurs, il convient de relever que la Loi-modèle africaine ne semble traiter que des avantages monétaires pouvant résulter de l'exploitation des ressources biologiques,¹⁰⁵ alors que les avantages non-monétaires peuvent représenter un avantage certain,¹⁰⁶ ce que le Protocole de Nagoya reconnaît d'ailleurs dans son annexe. S'il est nécessaire que la Loi-modèle soit en ce point mise à jour, encore faudrait-il considérer les difficultés que posent l'ADPIC, le transfert de

103 ADPIC, Supra, note 110, Article 27.

Objet brevetable

1. Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 et 3, un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle. Sous réserve des dispositions du paragraphe 4 de l'article 65, du paragraphe 8 de l'article 70 et du paragraphe 3 du présent article, des brevets pourront être obtenus et il sera possible de jouir de droits de brevet sans discrimination quant au lieu d'origine de l'invention, au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale.

2. Les Membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation.

3. Les Membres pourront aussi exclure de la brevetabilité:

- a) les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes ou des animaux;
- b) les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et microbiologiques. Toutefois, les Membres prévoient la protection des variétés végétales par des brevets, par un système sui generis efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens. Les dispositions du présent alinéa seront réexaminées quatre ans après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC.

104 V. en ce sens Johnson A. Ekpéré, op.cit., à la page 176. L'Union africaine compte actuellement 54 pays membres.

105 En effet, l'article 12 de la Loi-modèle africaine fait référence au paiement d'une somme seulement, et aucune autre forme d'avantages non monétaires.

106 V. en ce sens supra page 12. V. aussi Peter Munyi, Marcelin Tonye Mahop, Pierre du Plessis, Johnson Ekpere, Kabir Bavikatte, A gap analysis report on the African model law on the protection of the rights of local communities, farmers and breeders, and for the regulation of the access to biological resources, Report of Department of Human Resources, Science and Technology of the African Union commission, 2012, à la page 52.

technologies et la concurrence, pour espérer une pleine réalisation de la justice commutative, ce qu'évidemment ni la CDB, ni le Protocole de Nagoya, ni les lois APA développés suivant le cadre de la Loi modèle africaine ne permet pleinement.

Relativement au traitement plus équitable des droits des communautés autochtones et locales concernant leurs savoirs et pratiques traditionnels relatifs à des ressources génétiques, il s'appréhende notamment à travers, d'une part, le consentement préalable des communautés autochtones et locales à l'accès aux ressources génétiques; et d'autre part, le consentement préalable des communautés autochtones et locales à l'utilisation de leurs savoirs traditionnels liés aux ressources génétiques. Le premier, étant un droit strictement réservé aux États en vertu de leur souveraineté nationale¹⁰⁷, il leur revient, la possibilité, dans leurs législations, d'accorder des droits, aux CAL. L'article 5 (2) du *Protocole de Nagoya* reconnaît, dans la même veine, que les lois d'un État peuvent assurer le partage des avantages résultant de l'utilisation des ressources génétiques, détenues par les communautés autochtones, lorsque le droit de cet État leur accorde des droits sur les ressources qu'elles détiennent dans leurs milieux de vie. Nous avons mentionné précédemment que la Loi-modèle traite cette question sans distinguer entre le consentement préalable des CAL et celui des États, ce qui peut être source de problèmes, en pratique.

Quant au second, il est intimement lié à la question de la propriété intellectuelle, lorsque des produits pharmaceutiques, produits de soin et produits chimiques sont conçus à partir de plantes dont les vertus thérapeutiques ont été découvertes par les autochtones. Les articles 8 j) CDB et 7 du *Protocole de Nagoya* prévoient que les États doivent prendre les mesures nécessaires pour s'assurer du respect, du maintien et de la préservation, mais aussi de « l'application sur une plus grande échelle » des connaissances, innovations et pratiques des CAL. Convaincus que le mode de vie des autochtones présente « un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique », les États parties ont ainsi souhaité non seulement que les autochtones continuent à jouer un rôle important dans la conservation de la biodiversité, mais également qu'ils partagent leur riche savoir avec le reste de la communauté internationale, dans un objectif d'innovation. Cette idée est également présente aux articles 10 c) et 17 de la CDB qui encouragent les États à protéger « l'usage coutumier des ressources biologiques conformément aux pratiques culturelles traditionnelles » et à faciliter l'échange de connaissances, notamment celles acquises au fil des siècles par les autochtones.

Toute la problématique vient du fait que le droit des brevets ne permet pas de protéger un savoir traditionnel qui n'est pas une véritable invention.¹⁰⁸ Ce n'est que lorsqu'une personne innove en s'appuyant sur des savoirs traditionnels, que le recours aux brevets est possible pour protéger l'invention. De plus, la plupart des systèmes de propriété intellectuelle en vigueur ne connaissent pas la détention collective de droits. Ainsi, il y a lieu d'adapter ou

107 Convention sur la diversité biologique, articles 3 et 15.

108 ADPIC, Supra, note 110, Article 27, Objet brevetable. 1. Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 et 3, un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle. 5 Sous réserve des dispositions du paragraphe 4 de l'article 65, du paragraphe 8 de l'article 70 et du paragraphe 3 du présent article, des brevets pourront être obtenus et il sera possible de jouir de droits de brevet sans discrimination quant au lieu d'origine de l'invention, au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale. (nos exergues).

de modifier une loi de propriété intellectuelle pour mieux tenir compte des intérêts des détenteurs de savoirs traditionnels.¹⁰⁹ Des mécanismes de protection doivent être envisagés pour protéger les savoirs traditionnels contre une utilisation qui pourrait donner lieu à une innovation brevetable.

Dans le *Protocole de Nagoya*, le droit au partage est plutôt lié à l'utilisation de leur savoir traditionnel. La revendication d'un partage des bénéfices est donc en pratique beaucoup plus difficile à faire valoir pour les CAL, que pour les États avec lesquels les sociétés prospectrices négocient, puisqu'il leur est souvent nécessaire d'obtenir leur accord pour avoir accès à leurs ressources, en vertu des lois nationales existantes dans l'État d'accueil. Que ce soit en Afrique, en Asie ou en Amérique latine, les cas sont d'ailleurs encore rares où l'utilisation de connaissances issues du savoir autochtone par les entreprises occidentales pour l'élaboration de médicaments, de cosmétiques ou autres produits est assortie d'une forme de partage des bénéfices avec les communautés autochtones et locales. Il faut souligner que les articles 8 j) de la CDB et 7 du *Protocole de Nagoya* posent certaines conditions au recours et à l'utilisation, à plus grande échelle, des connaissances, des innovations et pratiques des communautés autochtones et locales en prévoyant qu'ils doivent se faire avec l'accord et la participation des « principaux dépositaires » desdites connaissances, mais s'empressent d'ajouter que cet accord doit se faire selon ce que prévoit la législation nationale de l'État fournisseur. Ainsi, ce sont les États qui décideront des modalités de la participation des communautés autochtones et du partage équitable des bénéfices, lesquelles sont évidemment susceptibles de varier considérablement d'un État à l'autre, bien que l'article 12 du *Protocole de Nagoya* ait été adopté pour orienter l'adoption.

Quant à l'article 12-2. de la Loi-modèle africaine, il traite de l'équité entre l'État et les CAL, dès lors qu'un avantage découle de l'utilisation d'une ressource ou d'un savoir associé, en suggérant le partage le plus égalitaire possible : 50% - 50% (cf. article 22). Ici, le droit au partage est lié aussi bien à la ressource qu'au savoir traditionnel utilisé. Toutefois, en pratique, qui devra percevoir le paiement des frais prévus en contrepartie de l'accès? L'État souverain des ressources naturelles sur son territoire, ou les CAL, étant entendu que «The State recognizes the rights of communities over ... their biological resources»?¹¹⁰

Par ailleurs, il est intéressant de remarquer que le souci de l'Union africaine est d'assurer la justice commutative à plusieurs niveaux pour en assurer l'efficacité. En effet, il dispose que le partage devrait traiter « men and women equitably »¹¹¹, dans un contexte de pleine participation du public. La Loi-modèle renforce la justice commutative parce qu'elle reconnaît, par le partage basé sur le genre, que de façon équipollente, les hommes et les femmes

109 OMPI, La propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles, 2012, [en ligne : http://www.wipo.int/export/sites/www/free-publications/fr/tk/933/wipo_pub_933.pdf], page consultée le 22 juillet 2013, pp. 27 à 29. Des études de cas, sur le sujet, sont disponibles sur le site de l'OMPI, [en ligne : <http://www.wipo.int/ipadvantage/fr/>], page consultée le 22 juillet 2013.

110 Art.16 Loi-modèle africaine. En effet, en supposant que les États s'inspirent de ladite Loi modèle, il semble important de combler ce vide juridique. Entre le fait que les CAL perçoivent les frais de l'accès, quitte à reverser un montant à l'État, ou que l'État les perçoive et veille à leur partage juste et équitable avec les CAL, il faudra choisir la meilleure formule; quoique tout dépendra toujours du mécanisme de gouvernance mis en place.

111 Art. 22.

contribuent à la construction des savoirs traditionnels, et que c'est par le truchement d'une réelle participation du public – donc une juste représentativité de toutes les composantes de la société – que ce partage pourrait être véritablement juste.¹¹²

2.2. Une justice distributive à repenser ?

Dans le Protocole de Nagoya, ce sont les articles 22 à 25 qui traitent du renforcement des capacités. Dans ces dispositions, c'est surtout par le moyen de l'assistance technologique et financière que le principe des responsabilités communes mais différenciées est mobilisé mais la faiblesse des engagements, à cet égard, donne à penser, tout comme c'est le cas dans les négociations d'un éventuel accord international post-Protocole de Kyoto¹¹³, que l'intégration conventionnelle du principe des responsabilités communes mais différenciées y est plutôt faible.

Sur **l'assistance technologique**, l'article 16 de la CDB précise que chaque partie s'engage à assurer ou à faciliter « l'accès aux technologies nécessaires à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique, ou utilisant les ressources génétiques sans causer de dommages sensibles à l'environnement, et le transfert desdites technologies. Dans la même disposition, la Convention parle de « conditions justes et les plus favorables, y compris à des conditions de faveur et préférentielles », ce qui exclut les conditions du marché, mais nécessite toujours un accord de gré à gré. L'un des aspects intéressants de la CDB et du Protocole de Nagoya, est que l'État partie doit désormais prendre les moyens voulus pour que son secteur privé facilite le transfert des technologies tant aux institutions gouvernementales qu'au secteur privé des pays en développement¹¹⁴, mais il reste à voir comment cette obligation sera appliquée en pratique. Il demeure difficile de voir comment un État peut intervenir pour orienter les décisions de l'entreprise privée en ce domaine. Certes, un État peut, par exemple, acheter des brevets et des licences afin de les transférer à des conditions de faveur à des pays en développement, accorder des subventions afin d'encourager les entreprises à transférer leurs techniques, mais la capacité de l'État capitaliste reste assez limitée en raison de la nature même des relations entre l'État et l'entreprise privée.¹¹⁵

La technologie fait ordinairement l'objet de brevets qui offrent la garantie nationale et internationale, que l'invention ne sera pas exploitée sans l'accord du propriétaire du brevet. L'exploitation de celui-ci se fait normalement dans le cadre d'une licence, qui prévoit le montant des royautés au titre de la compensation financière. Ce sont généralement les lois du

112 Dans une étude intitulée « Regard éthique sur des outils d'analyse des impacts environnementaux : contribution à de nouvelles méthodes pour JAT Consulting », Pag-yendu M. Yentcharé démontre cette « discrimination » dans le cadre d'une séance de participation publique pour une étude d'impact sur l'environnement au Togo. En effet, pour une communauté de plus de 1000 personnes, 11 personnes dont le chef de la communauté et ses notables y ont pris part ; y était présente une seule femme. V. son Mémoire de Master en Éthique et Gouvernance, option Éthique Économique et Développement Durable, École des Sciences Morales et Politiques d'Afrique de l'Ouest, Abidjan, Côte d'Ivoire, 2013, à la page 105.

113 Sophie Lavallée, « Le principe des responsabilités communes mais différenciées à Rio, Kyoto et Copenhague. Essai sur la responsabilité de protéger le climat », *Études internationales*, Vol. XLI, no 1, Mars 2010, 51-78.

114 Convention sur la diversité biologique, art. 16 (2) et Protocole de Nagoya, art. 23.

115 Voir généralement Jean-Frédéric Morin, « Les accords de bioprospection répondent-ils aux objectifs de la Convention sur la diversité biologique ? », *R.D.U.S.*, vol 34, no 1, novembre 2003, p. 307-343.



marché qui dictent, dans des économies ouvertes, les stratégies à adopter pour l'exploitation des brevets, et le rôle des États consiste à protéger les droits de propriété plutôt qu'à décréter les modalités de leur utilisation, sauf peut-être en cas d'utilisation abusive. Si le génie génétique permet de créer des plantes nouvelles, des micro-organismes ou même des animaux, de telles « inventions biotechnologiques » seront donc protégées par un brevet.¹¹⁶ Des individus ou des personnes morales peuvent en effet obtenir un brevet sur des gènes et des cellules d'organismes vivants, notamment d'animaux et de végétaux. Le fait pour un tiers non autorisé de les exploiter constitue une contrefaçon du brevet.

Ainsi, le renforcement des capacités par le transfert technologique est une mesure non financière intéressante mais complexe à mettre en œuvre, compte tenu des droits de propriété intellectuelle. Si une technologie particulière fait déjà l'objet d'un brevet, son transfert ne peut se réaliser que selon des modalités qui reconnaissent ces droits de propriété et qui leur assurent une pleine protection, ce qu'admet le texte de la *Convention sur la diversité biologique*. De ce fait, et également du fait que son mécanisme de règlement des différends est très efficace, l'ADPIC affaiblit les assises du régime de la CDB et ce, malgré le fait que, de façon apparente, il n'y a pas de hiérarchie expresse entre eux.

L'article 16 (3) CDB, en se référant aux articles 20 et 21 de la CDB, reconnaît toutefois que le financement des transferts technologiques peut s'effectuer à même les fonds généraux du mécanisme financier, ce qui est de nature à faciliter les transactions, si l'assistance financière est suffisante.

Sur l'assistance financière, elle représente le « nerf de la guerre » du régime de la CDB et de son Protocole de Nagoya. L'article 20 (2) de la CDB prévoit que les Parties qui sont des pays développés fournissent des ressources financières nouvelles et additionnelles pour permettre aux pays en développement, de faire face à la totalité des surcoûts convenus que leur impose la mise en œuvre des mesures par lesquelles ils s'acquittent des obligations découlant de la Convention. Le respect des obligations conventionnelles des pays en développement, est conditionnel à l'acquittement effectif des obligations qui incombent aux pays développés, en vertu de la Convention, « s'agissant des ressources financières et du transfert de technologie et où ces derniers tiendront pleinement compte du fait que le développement économique et social et l'élimination de la pauvreté sont les priorités premières et absolues des pays en développement » (art. 20 (4) CDB). La CDB fait ainsi de l'assistance financière une condition à l'application effective des obligations des pays en développement, tout comme elle admet que les pays en développement ne pourront s'acquitter effectivement des obligations qui leur incombent en vertu de la Convention que dans la mesure où les pays développés s'acquitteront effectivement des obligations qui leur incombent au plan de l'assistance financière et technologique.

116 Ont fait l'objet de brevets, par exemple, la bactérie mangeuse d'hydrocarbures [inventée par le biologiste indien Ananda Chakrabarty, (Diamond, Sidney A. Commissioner of Patents and Trademarks v. Chakrabarty, Ananda et al., 16 juin 1980, décision de la Cour Suprême des U.S.A.) ; la souris transgénique oncomouse qui contient un gène humain qui la prédispose au cancer, inventée par Philip Leder ; des semences, des gènes humains. La multinationale américaine Monsanto a acheté une technologie brevetée qui consiste à modifier génétiquement des semences de manière à rendre stérile la seconde génération, le but de cette technologie étant d'empêcher les agriculteurs de planter les mêmes graines issues de la première récolte : Arnaud Apoteker, *Du poisson dans les fraises*, Paris, Éditions La Découverte, 1999, p. 107-108. Ian Walden, *Supra*, note 102, aux p. 178-181 ; J. Rifkin, *Le siècle Biotech. Le commerce des gènes dans le meilleur des mondes*, Paris, Éditions La Découverte, 1998.

Dans le Protocole, l'article 22 prévoit que «pour favoriser l'application du présent Protocole, la création et le renforcement des capacités pourraient viser notamment les domaines essentiels suivants : a) La capacité d'appliquer le présent Protocole et de satisfaire aux obligations qui en résultent; b) La capacité de négocier des conditions convenues d'un commun accord; c) La capacité d'élaborer, de mettre en œuvre et de faire respecter des mesures législatives, administratives ou de politique générale internes en matière d'accès et de partage des avantages; et d) La capacité des pays de développer leurs capacités endogènes de recherche, afin d'ajouter de la valeur à leurs propres ressources génétiques». L'article 25 du *Protocole de Nagoya* prévoit que la Conférence des Parties tiendra compte de ces mesures de création et de renforcement des capacités des pays en développement, en particulier des pays les moins avancés, des petits États insulaires en développement parmi eux et des Parties à économie en transition, ainsi que des besoins de capacités et des priorités des communautés autochtones et locales, y compris les femmes de ces communautés, lorsqu'elle fournira des orientations au FEM concernant les besoins en matière de ressources financières.

Conclusion

On sait que l'atteinte des objectifs du *Protocole de Nagoya* dépendra de sa mise en œuvre efficace au niveau national. Pour assurer cet objectif, la justice distributive doit être au service de la justice commutative, en permettant le renforcement des capacités pour appuyer les conditions nécessaires à la mise en œuvre de la justice commutative, notamment pour élaborer une législation nationale sur l'APA, négocier des conditions convenues d'un commun accord, négocier le transfert de technologie et former et sensibiliser la population et les CAL à l'APA. Un soutien financier ciblé, pour appuyer le renforcement des capacités et le développement d'initiatives, par le biais du FEM est donc nécessaire à l'atteinte des objectifs d'APA du Protocole. D'une valeur de 12,5 millions \$ US, il serait sans doute plus efficace si les conditions de son accès étaient plus simplifiées.

Les États africains doivent cependant être conscients que le *Protocole de Nagoya* offre peu de dispositions susceptibles d'assurer la justice distributive, ce qui signifie qu'ils recevront très peu d'aide de la part du Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique pour la mise en œuvre de leurs lois nationales sur l'APA.

L'entrée en vigueur, le 12 Octobre 2014, du *Protocole de Nagoya*, est sans doute l'occasion pour les pays africains d'adopter des lois sur l'APA, qui leur permettront de tirer un réel avantage de l'accès qu'elles accorderont aux ressources génétiques situées sur leur territoire. Dans cette perspective, l'initiative de l'Union africaine pour élaborer des lignes directrices visant une approche africaine coordonnée de la mise en œuvre du *Protocole de Nagoya*, leur permettra de renforcer l'efficacité de leurs législations.¹¹⁷ Par exemple, ils pourront établir des règles minimales relatives au consentement préalable donné en connaissance de cause et aux conditions convenues d'un commun accord ou établir une liste noire des utilisateurs qui enfreindraient leurs lois. Cette démarche de l'Union africaine vise, en définitive, à éviter des situations où la législation d'un pays membre de l'Union africaine favoriserait davantage

117 V. dans ce sens African Union (AU) *Policy Framework for the Coordinated Implementation of the Nagoya Protocol on ABS*, Addis Ababa Highlights, Janvier-février 2014, à la page 4. [en ligne : http://www.unep.org/ROA/Addis_Ababa_Site/Documents/Highlights/highlight2014/AAH_%20Jan_Feb2014.pdf] page consultée le 31 juillet 2014.



les utilisateurs étrangers que les législations sur l'APA des autres États, et afin d'imposer un comportement responsable aux législateurs africains dans la réalisation d'un équilibre et d'une équité dans l'APA.

Le rôle de la société civile ne doit également pas être négligé pour assurer l'efficacité des lois APA. En effet, celles-ci doivent pouvoir jouer aussi un rôle de « vigiles » des activités de bioprospection des utilisateurs, sous le contrôle de l'État. John Braithwaite affirme d'ailleurs à ce sujet que :

« Nous vivons dans une ère de gouvernance en réseau. Une conséquence de ceci est que les pays en développement pourraient passer de leur période de réglementation étatique directement à l'ère de la société de la réglementation propre à la gouvernance en réseau. Les pays en développement pourraient donc faire face à des difficultés, en termes de capacité, à s'assurer du bon fonctionnement d'une réglementation souple ne faisant pas appel à l'interventionnisme étatique mais bien à la mise en réseau de « régulateurs non étatiques ».¹¹⁸

Le succès du Protocole de Nagoya dépend de la vigilance des pays en développement, notamment du continent africain, qui doivent élaborer des lois sur l'APA en recherchant le meilleur équilibre qui soit, pour que les bénéficiaires qu'eux-mêmes et leurs CAL recevront des échanges APA, soient équivalents aux avantages que les compagnies utilisatrices en retireront. Le succès du Protocole nécessite toutefois, que des pays qui ont des utilisateurs sur leur territoire le ratifient également largement et qu'ils contribuent au renforcement des capacités législatives et administratives des pays en développement parties. Ce n'est qu'à ces conditions que l'équité, sous toutes ces formes, sera véritablement au service d'un développement durable en matière de bioprospection.

BIBLIOGRAPHIE

African model legislation for the protection of the rights of local communities, farmers and breeders, and for the regulation of access to biological resources, Algérie, 2000. [en ligne: http://www.oapi.wipo.net/wipolex/fr/text.jsp?file_id=252153].

Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 2007, (traduit par J. Tricot).

Convention sur la diversité biologique, 5 juin 1992, 1760 RTNU 170.

Organisation mondiale du commerce, 1994, *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce* - Annexe 1C Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 15 avril 1994, 1869 RTNU, I-31874.

118 John Braithwaite, Responsive regulation and developing economies, *World Development*, 34(5), 884-898, 2006, à la page 890: "We live in an era of networked governance. An implication of this is that developing countries might jump over their regulatory state era and move straight to the regulatory society era of networked governance. Developing states might therefore cope with their capacity problem for making responsive regulation work by escalating less in terms of state intervention and more in terms of escalating state networking with non-state regulators". [Traduction libre].

JOHNSON A Ekpéré., « Loi-Modèle de l'OUA pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des sélectionneurs et la réglementation de l'accès aux ressources biologiques », 2008, à la page 3. [en ligne : http://www.ictsd.org/downloads/2008/06/dakar_chapter11.pdf].

MICHELLE Cumyn, « L'équité : définitions et concepts », dans Pierre-Claude Lafond et Benoît Moore (dir.), *L'équité au service du consommateur*, Cowansville, Yvon Blais, 2010.

MORGERA Elisa, Matthias BUCK and Elsa TSIOUMANI (eds.), *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing in Perspective implications for international Law and implementation Challenges, Legal Studies on Access and Benefit-sharing*, vol. 1, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2013.

MORIN Jean-Frédéric., « Les accords de bioprospection répondent-ils aux objectifs de la Convention sur la diversité biologique ? », R.D.U.S., vol 34, no 1, novembre 2003.

MUNYI Peter et al, *A gap analysis report on the African model law on the protection of the rights of local communities, farmers and breeders, and for the regulation of the access to biological resources*, Report of Department of Human Resources, Science and Technology of the African Union commission, 2012

Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique, 29 octobre 2010, UNEP/CBD/COP/DEC/X/1.

RAWLS Jhon., *A Theory of Justice*, Oxford, OUP, 1971

WALID Abdelgawad., « Les contrats internationaux de bioprospection : moyen de protection de la biodiversité et des savoirs traditionnels ou instrument de biopiraterie ? », (2009) *Revue québécoise de droit international* (RQDI) 53.

DEUXIÈME PARTIE

APA ET DROITS DES COMMUNAUTÉS LOCALES ET AUTOCHTONES



LECTURE DU PROTOCOLE DE NAGOYA SOUS L'ANGLE DE LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ ET DES SAVOIRS TRADITIONNELS

Marcel AMBOMO

Résumé

De tout temps, la biodiversité a constitué une ressource stratégique extrêmement convoitée. Toutefois, son exploitation en dehors de tout cadre légal a laissé se développer bien de pratiques contestables. Ainsi, a-t-on assisté à la multiplication de cas de vols, de pillages de ressources génétiques et des savoirs traditionnels. L'adoption du Protocole de Nagoya vise à y mettre un terme. Malheureusement construit sur des contradictions, ce texte suscite des interrogations relatives à la cohérence globale de sa vision.

Mots clés : Biodiversité ; biotechnologie ; ressources génétiques ; savoirs traditionnels.

Summary

As strategic resource, biodiversity has always been extremely coveted. However, its exploitation outside any legal frame allowed growing questionable practices. Then, there has been proliferation of theft, looting of genetic resources and traditional knowledge. The adoption of the Nagoya Protocol aims to put an end to this situation. Unfortunately built on contradictions, this text raises questions about the overall coherence of its vision.

Key words: Biodiversity; biotechnology; genetic resources; traditional knowledge.

La multiplication des usages contemporains des ressources génétiques semble, soudain, en révéler l'extrême importance. En réalité, les enjeux qui les entourent sont très anciens. Depuis Christophe Colomb, dont l'arrivée sur les rives du « Nouveau » monde a ouvert la voie à un processus massif de transfert de plantes et d'animaux connu sous l'appellation d'« échange colombien »¹¹⁹, au développement spectaculaire des biotechnologies¹²⁰ qui étendent les possibilités de manipulation et d'application industrielle des ressources biogénétiques, en passant par la collecte de nouvelles variétés de plantes lors des expéditions coloniales ; de tout temps, la biodiversité a constitué une ressource stratégique extrêmement convoitée.

119 Des cultures telles que le maïs, les pommes de terre, les courges, les patates douces prirent la direction de l'Est, tandis que le seigle, l'avoine et les légumes du Vieux monde prenaient celle de l'Ouest. Les transferts du patrimoine génétique des principales plantes cultivées pour l'alimentation furent ainsi réalisés par des marins et des colons pour une production de subsistance. Voir Jack Kloppenburg « De Christophe Colomb à la Convention sur la diversité biologique : 500 années de biopiraterie », in *La propriété intellectuelle contre la biodiversité ? Géopolitique de la diversité biologique*, CETIM, 2011, p. 19.

120 Biotechnologie : « 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 spécifiques », Article 2 de la Convention sur la Diversité Biologique.



Toutefois, son exploitation en dehors de tout cadre légal a laissé se développer bien de pratiques contestables. Ainsi, a-t-on assisté à la multiplication de cas de vols et de pillages de ressources génétiques. La mise en place progressive d'un cadre juridique international avec la Convention sur la diversité biologique, complété sur le plan régional, par des lois telles que la Loi modèle de l'Organisation de l'unité africaine (OUA)¹²¹, vise entre autre, à en règlementer l'exploitation.

L'adoption du Protocole de Nagoya sur l' « Accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation »¹²² parachève l'architecture juridique internationale en matière d'utilisation des ressources génétiques. Le Protocole définit les droits et obligations des Parties, qu'il place sous le signe de l'équité et de la justice. Ces deux notions devant être déclinées, dans les différents aspects notamment environnementaux, sociaux, culturels, médicaux, scientifiques, alimentaires, agricoles, économiques, liés à l'exploitation des ressources génétiques. Autant de domaines qui s'avèrent cruciaux pour le développement de l'Afrique. Censé définir le cadre réglementaire des relations entre les détenteurs de ressources et ceux qui souhaiteraient les acquérir, le Protocole ne privilégie-t-il pas finalement l'échange et les avantages monétaires et/ou autres, au détriment de la préservation de la biodiversité, et des savoirs traditionnels ? L'interrogation n'appelle pas à une sanctuarisation des ressources génétiques, dont l'utilisation est au demeurant, vitale pour l'humanité. Simplement, l'institutionnalisation d'un marché de ressources génétiques ne risque-t-elle pas d'avoir un effet contreproductif, et de nuire à leur conservation ? D'autant plus que, grâce à cette logique marchande, le texte instaure une cohabitation entre les savoirs traditionnels et les droits de la propriété intellectuelle (DPI), qu'il consacre par ailleurs. À terme, les savoirs traditionnels ne seront-ils concurrencés, voire supplantés par les droits de la propriété intellectuelle ?

Deux logiques, pour le moins contradictoires, apparaissent à la lecture du Protocole. Une logique de «troc» qui introduit la biodiversité dans le maelström de la mondialisation des échanges; et une autre, qui sous-tend son exploitation conformément à la logique du développement soutenable. Ainsi, se pose la question de la cohérence d'ensemble du nouveau dispositif, qui comporte de nombreuses dispositions favorables à la protection de la biodiversité et des savoirs traditionnels **(1)**, et qui développe simultanément une vision marchande, qui risque à terme, d'aboutir à une remise en cause de l'objectif de protection précédemment souligné **(2)**.

1. L'apport du Protocole de Nagoya en matière de conservation de la biodiversité et des savoirs traditionnels

Si le Protocole porte sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur exploitation, la conservation de la biodiversité y figure, comme objectif principal **(1.1)**. De même, la mise en place d'un cadre juridique de référence, semble poursuivre, un objectif similaire **(1.2)**.

121 La Loi-modèle de l'OUA pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des sélectionneurs et la réglementation de l'accès aux ressources biologiques a été adoptée en 2000.

122 Le Protocole a été adopté le 29 octobre 2010.

1.1. La protection de la biodiversité comme objectif

L'adoption du Protocole de Nagoya est censée mettre un terme aux différents abus constatés en matière d'exploitation de la biodiversité (1.1.1). Inextricablement liés à la conservation de la biodiversité, les savoirs traditionnels voient leur importance reconnue (1.1.2).

1.1.1. L'exploitation durable de la diversité biologique comme finalité

La situation de non-droit qui a longtemps prévalu, en ce qui concerne l'utilisation des ressources génétiques, a conduit parfois à leur exploitation, au détriment des intérêts des communautés locales, des États, et nuit à leur conservation. Le Protocole réaffirme la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles et comble ainsi le vide juridique, qui a longtemps accompagné la biodiversité, qualifiée de « res communis ». Cette qualification juridique servait, à désigner des choses inappropriées et inappropriables¹²³. En effet, elle consacrait une situation juridique particulière. Celle-ci voyait les États exercer leur souveraineté sur le sol, souveraineté limitée par l'application de la notion « res communis » à certaines ressources, pourtant situées sur le territoire étatique.

Pour autant, la reconnaissance de cette souveraineté au profit des États n'a pas permis l'institution d'un cordon de sécurité, autour des ressources génétiques. Avec l'avènement des biotechnologies, les ressources génétiques deviennent le nouvel « or vert ». Grâce aux progrès réalisés en biologie moléculaire, le monde industriel prend conscience de la valeur des gènes, éléments de base de la biodiversité. Les gènes, véritables supports d'informations génétiques représentent un « capital vert » lucratif pour l'industrie des biotechnologies, et semblent expliquer, la multiplication des activités de bioprospection¹²⁴.

Qualifiée de bioprospection par certains, cette recherche génétique est plutôt dénoncée par d'autres, qui l'assimilent à de la biopiraterie. Depuis des décennies, on a assisté dans le Nord, à la constitution de banques de gènes, afin d'y stocker du matériel collecté, à partir des ressources génétiques des pays du Sud.

Par exemple, le patrimoine génétique du blé contenant le fameux gène Norin 10 fut envoyé en 1946 du Japon aux États-Unis, par un conseiller travaillant pour l'armée américaine¹²⁵. De même, les programmes d'aide à l'étranger ont aussi procuré un cadre institutionnel utile à la collecte du matériel génétique. Les centres de recherches mis en place par le Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale (CGIAR) n'ont pas seulement été des mécanismes pour encourager le développement des pays sous-développés. Ils ont également été des mécanismes efficaces d'extraction des ressources phytogénétiques de ces pays et leur transfert vers les banques de gènes du Nord¹²⁶.

Le Protocole vise à mettre un terme à ces activités illégales, en mettant les pays détenteurs de ressources ainsi que les populations directement concernées, au cœur du processus de décision. Dorénavant, il subordonne l'accès aux ressources génétiques, au consentement préalable en

123 Article 714 du Code civil.

124 Prospector la biodiversité (ou bioprospecter), c'est rechercher parmi le patrimoine biologique existant les ressources génétiques et biochimiques pouvant avoir une valeur commerciale.

125 J. Kloppenburg, « De Christophe Colomb à la Convention sur la diversité biologique : 500 années de biopiraterie », op. cit. p. 22.

126 Ibid.

connaissance de cause de la partie qui fournit lesdites ressources¹²⁷. Le Protocole semble ainsi donner aux États, la possibilité de contrôler les activités et le rythme d'exploitation de la biodiversité, en vue d'un développement durable.

1.1.2. L'importance des connaissances traditionnelles reconnue et affirmée

En Afrique, les peuples indigènes et les communautés locales ont acquis une profonde connaissance des ressources génétiques. De générations en générations, ils ont accumulé un savoir qui s'est affirmé au fil des siècles, grâce à des pratiques respectueuses de leur environnement, qui leur fournit la matière première nécessaire, au développement de leurs savoirs. Ils sont parvenus à développer un savoir médical, grâce à une parfaite connaissance des plantes médicinales, qu'ils mettent au service de toute la communauté. De nombreuses entreprises s'intéressent à ces savoirs traditionnels, afin d'identifier des plantes à partir desquelles, elles pourraient extraire des substances commercialisables.

La Convention reconnaît la contribution des savoir-faire traditionnels à la protection et à l'utilisation durable de la biodiversité. Elle dispose que «chaque Partie, sous réserve des dispositions nationales, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales»¹²⁸. Le Protocole quant à lui, reconnaît le « lien d'interdépendance entre les ressources génétiques et les connaissances et le caractère inséparable de ces ressources pour les communautés autochtones et locales »¹²⁹.

La reconnaissance de l'importance des connaissances traditionnelles n'aboutit pas, à l'organisation d'un système juridique de protection, comme c'est le cas, en matière de propriété intellectuelle. D'ailleurs, l'emploi du mot « connaissance », par la Convention sur la diversité biologique et le Protocole de Nagoya, et non celui de « savoir », fournit des éléments, qui permettent d'apprécier, l'appréhension juridique des « connaissances » traditionnelles. Au-delà, de la rhétorique liée à l'importance des « connaissances » traditionnelles, ces textes ne les assimilent pas à des savoirs scientifiques dans la mesure où, ces connaissances, ne seraient pas obtenues à la suite d'un processus de transformation, de création, et ne comporteraient aucune valeur ajoutée. Elles sont plutôt assimilées aux ressources génétiques fournies par la nature. Ces textes consacrent une vision rudimentaire des savoirs qui, au fil des ans, et grâce à l'application d'un savoir-faire technique, ont permis la conservation et la gestion durable de la biodiversité. Si les savoirs traditionnels sont reconnus, il n'en demeure pas moins qu'ils sont juridiquement fragilisés par la perception primitive qu'en donne le droit international. Ce qui rend presque rétrograde, la mise en œuvre de mécanismes juridiques dédiés à leur protection.

127 Article 6 du Protocole de Nagoya.

128 Article 8 j de la Convention.

129 Préambule du Protocole de Nagoya.

1.2. L'adoption d'un cadre juridique de référence en vue de la préservation de la biodiversité et des savoirs traditionnels

La transparence et la sécurité juridique (1.2.1) semblent constituer les piliers de ce nouveau dispositif. Par ailleurs, le Protocole prévoit des outils et mécanismes destinés à en appuyer la mise en œuvre (1.2.2).

1.2.1. La transparence et la sécurité juridique renforcées

Le Protocole adopte de nouvelles règles dont le but est d'encadrer les relations entre les fournisseurs de ressources et les utilisateurs. Il construit un cadre légal et global, qui fixe les conditions et les limites de l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels. Le texte établit une nouvelle réglementation, et entend ainsi répondre à l'objectif d'améliorer les rapports entre les différents acteurs qui participent à la gestion et à l'exploitation de la diversité biologique.

Le Protocole systématise la procédure d'accès aux ressources génétiques. Dorénavant, face au silence des lois nationales, il constituera le cadre de référence légal qui guidera entre autres les projets de bioprospection, de collecte des matières végétales par les utilisateurs étrangers, ou de toute action dont la finalité permettra l'accès aux ressources visées. Il apporte plus de certitude juridique aux acteurs, en créant des conditions plus prévisibles pour l'accès aux ressources génétiques. Il définit les différentes obligations en matière d'accès, de partage des avantages et du respect des obligations.

En matière d'accès aux ressources génétiques¹³⁰, le détenteur de celles-ci devra prendre les mesures législatives, administratives et politiques suivantes :

- assurer la certitude juridique, la clarté et la transparence de ses exigences internes en matière d'accès et de partage des avantages;
- prévoir des règles et procédures justes et non arbitraires sur l'accès aux ressources;
- mettre à disposition des informations sur la manière de solliciter un consentement préalable en connaissance de cause;
- prévoir une décision écrite claire et transparente d'une autorité nationale, et dans un délai raisonnable;
- prévoir la délivrance au moment de l'accès d'un permis ou de son équivalent comme preuve 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;
- 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;

130 Article 6 du Protocole de Nagoya.

- 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, etc.

En ce qui concerne les obligations liées au partage des avantages¹³¹, les mesures adoptées au niveau national en matière de partage des avantages assurent un partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques, ainsi que des avantages découlant des applications et de la commercialisation ultérieures, avec la partie contractante qui fournit ces ressources. Le partage est soumis à des conditions convenues d'un commun accord. Les avantages peuvent être monétaires ou non-monétaires, et inclure les redevances, le partage des résultats de la recherche, la participation au développement des produits, la contribution à l'éducation et à la formation, le renforcement des capacités intellectuelles, etc.

Le Protocole comporte une innovation importante. Il définit des obligations spécifiques destinées à appuyer le respect de la législation et des exigences réglementaires nationales de la partie contractante, qui fournit les ressources génétiques, et des obligations contractuelles contenues dans les conditions convenues d'un commun accord¹³². Il s'agit là d'autant de dispositions dont la finalité est de clarifier les relations juridiques entre les acteurs intervenant dans le milieu de la diversité biologique, et de conduire à la conservation des ressources génétiques.

1.2.2 La justice et l'équité garanties par les outils et les mécanismes de mise en œuvre

La réussite du Protocole dépendra de sa mise en œuvre concrète. À cet égard, plusieurs outils et mécanismes ont été prévus, afin de rendre les dispositions du protocole effectives. Ils regroupent des outils et mécanismes divers:

- **des outils administratifs et institutionnels** : Le Protocole prévoit la désignation de correspondants nationaux et d'autorités nationales compétentes¹³³, qui serviront de point de contact, et délivreront les informations pertinentes aux demandeurs d'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles. Ces informations devront porter sur les procédures d'obtention du consentement préalable, la conclusion des conditions convenues d'un commun accord, les conditions d'approbation et de participation des communautés locales. Le correspondant national sera chargé d'assurer la liaison avec le secrétariat. Par ailleurs, le Protocole crée un Centre d'échange sur l'accès et le partage des avantages et échange d'information qui permettra d'accéder aux informations pertinentes pour l'application du protocole. Il mettra à la disposition des parties, les informations sur les exigences réglementaires nationales en matière d'accès et de partage des avantages, les informations sur les correspondants nationaux, les informations sur les permis et équivalents délivrés au moment de l'accès. Ces informations pourraient inclure, le cas échéant, les clauses contractuelles modèles, les méthodes et outils développés pour surveiller les ressources génétiques, etc.

131 Article 5 du Protocole de Nagoya.

132 Articles 15 ET 16 du Protocole de Nagoya.

133 Article 13 du Protocole.

Enfin, il a été instauré un mécanisme de surveillance de l'utilisation des ressources génétiques¹³⁴ qui prévoit la désignation d'un ou plusieurs points de contrôle, qui permettront d'exiger des utilisateurs des ressources génétiques, qu'ils apportent la preuve du consentement, la source de la ressource génétique, l'établissement des conditions convenues d'un commun accord, voire l'utilisation des ressources génétiques.

- **des mécanismes de renforcement des capacités et de financement** : Un renforcement des capacités¹³⁵ est prévu, pour appuyer les éléments fondamentaux de la mise en œuvre du Protocole. L'effort devra porter sur le renforcement des ressources humaines et des capacités institutionnelles. Le renforcement des capacités pourrait viser également la capacité d'appliquer le protocole, de négocier les conditions convenues d'un commun accord, de mettre en œuvre et de faire respecter les mesures législatives, administratives ou de politique intérieures, etc.

En outre, le texte prévoit un transfert des technologies¹³⁶ et des mécanismes de financement. La finalité du transfert des technologies sera de favoriser le développement et le renforcement d'une base technologique et scientifique solide et viable. Enfin, il est prévu un soutien financier ciblé, pour appuyer le renforcement des capacités et le développement d'initiatives, par le biais du mécanisme de financement de Nagoya, à savoir, le Fonds pour l'environnement mondial (FEM).

2. La remise en cause de la logique de conservation pourtant affirmée

Les différents mécanismes prévus par le Protocole de Nagoya, font des pays détenteurs des ressources, des acteurs majeurs du processus relatif à l'accès aux ressources génétiques. Ils développent ainsi une vision favorable à la conservation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels. Malheureusement, le développement en parallèle d'autres mécanismes conformes à la logique de marché **(2.1)**, font douter de l'efficacité de la vision précédente. Dès lors, il reviendra à l'Afrique de faire preuve de vigilance, afin d'assurer la protection de son patrimoine écologique, culturel et intellectuel **(2.2)**.

2.1. Les effets contreproductifs de la logique du marché

Qualifiée de paradigme de Rio, l'approche qui sous-tend l'approfondissement du mouvement de libéralisation des échanges, comme la condition du développement soutenable à long terme¹³⁷, constitue en effet le référent théorique de l'Action 21, adoptée lors du Sommet de la Terre tenu à Rio en juin 1992¹³⁸. Les différents textes qui en sont issus notamment la Convention sur la diversité biologique et l'un de ses Protocoles, celui de Nagoya en reflètent la philosophie. La consécration de cette vision fait peser des menaces sur la biodiversité **(2.1.2)** et les savoirs traditionnels **(2.1.1)**.

134 Article 17 du Protocole de Nagoya.

135 Article 22 du Protocole de Nagoya.

136 Article 23 du Protocole de Nagoya.

137 M. Damian et J-C. Graz, Commerce international et développement soutenable, *Economica*, p, 20.

138 Ibidem.

2.1.1. Le risque d'assèchement des savoirs traditionnels face à la menace des brevets

Le savoir traditionnel sur les plantes aux propriétés médicinales, a fortement contribué à la découverte de médicaments modernes. Les ethnobotanistes Michael Balick et Paul Alan Cox ont identifié des médicaments (une liste non exhaustive de plus d'une centaine de médicaments) qui ont été développés suite à des recherches ethnobotaniques. Il s'agit entre autres de l'aspirine, de la digitoxine ou de la digtotoxine pour le traitement cardiaque, de la quinine pour la malaria, de la vinblastine et de la vincristine pour le traitement de certains cancers¹³⁹. Il est indéniable que le savoir traditionnel est indispensable à la fabrication de certains médicaments. La CDB et le Protocole ne manquent pas d'ailleurs de reconnaître une telle importance. Malheureusement, les deux textes n'envisagent aucun mécanisme juridique de protection de ces savoirs. Le produit final, le médicament, est protégé juridiquement par le brevet. En revanche, le savoir technique qui a permis sa création n'est pas protégé.

Cette logique ne milite réellement pas en faveur de la protection des savoirs traditionnels. L'instauration d'un système de deux poids deux mesures institutionnalise une asymétrie dans la circulation des ressources génétiques et des savoirs. La CDB et le Protocole organisent un accès légal à des savoirs qui ne sont pas protégés. Mais les manipulations qui en sont issues, et notamment le partage des avantages, sont protégées par les droits de la propriété intellectuelle.¹⁴⁰

Aujourd'hui, une simple transformation ou extraction dans un laboratoire, des ressources qui étaient autrefois développées collectivement, et faisaient partie du patrimoine d'une communauté, pourrait aboutir à leur privatisation, grâce à l'obtention d'un brevet. Les savoirs traditionnels deviennent ainsi, très facilement, commercialisables. Étant donné le pouvoir de contrôle du marché que confèrent les brevets, il est facile de comprendre qu'ils rendent la piraterie attractive¹⁴¹. Une telle facilité de protection n'est pas accordée aux savoirs traditionnels, au motif qu'ils ne seraient pas nouveaux, n'impliqueraient pas une activité inventive, et ne seraient pas susceptibles d'application industrielle¹⁴².

En somme, les pays détenteurs de ressources sont invités à en faciliter l'accès, en vue de favoriser le partage et la mise à disposition de la biodiversité et des savoirs traditionnels au service de l'humanité. En retour, s'agissant des utilisateurs des ressources, dont les produits sont très souvent protégés par des brevets, ce n'est pas la logique de partage qui prime, mais bien celle du profit. Le partage des avantages liés à l'accès aux ressources devient dès lors hypothétique et illusoire. En effet, il est difficile d'avoir une idée des bénéfices générés par les brevets, l'ingénierie financière des entreprises étant complexe. Dans cette hypothèse, le partage des avantages s'apparente à un leurre. De plus, protégé pour une durée de 20 ans, le brevet donne ainsi l'opportunité à son détenteur, d'en tirer le maximum de profit.

139 C. Takeshita, « Nouveaux discours sur le partage des bénéfices et résistances des peuples indigènes », in *La propriété intellectuelle contre la biodiversité ? Géopolitique de la diversité biologique*. CETIM, 2011, p. 70.

140 Article 6 g (ii) du Protocole de Nagoya.

141 S. Ribeiro, « Les pièges des partages des bénéfices », in *La propriété intellectuelle contre la biodiversité ? Géopolitique de la diversité biologique*. CETIM, 2011, p. 48.

142 Il s'agit des critères du brevet posé par l'Article 27 de l'Accord sur les Aspects des droits de la propriété intellectuelle liés au commerce (ADPIC).



L'histoire récente apporte la preuve, à ce sujet, que la notion de partage n'est pas la plus répandue chez les détenteurs de brevets. Certains gouvernements ont dû recourir à des licences obligatoires¹⁴³, pour contraindre certains grands groupes pharmaceutiques à desserrer l'étau juridique du brevet, afin de permettre l'accès des populations à des médicaments. En définitive, il n'est pas à exclure que les pays détenteurs des ressources génétiques et les populations locales, dont les savoirs ne sont pas protégés, en subissent la captation, et en perdent le monopole.

2.1.2. Le risque de perte et de privatisation de la biodiversité

À travers les échanges de variétés entre les communautés locales, s'opère un brassage génétique important. Les pratiques culturelles et sociales liées à la production et à l'échange des semences de ferme permettent ainsi la conservation de la biodiversité agricole et l'émergence de nouvelles variétés. Le patrimoine génétique végétal est le « premier maillon de la chaîne alimentaire ». En Afrique, le secteur agricole reste très important dans le tissu social et économique. Les agriculteurs produisent leurs propres semences et les échangent sur les marchés locaux. La plupart des variétés cultivées sont rustiques et hétérogènes. Elles résultent d'un processus qui repose sur la transmission des savoirs techniques entre générations.

L'introduction des droits de la propriété intellectuelle, tout comme le développement des biotechnologies dans le milieu de la biodiversité, n'auront pas que des effets positifs. Les droits de propriété intellectuelle sur les variétés végétales ont des conséquences en termes d'accès aux semences, puisqu'ils restreignent la possibilité pour les agriculteurs de faire leurs propres semences. Les redevances ou royalties versées en contrepartie de l'utilisation d'une variété protégée par un certificat d'obtention végétale (COV) ou un brevet, représentent un certain coût économique.

Les droits de la propriété intellectuelle suscitent de nombreuses inquiétudes. Considérés comme un facteur d'appauvrissement de la diversité biologique et agricole, ils favorisent la réduction du nombre des variétés cultivées, et conduisent à l'uniformisation des cultures. Le système des droits de propriété intellectuelle incite les entreprises semencières à centrer leurs recherches sur quelques espèces et variétés à haut rendement, pouvant être commercialisées le plus largement possible. Cette mutation a pour conséquence, le remplacement des variétés locales traditionnelles, par un petit nombre de variétés modernes et donc, une réduction de la diversité génétique agricole. Ainsi, en France, on recensait au début du siècle dernier, plus d'une centaine de variétés de pommes de terre. Aujourd'hui, à cause des effets de l'introduction de la propriété intellectuelle, on en dénombre à peine une dizaine. De plus, la plupart des variétés produites actuellement figurent toutes dans un catalogue géré par des semenciers.

143 C'est le cas du Nigéria qui avait dû briser le système de protection des brevets pour permettre aux populations d'avoir accès à certains médicaments.

Pour être commercialisée, une variété protégée par un certificat d'obtention végétale (COV), doit être inscrite dans un catalogue de variétés protégées et autorisées. Les entreprises semencières privilégient la nouveauté, et ont tendance à ne plus inscrire aux catalogues, des variétés qu'elles jugent dépassées d'où la tendance notée à la perte du patrimoine génétique. Préserver l'autonomie des agriculteurs en semences et en matériel végétal est indispensable pour la sécurité alimentaire.

Le brevetage des ressources biologiques qui comprennent les variétés végétales ainsi que les ressources génétiques et phytogénétiques, pourrait avoir des conséquences graves sur la sécurité alimentaire, et risque d'ouvrir la voie au pillage des ressources africaines, si les pays du continent n'y prêtent guère attention. La sélection des plantes va entraîner la privatisation des ressources génétiques, un marché estimé à plusieurs milliards de dollars, et contrôlé par des géants industriels tels que Monsanto, Bayer, Dow, etc.

2.2. L'implication de l'Afrique dans la défense de son patrimoine génétique et culturel

Dans le contexte actuel de globalisation de l'économie, les ressources génétiques et les savoirs traditionnels sont considérés comme des marchandises, susceptibles à ce titre, d'être soumis aux échanges. Leur importance avérée requiert une vigilance accrue de la part des pays du continent **(2.2.1)**, ces éléments étant déterminants pour son développement durable **(2.2.2)**.

2.2.1. La vigilance africaine dans la mise en œuvre du Protocole de Nagoya

L'importance de la biodiversité africaine est reconnue, en raison du nombre d'espèces de plantes et d'animaux présentes dans la région, et qui n'existent nulle part ailleurs sur la planète. Les forêts du Bassin du Congo, par exemple, sont connues pour leur fort taux d'endémisme. Au-delà de cette richesse naturelle, ces écosystèmes sont d'un apport précieux pour les populations locales.

La question souvent posée est « à quoi sert la biodiversité? ». La réponse la plus pertinente est que la biodiversité sert à la vie elle-même¹⁴⁴. Dans une perspective instrumentale, la biodiversité peut servir tout d'abord comme réservoir d'aliments.

Dans les pays africains, les aliments de la forêt représentent un filet de sécurité primordial, qui aide les communautés à joindre les deux bouts, entre deux campagnes agricoles, en cas de perte de récoltes ou durant les périodes de sécheresse, de famine ou de conflit social. Dans certaines zones, notamment dans l'espace de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA), les forêts soutiennent l'élevage en offrant du fourrage aux animaux, tandis que dans la zone équatoriale, les marais de la mangrove côtière, par exemple, aident les pêches locales. Les forêts contribuent pour beaucoup à la sécurité alimentaire, bien qu'elles ne soient actuellement que faiblement exploitées, en ce qui concerne la diversité alimentaire offerte.

144 Auroi (C.), *La diversité biologique*. La vie en péril, Georg Editeur, Genève, 1992, p. 23.



Il reste bien des progrès à accomplir dans des domaines aussi variés que l'amélioration des techniques de transformation des produits forestiers, la reconnaissance et la prise en compte des ressources sauvages dans les comptabilités nationales, la connaissance de l'état des ressources naturelles et le suivi de leur exploitation. La biodiversité joue aussi le rôle de réservoir de substances médicinales. C'est certainement la conservation des plantes médicinales qui rencontre le plus de succès auprès du public, de par son aspect fondamentalement utile. Ainsi, constate-t-on un intérêt de plus en plus prononcé pour les médecines douces. Dans cette partie du monde, les populations surtout rurales font appel directement aux vertus des plantes pour se soigner. La médecine occidentale elle-même, tire 50 % de ses produits de quelques 119 principes actifs des plantes ou de la synthèse de ces substances¹⁴⁵.

Enfin, la biodiversité joue le rôle de réservoir de substances industrielles. Comme pour les substances médicinales, la nature offre toute une série d'éléments qui servent à fabriquer les produits de la vie quotidienne utiles à l'homme. Tel est le cas du bois. Moyennant des transformations plus ou moins poussées, il est destiné à différents usages. De même, le caoutchouc qui provient du latex et de l'hévéa a connu un essor considérable avec des utilisations multiples (pneumatique, câblerie, etc.). D'autres catégories de produits qui comprennent, les amidons et les sucres, les huiles et les graisses sont utilisées comme lubrifiants, cosmétiques, fibres, enduits et peintures, etc.¹⁴⁶

Dans le cadre de la mise en œuvre du Protocole de Nagoya, et s'agissant notamment de l'aspect lié à la signature des accords de bioprospection, les pays africains devront composer des équipes d'experts pluridisciplinaires, avec pour mission d'examiner tous les aspects des accords, et veiller à la sauvegarde des intérêts du continent. L'expérience des accords passés, signés par les pays africains, a prouvé qu'il s'agissait pour la plupart d'accords lésionnaires, désavantageux pour la partie africaine.

À cet effet, les futures réglementations nationales veilleront à mettre en place des cadres juridiques protecteurs du patrimoine génétique et culturel de l'Afrique. Elles devront pour cela, tenir compte des objectifs de la Loi-modèle de l'OUA. Elle vise à mettre en place un système *sui generis* de protection des droits des communautés locales, des agriculteurs, des sélectionneurs et de réglementation de l'accès aux ressources biologiques. De plus, elle accorde une attention raisonnée à la conservation de la biodiversité, à l'utilisation durable des ressources biologiques, à la préservation de la sécurité alimentaire, à la protection des droits communautaires et des agriculteurs (notamment celui d'échanger les semences qu'ils ont conservés), et à un véritable partage des avantages résultant de l'accès aux ressources génétiques. Enfin, elle fournit aux États africains un meilleur cadre juridique de référence, pour la formulation des législations, qui protègent les intérêts nationaux. Il est fort dommage que les pays africains n'aient pas encore retranscrits dans les différentes législations nationales, les dispositions de cette loi, qui s'avèrent pourtant plus protectrices des ressources génétiques du continent.

145 - Auroi (C.), Op. Cit. p. 25.

146 - Ibidem.

2.2.2. La prise en compte du patrimoine génétique et culturel dans le développement durable du continent

Il n'est quasiment jamais question de culture, lorsqu'on aborde la question du développement durable. Pourtant, le concept de développement durable n'est rien moins qu'un projet de civilisation. Aujourd'hui, la diversité culturelle est gravement menacée par la mondialisation économique, qui tend à valoriser et à asseoir le modèle marchand, modèle qui semble ne pas avoir de limite. Autant la biodiversité est vitale pour la planète, autant la diversité culturelle est une richesse de l'humanité, qu'il est urgent de s'appliquer à sauvegarder.

La Déclaration universelle de l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) sur la diversité culturelle¹⁴⁷, affirme que «le respect de la diversité culturelle élargit les possibilités de choix offertes à chacun»¹⁴⁸ et, associé au maintien de la diversité biologique, il est essentiel à notre survie. La perte de la diversité culturelle entraînera une grave détérioration de la qualité de vie, voire la perte même de sens de celle-ci. Si nous laissons mourir des langues et des cultures, nous réduisons d'emblée la masse de nos connaissances sur l'environnement et le trésor de bienfaits que l'humanité peut en tirer¹⁴⁹.

Les communautés autochtones et locales détiennent des connaissances pointues de la biodiversité qui les entoure, et ont mis au point des innovations et des pratiques spécifiques pour la gérer. Il s'agit des réalités locales dont il faut tenir compte dans la mise en œuvre du développement durable. Dans les écosystèmes agricoles tropicaux, les fermiers cultivent communément des dizaines d'espèces de plantes, y compris de nombreuses variétés adaptées à des conditions environnementales et à des besoins culturels divers. Les populations ont créé, et amélioré des pratiques, qui permettent la survie de ces cultures spécifiques.

Pourquoi est-il si important, de maintenir la spécificité culturelle africaine et la biodiversité du continent ? Le savoir en est la réponse. C'est à travers le savoir autochtone enraciné dans les langues locales, qu'un lien direct peut être établi entre la diversité culturelle, la diversité biologique et la protection de l'environnement. Les milieux riches dans lesquels vivent les populations autochtones, ont façonné leurs activités productrices et leurs valeurs spirituelles.

La diversité culturelle maintient le lien entre les dimensions matérielle et immatérielle du développement. Le développement matériel peut être évalué en termes de santé humaine, de capacités économiques, de flux de marchandises et de garanties physiques quant à la sécurité et à la productivité. En revanche, le développement immatériel réside dans l'esprit de

147 La Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle a été adoptée à l'unanimité par la 31e session de la Conférence générale, le 2 novembre 2001. Elle est née de la volonté des États membres, de définir dans un contexte de mondialisation, un instrument normatif, qui servirait à l'élaboration des politiques culturelles nationales, en accord avec les règles et le droit international.

148 UNESCO, « Diversité culturelle. Patrimoine commun. Identités plurielles », UNESCO, 2002, p. 54.

149 UNESCO, « Diversité culturelle et biodiversité pour un développement durable », Document issu de la table ronde organisée conjointement par l'UNESCO et le PNUÉ, à l'occasion du Sommet mondial pour le développement durable, 3 septembre 2002, p. 5.



participation, l'enthousiasme de l'autonomisation, les joies de la reconnaissance, le bonheur de l'aspiration¹⁵⁰, les valeurs culturelles et spirituelles. La diversité culturelle joue un rôle déterminant entre ces deux dimensions critiques du développement. Il est important que les acteurs du développement durable en Afrique, en prennent conscience, dans le cadre de la mise en œuvre du Protocole de Nagoya.

BIBLIOGRAPHIE

AUROI Claude, *La diversité biologique*. La vie en péril, Georg éditeur, 1992, 126 pages.

Centre Europe – Tiers Monde, *La propriété intellectuelle contre la biodiversité ? Géopolitique de la biodiversité*, CETIM, 2011, 217 pages.

CHAUVET Michel et OLIVIER Louis, *La biodiversité enjeu planétaire. Sang de la terre*. Paris, 1993, 413 pages.

LAURENT Éloi et LE CACHEUX Jacques, *Économie de l'environnement et économie écologique*, Armand Colin, 2012, 214 pages.

PENEQUIN Gilles et MOCILNIKAR Antoine-Tristan, *L'Atlas du développement durable et responsable*, Eyrolles, 2011, 450 pages.

150 - Ibidem, p. 17.



TRADITIONAL KNOWLEDGE AS A GENETIC RESOURCE: PROTECTIONS FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN AFRICA

June N.P. FRANCIS, Christina BENINGER and Stefanie BENINGER

Abstract

Traditional knowledge is associated with genetic resources, and is, therefore, a crucial bridge between these important resources and the pillars of sustainability. We contend that the protection of African traditional knowledge is vital to sustaining the four pillars of sustainability – economic, social, cultural and environmental. This paper therefore aims to assess the current state of protection for African traditional knowledge from both intellectual property rights and human rights perspectives in order to provide a comprehensive view of the protection afforded. A survey of protection at the multilateral/international, regional and national levels concludes that clear progress is being made. However, much more legal development is necessary to safeguard African sustainable development based on the traditional knowledge associated with its genetic resources.

Keywords: Traditional knowledge; genetic resource; intellectual property law; human rights law, sustainable development; African law.

Résumé

Le savoir traditionnel est associé aux ressources génétiques. Par conséquent, il constitue un lien crucial entre ces importantes ressources et les piliers de la durabilité. Nous soutenons que la protection du savoir traditionnel africain est essentielle au maintien des quatre piliers de la durabilité, soit les piliers économique, social, culturel et environnemental. Cet article vise donc à évaluer l'état actuel de la protection du savoir traditionnel africain, tant selon l'optique du droit de la propriété intellectuelle que de celui des droits de la personne, afin de présenter une vue complète de la protection offerte. Un examen de la protection aux niveaux multilatéral/international, régional et national permet de conclure que des progrès évidents ont été réalisés. Toutefois, pour protéger le développement durable africain fondé sur le savoir traditionnel associé à ses ressources génétiques, une évolution beaucoup plus importante du droit s'impose.

Mots-clés : savoir traditionnel; ressource génétique; droit de la propriété intellectuelle; droit relatif aux droits de la personne; développement durable; droit africain.

A study that

"examined the management of forest biodiversity by local communities in Igara County, Uganda, (on the fringe parts of the great Albertine Rift), where the majority of forest biodiversity resources are located outside of protected forest reserves and national parks... found that these resources are still abundant, not by fashion but by the choice of people in local communities who manage these resources using their traditional knowledge and agricultural and forest management to sustain their livelihoods and cultures.^{151"}

Traditional knowledge (TK), as the quote highlights, is the glue that binds environmental, biological, cultural, social and economic dimensions of this and many other local communities. Hence, TK is seen as a key driver of sustainable development in the context of the Convention on Biological Diversity (CBD), given the role that it plays in linking biodiversity resources with the social, economic, environmental and cultural pillars on which sustainability depends. In acknowledgement of the important role that traditional knowledge plays in sustaining many communities, the 8th meeting of the Conference of Parties (COP) affirm the key role that traditional knowledge is expected to play in implementing the CBD and identified the establishment of a sui generis system of intellectual property (IP) protection for traditional knowledge as of critical importance for future negotiations. Intellectual property protection is viewed as pivotal to sustainable development for these communities and is usually the focus of discussion on the legal protection of TK. However, given that "human rights and intellectual property, two bodies of law that were once strangers, are now becoming increasingly intimate bedfellows"¹⁵², a comprehensive view of the legal landscape for protecting TK requires an assessment of both bodies of law. For indigenous people, protection of TK goes beyond the protection of their IP to the very heart of their fundamental rights to their culture and cultural heritage.¹⁵³ This paper therefore aims, to provide an expansive view of the protection of TK in Africa, by evaluating this protection from both IP and human rights (HR) perspectives. Such an approach is consistent with recent scholarship that highlights the importance of the intersections of IP law and HR law.¹⁵⁴

Integrating the traditional knowledge of the world's poor communities and indigenous peoples into the intellectual property protection framework is arguably one of the most significant ways to increase prosperity for these communities. IP has value that often far exceeds the value of tangible assets and can be of enormous value in the marketplace. Trademark rights, for example, allow brands to build and be invested in. The Apple brand, the most valuable brand in the world, is valued at over \$98.3 billion which far exceeds the value of its tangible assets.¹⁵⁵ Patents are valuable both for their ability to generate private wealth (to the owners of the

151 Alfred Oteng-Yeboah et al, Africa, in John Parrotta and Ronald Trosper (eds), *Traditional forest-related knowledge: Sustaining communities, ecosystems and biocultural diversity*. Dordrecht. Springer. 2012.

152 Laurence Helfer and Graeme Austin, *Human rights and intellectual property: Mapping the global interface*. Cambridge. Cambridge University Press. 2011.

153 United Nations Economic and Social Council, Report on the thirteenth session. Economic and Social Council, Official Records, Supplement No. 23. 2014.
<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/2014/report-advance.pdf> (Visited on 14 July 2014).

154 Laurence Helfer and Graeme Austin, *Human rights and intellectual property: Mapping the global interface*. Cambridge. Cambridge University Press. 2011.

155 Interbrand. Best Global Brands 2013. http://www.interbrand.com/Libraries/Branding_Studies/Best_Global_Brands_2013.sflb.ashx (Visited on 14 July 2014).



patents), but also public good as a driver of innovation and are not only useful as a defensive strategy against competitors but also as positive generator of above average returns in the market place. Copyright IP protection can be an important driver of development, especially in the cultural industries, as this not only contributes to economic prosperity but also provides social and cultural benefits to communities. Knowledge that can be utilized in the commercial realm can have enormous value. IP protection, of course, does not obligate a community to commercialize its knowledge. However, it may give them agency to negotiate the components of their traditional knowledge on terms that they consider to be advantageous. It is with this backdrop that African protection of IP traditional knowledge becomes an important component of the prospects for prosperity for African communities and indigenous peoples.

The paper begins by describing traditional knowledge and then, explicates the important role of TK in relation to sustainability and sustainable development. A discussion of the international, regional, and selected national legal instruments for protecting TK in Africa through the intellectual property system is then covered. The paper then highlights the relevance of a human rights perspective to our understanding of TK protection in Africa. Through combining these two perspectives, IP and HR, we seek to provide a fuller picture of the challenges and possible solutions to legally protecting and enhancing traditional knowledge and hence sustainable development. The paper then concludes with a discussion of implications of the key issues raised.

1. Sustainable development of the genetic resource of traditional knowledge

Africa, rich in biodiversity, is home to approximately 50 million persons that identify themselves as indigenous peoples.¹⁵⁶ Despite the biodiversity richness, a feature of indigenous communities in Africa is the level of poverty that pervades these indigenous communities.¹⁵⁷ The traditional knowledge of these indigenous peoples is seen as valuable (UNEP, 2008) and unique to a particular community.¹⁵⁸ Traditional knowledge is know-how and capabilities that span the technical, ecological, scientific, or medicinal know-how and capabilities of a community.¹⁵⁹ It evolves over time and is transmitted to other generations.¹⁶⁰ Importantly, this type of knowledge is community-held and shared¹⁶¹ and is often freely exchanged within a community.¹⁶²

156 United Nations Development Program, *Millennium Development Goals and Indigenous Peoples. Regional Initiative on Indigenous Peoples' Rights and Development*. 2011. <http://www.snap-undp.org/elibrary/Publications/MDGsAndIndigenousPeoples.pdf> (Visited on 14 July 2014).

157 For example, a study by the United Nations Environment Program in *Indigenous Knowledge in Disaster Management in Africa* (2008), concludes that "poverty is endemic among the indigenous communities in Kenya, South Africa, Swaziland and Tanzania" (page 88).

158 David Turnbull, "Futures for Indigenous Knowledges", *Futures*, Volume 41(1), 2009, pp. 1-5.

159 WIPO, *Traditional Knowledge and Intellectual Property: Booklet number 1 and Booklet number 2* (undated).

160 Paul Sillitoe and Mariella Marzano, "Future of indigenous knowledge research in development", *Futures*, Volume 41(1), 2009, pp. 13-23.

161 Stephen Hansen and Justin Vanfleet, *Traditional knowledge and intellectual property: A handbook on issues and options for traditional knowledge holders in protecting their intellectual property and maintaining biological diversity*, Washington. American Association for the Advancement of Science, 2003.

162 Mathew, Basil B. *Conflicts and Divergent Perspectives to Protect Traditional Knowledge and Indigenous People* School of International Relations and Politics, Mahatma Gandhi University, Kottayam, Kerala, INDIA Available online at: www.isca.in, www.isca.me

Given these unique characteristics, this type of knowledge as well as traditional social and economic systems are not well represented by the dominant system of exclusion and private individual rights.¹⁶³ However, these very features of traditional knowledge – the fact that the community owns the knowledge and that traditional knowledge spans the economic, cultural, social and environmental spectrum is what makes traditional knowledge a vital resource on which to build sustainable development and sustainable communities. Sustainability, according to Strange and Bayley, rest on securing the three pillars of social wellbeing, economic opportunity and a healthy biosphere.¹⁶⁴ A society will not sustain itself without the mutual reinforcement that comes from health in all these areas.¹⁶⁵ A fourth pillar, culture, was added by Hawkes, who sees culture as what allows us to make sense of our environment and existence; find and express our common values and needs; and meet the challenges required to be stewards of the planet.¹⁶⁶

Traditional knowledge is based on a community's historical association within a given ecosystem. This long-term association with plants, animals and other natural resources, provides the community with intimate knowledge of local habitats and environments.¹⁶⁷ The biological world is inextricably linked to communities' culture, identity, decision-making and social structure.¹⁶⁸ Genetic resources, for example, can be of spiritual value as well as provide functional utility. For example, "the management of sacred groves and sacred sites which are still common in many tropical countries, especially in Asia and Africa... also serve as a refuge for biodiversity in the area."¹⁶⁹ Utilitarian aspects of traditional knowledge are often not separated from the artistic; instead, they form part of a unified system of understanding¹⁷⁰. As such, traditional knowledge reflects the communities' intimate relationship, balance and harmony with their local environments¹⁷¹ and with their spiritual belief systems. Traditional knowledge also helps to sustain cultural health as traditional knowledge has "important elements of the cultural heritage and identity of many Indigenous peoples and local communities, as well as of many countries and regions".¹⁷² Importantly, "cultural values such as respect (for humans

163 Ibid.

164 Tracey Strange and Anne Bayley, *Sustainable Development, Linking Economy, Society, Environment*, Paris. OECD Publishing. 2008.

165 Ibid.

166 Jon Hawkes, *The Fourth Pillar of Sustainability: Culture's Essential Role in Public Planning*. Victoria. Common Ground Publishing. 2001.

167 Suneetha M. Subramanian and Balakrishna Pisupati (eds), *Traditional Knowledge in Policy and Practice: Approaches to Development and Human Well-Being*. Tokyo. United Nations University Press. 2010.

168 Bertus Haverkort and Coen Reijntjes, Diversities of Knowledge Communities, their worldviews and sciences: On the challenges of their co-evolution. In Suneetha M. Subramanian and Balakrishna Pisupati, *Traditional Knowledge in Policy and Practice: Approaches to Development and Human Well-being*. New York: United Nations University Press, 2010.

169 Suneetha M. Subramanian, *Traditional Knowledge and Biodiversity: Can the Co-Evolution of the Natural and Social Systems Continue*, in Suneetha M. Subramanian and Balakrishna Pisupati (eds), *Traditional Knowledge in Policy and Practice: Approaches to Development and Human Well-Being*. Tokyo. United Nations University Press, 2010.

170 Shahid Alikhan, *Socio-Economic Benefits of Intellectual Property Protection in Developing Countries*. Geneva, World Intellectual Property Organization, 1999.

171 Alan Emery, *Integrating Indigenous Knowledge in Project Planning and Implementation*. Gatineau, Quebec. Partnership Publication of the International Labour Organization, World Bank, Canadian International Development Agency, and KIVU Nature, 2000.

172 WTO, Biodiversity, WTO 2013 News Items. http://www.wto.org/english/news_e/news13_e/trip_10oct13_e.htm (Visited on 14 July 2014).



as well as for nature), sharing, reciprocity, and humility characterize a diversity of systems of traditional knowledge and practice, including those of... Africans".¹⁷³ Likewise traditional knowledge can hold spiritual, social, cultural, environmental, as well as functional, value:

"An examination of traditional forest-related knowledge in the African continent underscores the dependence of people on forests for their livelihoods, food security, energy requirements, medicines, and several other environmental services including social, cultural, and spiritual benefits. This attachment of people to their forest environments has defined the cultural heritage of almost all the forest-dependent peoples of Africa, in which forests are the focus of myths, artefacts, and folklores".¹⁷⁴

Importantly, the economic value that traditional knowledge holds cannot be separated from other values¹⁷⁵, as communities use traditional knowledge in its process and rituals¹⁷⁶, but this knowledge is also expressed in outputs, such as products and services. For example, Kenya engages in trade regarding items imbued with traditional knowledge, such as carvings and traditional baskets, and through tourism activities, including cultural songs and dance.¹⁷⁷ It is estimated that in addition to contributing to economic development, traditional knowledge is a way in which a community's identity is maintained and developed.¹⁷⁸

In summary, traditional knowledge is interwoven with the four pillars of sustainability, including the environmental, cultural, social, and economic, and it is of interest to those seeking to foster sustainable development. Indeed, the World Intellectual Property Organization contends that traditional knowledge can contribute to a community's sustainable development.¹⁷⁹ Further, "achieving sustainability requires active protection of resources; given resources are not limitless".¹⁸⁰ Given that traditional knowledge is a resource for many African communities and can contribute to its sustainable development, it is critical to fully understand the extent, to which this valuable asset is protected, the mechanisms for protection and how communities can share in the benefits that derive from this resource.

173 George J. S. Dei, Indigenous African knowledge systems: local traditions of sustainable forestry. *Singapore Journal of Tropical Geography*. Volume 14(1), 1993, pp. 28-41; M. Niamir-Fulle. *The resilience of pastoral herding in Sahelian Africa*, in F. Berkes and C. Folke (eds), *Linking social and ecological systems: management practices and social mechanisms for building resilience*. Cambridge. Cambridge University Press. 1998; as cited in Fikret Berkes, Johan Colding, and Carl Folke, *Rediscovery of traditional ecological knowledge as adaptive management*, *Ecological Applications*. Volume 10(5), 2000, pp. 1251-1262.

174 Alfred Oteng-Yeboah et al, Africa, in John Parrotta and Ronald Prosper (eds), *Traditional forest-related knowledge: Sustaining communities, ecosystems and biocultural diversity*. Dordrecht. Springer. 2012

175 Graham Dutfield, *The Public and Private Domains Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge*. Oxford. Oxford University. 2000.

176 Paul Sillitoe and Mariella Marzano, "Future of indigenous knowledge research in development" *Futures*, Volume 41(1), 2009, pp. 13-23.

177 Joseph Wekundah, "Why Protect Traditional Knowledge?". *African Technology Policy Studies Network Biotechnology Trust Africa: Special Paper Series*, No. 44, 2012, pp. 1-16.

178 Stephen Hansen and Justin Vanfleet, *Traditional knowledge and intellectual property: A handbook on issues and options for traditional knowledge holders in protecting their intellectual property and maintaining biological diversity*, Washington. American Association for the Advancement of Science, 2003.

179 WIPO, *Intellectual Property, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions/Folklore: a Guide for Countries in Transition*. 2013.

180 June Francis and Randolph-Dalton Hyman, "The Impact of Geographical Indications on the Economic, Cultural, Social, and Environmental Pillars of Sustainability: The Case Study of Jamaican Blue Mountain Coffee", *The International Journal of Social Sustainability in Economic, Social, and Cultural Context*, Volume 8(1), 2012, pp. 1-13.

2. Traditional knowledge and intellectual property

Using the intellectual property law system to protect traditional knowledge is hotly debated. The debates pivot around two issues. The first is the appropriateness of a property rights model for the protection of traditional knowledge. The second issue, revolves around the best approach to protection either through incorporation into the current IP system or the use of a *sui generis* system (a system specifically designed to protect TK)¹⁸¹ as well as whether protection should be positive or negative protection.¹⁸² Regarding the appropriateness of protection under a property system, objections have been raised regarding the administrative difficulties as well as the policy issues. One of the major administrative issues raised, is the difficulty of identifying the owners of these rights given their community ownership, and the lack of clear boundaries to define the community's ownership when more than one community claims rights. From a policy perspective, it is argued that protection of TK does not achieve the policy objectives of "reward for creativity" or provide incentives for creativity normally associated with justifications for awarding IP rights. This because of the inability to reward the creators (if you assume that TK is old knowledge). In a comprehensive discussion regarding possible justification for providing IP protection for TK, Cross (2010) suggests that IP protection could serve to improve knowledge dissemination, a traditional objective of IP regimes.¹⁸³ However, he argues that the more compelling reasons for protecting TK, relate to the policy objective of protecting TK in order to protect and maintain the cultural identify of traditional and local cultures. In this regard, property rights can prevent dilution due to inappropriate use by outsiders and prevent erosion by limiting rights to use to the relevant community.

The debate as to the correct form of protection continues. At the international level, there seems to be consensus on the desirability of negative protection and growing consensus around the creation of a *sui generis* system of positive protection as well.¹⁸⁴ At the African regional level, there is a move towards a *sui generis* system with the adoption of a specific protocol and the provision of a model *sui generis* law. At the national level, five African countries have introduced laws specifically addressing TK and all but one has adopted a *sui generis* system. The notable exception to this is South Africa that has incorporated TK into the current IP regime. The following section provides a survey of the legal developments at the international, national and regional levels that relate to the protection of TK in Africa.

181 For a full discussion in the African context, see Wekundah (2012).

182 A useful taxonomy of intellectual property regimes for the protection of traditional knowledge in IP law categorizes protection as either positive or defensive protection (Dutfield, 2006). Positive protection refers to rights that are conferred directly on the TK holders. Such rights may include, for example, a *sui generis* system or patent protection. Defensive protection on the other hand are laws or regulations that seek to prevent unauthorized use or claims to traditional knowledge (Dutfield, 2006).

183 John T. Cross, "Property Rights and Traditional Knowledge" (December 10, 2010). *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Vol. 13, No. 4, 2010.

184 Graham Dutfield, *The Public and Private Domains Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge*. Oxford. Oxford University, 2000.

2.1. Multilateral level

The Convention on Biological Diversity (CBD) has been at the forefront in advancing the protection of traditional knowledge. However, a complete review of the landscape of the protection of TK includes other initiatives at the multinational level under, for example, the World Intellectual Property Organization (WIPO), the World Trade Organization (WTO), the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), among others; at the regional level under the African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO); as well as at various national levels. The key initiatives that affect the protection of TK in African countries will be discussed in further details.

The Convention on Biological Diversity (CBD) of 1992, which entered into force in 1993, has led the move towards the protection of traditional knowledge. The CBD established a binding international treaty with the key objectives of the protection of countries' biodiversity in order to discourage or prevent biopiracy. The CBD lays out binding obligations on the parties and aims is to provide for just and equitable sharing of the benefits that derive from genetic resources, and the associated traditional knowledge, while conserving and ensuring the sustainable use of biodiversity. The Nagoya Protocol¹⁸⁵, adopted by the Parties to the CBD and will enter into force on October 12, 2014¹⁸⁶, lays out the principles involved in benefits sharing and provides guidance in the use of genetic materials and, importantly for this paper, the protocol includes explicit provisions on the "access to traditional knowledge held by indigenous and local communities when it is associated with genetic resources".¹⁸⁷ The key objective of the protocol is to "strengthen the ability of these communities to benefit from the use of their knowledge, innovations and practices".¹⁸⁸ Three principles are at the heart of the Nagoya Protocol and the rights of communities over the resources are recognized: The first principle is the requirement to seek prior informed consent from the communities that are the knowledge holders; the second is the requirement for the sharing of benefits between users of the knowledge and holders of the relevant communities; the third is that sharing of benefits must be mutually agreed upon.

The CBD, on which the protocol is based, also gives rights to states to have sovereignty over their genetic resources and the power to set terms that govern access to resources as well as use and benefits sharing associated with these resources. Further, the CBD explicitly recognizes Indigenous and community knowledge, under Article 8 (j), providing that

"each contracting Party shall, as far as possible and as appropriate:
Subject to national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge innovations and practices."

185 *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity* was adopted in 2010.

186 Announcement of the entry into force of the protocol was made on July 14, 2014. <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2014/CN.470.2014-Eng.pdf>

187 Nagoya Protocol, p. 1.

188 Nagoya Protocol, p. 1.

Despite the explicit recognition of traditional knowledge, the article stops short of guaranteeing rights or providing explicit protection for TK. How then are these rights to be secured? Are there intellectual property rights that accrue to ownership of traditional knowledge given that traditional knowledge historically has laid outside the intellectual property regime at the international/multilateral, regional and national levels?

Growing pressure related to concerns over biopiracy and the appropriation and misappropriation of traditional knowledge prompted the World Intellectual Property Organization (WIPO) to act. From its very establishment, WIPO articulated development aims that included the protection of Indigenous knowledge, and had a stated aim of promoting intellectual property systems that would aid in development.¹⁸⁹ They undertook preliminary work, beginning in 2000, to address the intellectual property issues related to genetic resources, traditional knowledge, and folklore.¹⁹⁰ WIPOs concern with traditional knowledge addresses three areas under the general rubric. The first is traditional knowledge in technical know-how, practices, skills, and innovations. This knowledge can, for example, be related to biodiversity, agriculture or health. The second relates to the cultural manifestations of traditional cultural expressions/expressions of folklore. Examples include music and art. The third area is genetic material found in plants, animals and microorganisms.¹⁹¹ In 2009, the Intergovernmental Committee was mandated by the WIPO General Assembly to negotiate with the goal of reaching agreement on an international legal instrument(s) to protect genetic resources, traditional knowledge, and traditional cultural expressions. At the 27th session of the Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC) in 2014, the subject of IP protection for traditional knowledge was discussed. However, while progress continues, no agreement has yet been reached and negotiations continue.

Wide differences remain at the multilateral level because protection of traditional knowledge using the intellectual property regime is highly contentious. Munzer and Raustiala, for example, argue that positive protection (giving positive rights) for TK is unwarranted and may even be counterproductive but that limited support for defensive protection (stopping the misuse of TK) may be justifiable.¹⁹² Debates also revolve around whether traditional additional knowledge should be protected at all and if so what is the appropriate approach to protection. Debates at World Trade Organization (WTO), reflect the disagreement regarding how TK is to be treated under the TRIPS Agreement. One example is the proposal that the TRIPS agreement "be amended to require patent owners to disclose the source of the genetic resources and related traditional knowledge used in their patent application." This amendment was to bring the TRIPS Agreement into alignment with the CBD on the need to

189 Manfred Hinz, «The Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore», *Namibia Law Journal*, Volume 3(1), 2011, pp. 101-112.

190 WIPO, *Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*. WIPO General Assembly. 2000.
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/wo_ga_26/wo_ga_26_6.pdf (Visited on 14 July 2014).

191 WIPO, *Traditional Knowledge and Intellectual Property*: Booklet number 1 and Booklet number 2. (undated).

192 Stephen R. Munzer and Kal Raustiala, "The Uneasy Case For Intellectual Property Rights In Traditional Knowledge", *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*. Volume 27(1), 2009, 37-97.



share the benefits of patented inventions with local communities to restrict access unless prior informed consent was received beforehand. This amendment met with resistance from mostly developed countries who argued that disclosing the source of material and knowledge may not be the best way to prevent misappropriation or inappropriate patenting (such as patenting claimed inventions that are not new)¹⁹³. Nonetheless there seems to be increased support at the WTO on the need for a *sui generis* system of protection and an international treaty and drafts of model *sui generis* laws are being advanced. Without consensus at the multilateral level, it then falls to African countries, given their stakes in the protection of traditional knowledge to take this up at the regional and national levels.

2.2. African regional protection

Protection of traditional knowledge in Africa has only recently received legislative attention as TK has historically been seen as lacking economic value and scientific sophistication and has suffered from institutional discouragement regarding its use.¹⁹⁴ However, increased awareness and appreciation for the potential economic benefits of TK has stimulated recent interest and legislative action in the region.¹⁹⁵

An early development in the protection of genetic resources on the African continent, is the African Model Legislation for the Protection of the Rights of Local Communities, Farmers and Breeders, and for the Regulation of Access to Biological Resources¹⁹⁶, adopted by the Organization of African Unity. The African Model Law (AML) was enacted to fulfill international obligations under TRIPS and the CBD. The goal was also to address African-specific concerns such as community rights and indigenous knowledge. As such the key principles on which the model law was based included the protection of community rights and the assertion that indigenous knowledge is valuable and an important part of the continent's ability to meet its own medical needs. Although not yet used, it is intended for states drafting their own national legislation to use this as a guide.

The protocol specifically, addresses the community ownership of rights which is one of the concerns that have impeded the protection of TK. Article 16 gives communities the rights to use and collectively benefit from their biological resources, including innovations, practices, knowledge and technologies:

193 WTO, Biodiversity, WTO 2013 News Items. http://www.wto.org/english/news_e/news13_e/trip_10oct13_e.htm (Visited on 14 July 2014).

194 United Nations Economic and Social Council, Report on the thirteenth session. Economic and Social Council, Official Records, Supplement No. 23. 2014. <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/2014/report-advance.pdf> (Visited on 14 July 2014).

195 Ibid.

196 African Model Legislation for the Protection of the Rights of Local Communities, Farmers and Breeders, and for the Regulation of Access to Biological Resources. 2000. <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/oau/oau001en.pdf>. (Visited on 14 July 2014).

"The State recognizes the rights of communities over the following:

- i) their biological resources;
- ii) the right to collectively benefit from the use of their biological resources;
- iii) their innovations, practices, knowledge and technologies acquired through generations;
- iv) the right to collectively benefit from the utilization of their innovations, practices, knowledge and technologies;
- v) their rights to use their innovations, practices, knowledge and technologies in the conservation and sustainable use of biological diversity;
- vi) the exercise of collective rights as legitimate custodians and users of their biological resources"¹⁹⁷

Full prior informed consent and benefit sharing is provided for under the AML as Article 18 requires that any outside or commercial use of biological resources that belong to a community requires prior and informed consent. Any benefits derived from these biological resources must be shared with the community, which is entitled to 50% of any profits¹⁹⁸. Although a non-binding model law at this stage, it may well lay the groundwork for a binding convention within the African system, and could be very influential in future legal developments to protect rights to genetic resources. While progressive in its intent, the model law has some limitations. First, the law relies on the willingness of national governments to promulgate laws based on the Model Law provisions, and there has been limited progress on this. Secondly, enforcement mechanisms for of unauthorized use do not reflect the limited capability and resources of many rights holders of traditional knowledge. Litigation and protracted prosecution are required to enforce rights. The resources required for this may well be beyond the ability of local communities.¹⁹⁹

More recently, a major initiative has been the signing of a regional protocol. Under the African Intellectual Property Organization (AIPRO), nine African States have signed the Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore, which was adopted in 2010. This protocol has been used as a model for national policy and legislative initiatives in Kenya, Botswana, Ghana, Malawi, Mozambique, Namibia, Uganda and Zambia. It should be noted that South Africa is not a member of AIPRO but, as discussed below, has introduced various laws related to TK.

In the preamble, the protocol specifically identifies traditional knowledge and acknowledges the need to reward and recognize contributions that have been made from traditional knowledge, in addition to other contributions such as folklore.

"Mindful of the need to respect traditional knowledge systems, traditional cultures and folklore, as well as the dignity, cultural integrity and intellectual and spiritual values of traditional and local communities; to recognize and reward the contributions made

¹⁹⁷ Ibid Article 16.

¹⁹⁸ Ibid, 2000, Article 22.

¹⁹⁹ Adejoke O. Oyewunmi, "Sharpening the Legal Tools to Overcome Biopiracy in Africa Through Pro-development Implementation of Normative International Standards: Lessons from Brazil, South Africa and India". *African Journal of International and Comparative Law*. Volume 21(3), 2013, pp. 447-466.

by such communities to the conservation of the environment, to food security and sustainable agriculture, to the improvement in the health of populations, to the progress of science and technology, to the preservation and safeguarding of cultural heritage, to the development of artistic skills, and to enhancing a diversity of cultural contents and artistic expressions."

The preamble also demonstrates commitment to innovation and development of traditional knowledge:

"Desiring to encourage and reward authentic creativity and innovation resulting from traditional knowledge systems and expressions of folklore, and to promote innovation, creativity and the transfer of technology to the mutual benefit of society, holders and users of traditional knowledge and expressions of folklore."

The protocol provides a broad definition of traditional knowledge. According to the definition provided in section 2:

"Traditional knowledge' shall refer to any knowledge originating from a local or traditional community that is the result of intellectual activity and insight in a traditional context, including know-how, skills, innovations, practices and learning, where the knowledge is embodied in the traditional lifestyle of a community, or contained in the codified knowledge systems passed on from one generation to another. The term shall not be limited to a specific technical field, and may include agricultural, environmental or medical knowledge, and knowledge associated with genetic resources."

The protocol also establishes the local and traditional communities as owners of traditional knowledge but also provides for individual ownership rights. Section 6 identifies the owners of traditional knowledge as:

"The owners of the rights shall be the holders of traditional knowledge, namely the local and traditional communities, and recognized individuals within such communities, who create, preserve and transmit knowledge in a traditional and intergenerational context in accordance with the provisions of section 4."

The protocol has a number of progressive features, in terms of the protection of TK.²⁰⁰ First, this protocol represents an important step forward in providing a conceptual framework for the protection of traditional knowledge using a *sui generis* system. Secondly, and significantly, the protocol incorporates customary law and binds these laws into the overarching international framework. Consistent with the provisions under the CBA, the protocol incorporates provisions of prior informed consent and benefit sharing. Fourth, the protocol addresses the thorny issue of establishing who the holders of traditional knowledge are. Fifthly, the provisions for capacity building falls to local authorities and provisions are made

200 Manfred Hinz, "The Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore", *Namibia Law Journal*, Volume 3(1), 2011, pp. 101-112.



for the inclusion of traditional rights holders in this process.²⁰¹ Nonetheless, this regional protocol will only be effective in realizing these aspirations if there are coordinated and aggressive take up of this protocol in laws by individual African nation States. However, as will be discussed below, development at the national level lags way behind these aspirations.

2.3. National legal frameworks

African countries development of IP regimes for the protection of TK is in its infancy. In a study of the Intellectual Property Environment in the select African countries of Malawi, Mozambique, Swaziland, Lesotho, Tanzania, Uganda, Ethiopia and Kenya only Kenya had a policy and legal frameworks for traditional knowledge.²⁰² Other countries with laws include Tanzania that has a law on Traditional and alternative medicine, Malawi and Uganda both have draft bills but not are not yet enacted.²⁰³ Malawi (Copyright Act 1989), Nigeria and Ghana have laws, however, that deal with folklore through Copyright Acts. Ghana's Copyright Act from 2005 deals with the protection of folklore²⁰⁴ and vests ownership of these rights in the State, while the Nigerian Copyright Act from 2004 protects folklore and vest the right to authorize use in the Nigeria Copyright Council.²⁰⁵ Importantly, South Africa stands as an exception to the rest of the continent in having several pieces of legislation dealing with TK and with the recent introduction of the Intellectual Property Laws Amendment Act, 2013.

The following section will focus on the Kenyan policy and the South Africa laws on the protection of TK. Focusing on these two legal initiatives are instructive given they are at the most advanced stages of the development and importantly because they reflect contrasting visions for the protection of TK. The most recent South African Law has chosen to protect TK with the regular IP regime while the aspiration of the Kenyan policy is to provide sui generis protection.

2.3.1. South Africa protection for TK

There are three pieces of legislation affecting traditional knowledge and biodiversity in South Africa. They are the National Environmental Management Biodiversity Act (No. 10) of 2004, the South African Patents (Amendment) Act (No. 20) of 2005 and the recently passed Intellectual Property Laws Amendment Act, 2013.

2.3.2. The Biodiversity Act

The Biodiversity Act is primarily aimed at providing "the management and conservation of South Africa's biodiversity within the framework of the National Environmental Management Act, 1998". With respect to use of indigenous biological resources, the Act (Section 81) requires disclosure of the use of these resources before any permit can be considered. Communities and indigenous holder of related traditional knowledge are

201 Ibid.

202 Joseph Wekundah, "Why Protect Traditional Knowledge?". *African Technology Policy Studies Network Biotechnology Trust Africa: Special Paper Series*, No. 44, 2012, pp. 1-16.

203 Ibid.

204 Relevant sections are 4, 17, 44, and 59-64.

205 Republic of South Africa Government Gazette, 2004, Act No. 10. Relevant chapter is C28.



specifically identified as stakeholders whose interests must be considered prior to the issuing permits (Section 82-2ii). The Act also mandates benefit sharing as (outlined in Section 83). The South African Biodiversity Act goes some way towards strengthening and protecting the owners of biodiversity as well as traditional knowledge as it specifically attempts to provide for community ownership, full disclosure, benefit sharing and prior consent of TK holders.

Amendments to South Africa's patent legislation have also strengthened the protection of traditional knowledge and indigenous biological resources. The Patents Amendment Act, 2005, amends the 1978 Patent Act "so as to ... to require an applicant for a patent to furnish information relating to any role played by an indigenous biological resource, a genetic resource or traditional knowledge or use in an invention; and to provide for matters connected therewith." Relevant amendments require every patent applicant to indicate if the claim is based on indigenous biological resources or traditional knowledge. If claims are based on the above, there is a requirement to provide proof, in the prescribed manner, regarding the title or authority to use this. Significantly, the amended act makes the provision for revocation based on false claims.

The amendments to the Biodiversity Act and the South African Patent Act, represent greater protection for traditional knowledge and indigenous genetic and biological resources. However, the effectiveness within the current patent system and in an increasingly globalized world is likely to be limited. As noted by Oyewunmi, "a serious limitation lies in the fact that the application of the hallowed principle of territoriality means that these provisions are only enforceable in South Africa, and thus, as far as other jurisdictions are concerned, and in the absence of internationally binding legal treaties, patents can be applied for and issued on these resources and knowledge".²⁰⁶ The patent system may also be the wrong approach to protection given that compensation for the use of the TK will only occur if an invention derives directly from that knowledge.²⁰⁷ The need for publication of this knowledge creates further limitations to applying TK with the patent system as much of TK is in fact based on oral tradition and has not been recorded.²⁰⁸

The most recent legislation related to TK in South Africa is the Intellectual Property Laws Amendment Act (IPLA), 2013²⁰⁹ that seeks to provide protection for TK within the South African Intellectual Property regime. This Act gives effect to the goals of the Indigenous Knowledge Systems Policy (IKS) which was adopted in November 2004. The IKS Policy was "an enabling framework to stimulate and strengthen the contribution of indigenous knowledge to social and economic development in South Africa".²¹⁰

206 Adejoke O. Oyewunmi, "Sharpening The Legal Tools To Overcome Biopiracy In Africa Through Pro-Development Implementation Of Normative International Standards: Lessons From Brazil, South Africa And India", *African Journal Of International & Comparative Law*, No. 21 Vol. 3, 2013, pp./ 447-466.

207 George Sombe Mukuka, *Indigenous knowledge systems and intellectual property laws in South Africa*. Diss. 2010, p. 205

208 Ibid.

209 The Act has not yet been promulgated as regulations have not yet been drafted.

210 WIPO, Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore: WIPO Ninth Session. 2006.

The goal of the IPLA is "To provide for the recognition and protection of certain manifestations of indigenous knowledge as a species of intellectual property..." by amending various IP laws as well as the introduction of "statutory provisions to provide for the establishment of a National Council in respect of indigenous knowledge, a National Database for the recording of indigenous knowledge and a National Trust and Trust Fund for purposes of indigenous knowledge."

The major thrust of the legislation is the protection of cultural expressions. Hence current IP statutes²¹¹ have been amended to include specific protection for TK associated with the subject matter of each statute. For example, the Copyright Act, 1978, has been amended "to provide for the recognition and protection of indigenous works; to provide for the establishment of a National Council in respect of indigenous knowledge; to provide for National Databases for recording indigenous knowledge and to provide for the recording of indigenous works; and to provide for the establishment of a National Trust Fund for Indigenous Knowledge". Likewise, the Performers' Protection Act, 1967 has been amended "to provide for the recognition and protection of performances of traditional works." The Act also provides for prior informed consent before registration of indigenous knowledge by inserting this requirement into the amended Acts.

The provision for benefit sharing is primarily via the establishment of a trust. The IPLA (Section 28(I)) establishes "The National Trust for indigenous knowledge". The Trust will be responsible for the promotion, preservation, exploitation and commercialization of indigenous knowledge. The Trust also bears responsibility for training communities in their rights under the Act as well as establishing a fund that receives the revenues from the exploitation of indigenous knowledge. The Trust will also be responsible for investments of the funds and will have discretion over the payouts from this fund for the support of indigenous communities. It is unclear as to how this discretion is to be exercised. Although Indigenous communities can establish their own "legal entity, business or other enterprise to promote or exploit indigenous cultural expressions or knowledge" (Section 28I-8), this is done with the proviso that "any commercial benefit derived shall only be subject to royalties, benefits or license fees once, which royalties, benefits or license fees may be paid to the Fund, if the Fund is the owner, by the indigenous community. The Act also provides for the establishment of a National Database. According to Section 28C:

(1) There shall be kept in the prescribed manner, at the offices of the registrars of patents, copyright, trademarks and designs, databases for indigenous knowledge as part of existing intellectual property registers, where applicable.

The use of the regular IP regime to protect indigenous knowledge goes counter to international initiatives such as WIPO's developing model law and regional agreements and has received harsh criticisms from within the South African legal community on a number of dimensions²¹². The use of the trademark system to address TK appears to be unworkable and unlikely to achieve the objectives of providing a mechanism for Indigenous communities to

211 These include amendments to the Performers' Protection Act, 1967, the Copyright Act, 1978, The Trade Marks Act, 1993 and the Designs Act, 1993. However, the Patents Amendment Act, 2005, remains applicable but unchanged as "certain manifestations of indigenous knowledge have already been recognized and protected by the Patents Amendment Act, 2005" (Intellectual Property Laws Amendment Act, 2013, Preamble).

212 For an example, see A. Van der Merwe. "Can TK be Protected Under a Single Umbrella?", *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Volume 13(4), 2010.



benefit from their TK. Because of the unique features of TK, such as community ownership of TK, TK's lack of an inventive step or novelty, the protection of TK is incompatible with traditional IP systems and a *sui generis* approach is better suited to achieve the stated objectives. Other criticisms are directed at the licensing system that is seen as requiring onerous formalities and a requirement for State approval. Both these are argued to be impediments that are likely to act as disincentives to potential licensees. The Act, according to one of its most vocal legal critics (Professor Owens), also deprives traditional communities rights that they currently enjoy, such as the right to register traditional signs as trademarks. The establishment of a national database has been criticized on the basis that it excludes secrecy and promotes widespread knowledge transfer, a goal while often consistent with traditional IP notions, may be inconsistent with the goals of cultural preservation and continuity of TK holders.²¹³ In a similar vein, the limited lifetime that IPRs generally enjoy is incompatible with the protection desired in indigenous community where safeguarding the existence of the TK into perpetuity is more consistent with cultural preservation than the limited IP duration.²¹⁴

2.3.3. Kenya developments in protecting TK

Recent developments in Kenya provide an advanced legal framework for the protection of TK. The Kenyan Constitution, promulgated on 27 August 2010, is a starting point for the protection of traditional knowledge. Articles 40(5) and 11 of the Kenyan constitution provide that the state shall support, promote and protect the intellectual property rights of the people of Kenya. The key initiatives related to traditional knowledge and its protection started with the National Policy on Traditional Knowledge, Genetic Resources And Traditional Cultural Expressions (The National Policy) from 2009 and the proposed legal framework on Protection of Traditional Knowledge (TK) and Traditional Culture Expressions (TCEs). The National Policy, in its preamble, explicitly recognizes the connection between TK and genetic resources. The policy addresses the three areas - traditional knowledge, genetic resources and folklore/ Traditional Cultural Expressions and sees these as mutually connected. The preamble also recognizes the need to go beyond preservation to fostering innovation. According to the preamble:

"The policy therefore aims to develop a system that does more than merely document and preserve traditional knowledge created in the past which may be on the brink of disappearance. It also envisages a system that contributes to the promotion and dissemination of innovations, which are based on the continuing use of tradition, but also about preserving what exists as an indispensable and powerful tool for fostering continuous traditional innovation and creativity to contribute to national development. This will encourage and foster innovation and creativity."

The overall goal of the policy, according to Section 2, is: "To enhance the preservation, protection, and promotion of sustainable use of traditional knowledge, genetic resources and traditional cultural expressions in Kenya. The policy also envisions establishment

213 George Sombe Mukuka, *Indigenous knowledge systems and intellectual property laws in South Africa*. Diss. 2010, pp. 205.

214 A. Van der Merwe. "Can TK be Protected Under a Single Umbrella?", *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Volume 13(4), 2010.

of a legal framework. According to section 2.2(a) the objectives are: "to provide a legal and institutional framework to support the integration of various aspects of traditional knowledge, genetic resources and traditional cultural expressions in national development planning and decision making processes". Section 2.3 lays out ten principles to guide the development of legislation. These include the principles of respect, full disclosure, prior informed consent, confidentiality, good faith, compensation, equitable benefit sharing, access, sustainable development and international cooperation.

Following on from this policy, Kenya became the first African country to develop a draft legal framework specifically aimed at the protection of traditional knowledge and traditional cultural expressions when a proposed legal framework on Protection of Traditional Knowledge (TK) and Traditional Culture Expressions (TCEs) was unveiled in May 2013. This legal framework aims to protect holders of TK and TCEs against misappropriation, misuse and unlawful exploitation by third parties for use in pharmaceutical products, therapy, arts and craft, music, design and even works of architecture. This legislation will give effect to provisions of Article 11 and 40(5) of the Kenyan Constitution of 2010. Part A-1a lays out the aims of the proposed Act:

- (a) to protect traditional knowledge holders against any infringement of their rights;
- (b) to protect traditional knowledge and traditional cultural expressions against misappropriation, misuse and unlawful exploitation beyond their traditional context;
- (c) to promote sustainable utilization of traditional knowledge and traditional cultural expressions and ensure communities receive compensation or royalties for the use of their cultures and cultural heritage for national development; and
- (d) To preserve and promote traditional knowledge and traditional cultural expressions for appreciation of cultural diversity, national pride and identity for posterity

The proposed legislation provides a wide definition of traditional knowledge and traditional cultural expression under "definitions (p)"as:

"Traditional knowledge" shall refer to any knowledge originating from a local or traditional community that is the result of intellectual activity and insight in a traditional context, including know-how, skills, innovations, practices and learning, where the knowledge is embodied in the traditional lifestyle of a community, or contained in the codified knowledge systems passed on from one generation to another. The term shall not be limited to a specific technical field, and may include agricultural, environmental or medical knowledge, and knowledge associated with genetic resources."

Criteria (Part III) proposed for the protection of TK are:

- (a) generated, preserved and transmitted in a traditional and intergenerational context;
- (b) distinctively associated with a local or traditional community; and
- (c) integral to the cultural identity of a local or traditional community that is recognized as holding the knowledge through a form of custodianship, guardianship or collective and cultural ownership or responsibility. Such a relationship may be established formally or informally by customary practices, laws or protocols.



The proposal also includes protection for traditional knowledge that generally:

- (a) is or has been created, acquired or inspired for traditional economic, ritual, narrative, decorative or recreational purposes;
- (b) is or has been transmitted from generation to generation;
 - (a) is regarded as pertaining to a particular traditional group, clan or community; and
 - (b) is individually or collectively originated and held.

The proposed Act (Part V) identifies beneficiaries as:

"The owners of the rights shall be the holders of traditional knowledge, namely the local and traditional communities, and recognized individuals within such communities, who create, preserve and transmit knowledge in a traditional and intergenerational context in accordance with the provisions of part 1."

Part VI deals with the rights conferred to holders of traditional knowledge as follows:

- 7. (1) This Act shall confer on the owners of rights referred to in section 6 the exclusive right to authorize the exploitation of their traditional knowledge;
- (2) In addition, owners shall have the right to prevent anyone from exploiting their traditional knowledge without their prior informed consent; and
- (3) For the purposes of this Act, the term "exploitation" with reference to traditional knowledge shall refer to any of the following acts:

Where the traditional knowledge is a product:

- (a) manufacturing, importing, exporting, offering for sale, selling or using beyond the traditional context the product; and
- (b) being in possession of the product for the purposes of offering it for sale, selling it or using it beyond the traditional context;

Where the traditional knowledge is a process:

- (a) making use of the process beyond the traditional context; and
 - (b) carrying out the acts referred to under paragraph (a) of this subsection with respect to a product that is a direct result of the use of the process.
- (4) In addition to all other rights, remedies and action available to them, the owners shall have the right to institute legal proceedings against any person who carries out any of the acts mentioned in Section 8 without the owner's permission.

Equitable benefit sharing is specifically addressed in Part XI (14):

- (1) The protection to be extended to traditional knowledge holders shall include the fair and equitable sharing of benefits arising from the commercial or industrial use of their knowledge, to be determined by mutual agreement between the parties.

- (2) The national competent authority shall, in the absence of such mutual agreement, mediate between the concerned parties with a view to arriving at an agreement on the fair and equitable sharing of benefits.
- (3) The right to equitable remuneration might extend to non-monetary benefits, such as contributions to community development, depending on the material needs and cultural preferences expressed by the traditional or local communities themselves.
- (4) The benefit sharing arrangement shall be spelt out in the regulations.

The proposed legislation also covers licensing, including an allowance for compulsory licensing of underused TK, duration of protection (for so long as the knowledge fulfils the protection criteria and for individual 25 years beyond), and exceptions and limitations. Importantly, the proposed legislation does not require any specific formalities (stating that the protection of traditional knowledge shall not be subject to any formalities). Enforcement envisions both criminal and civil actions. Offenses proposed could result in fine and/or imprisonment.

This proposed legal framework is both expansive and ambitious in its goals. Rooted in constitutional provisions, Kenya's approach creates a strong obligation on the State to realize the protection of TK. The development agenda in its objectives puts sustainability as a key objective. Both positive and negative rights are conferred on the owners of TK. While the definition of TK is broad in terms of scope or fields of protection, there is an attempt to create clear guidelines as to what constitutes TK a protectable category of knowledge - being embodied in the traditional lifestyle of a community, or contained in the codified knowledge systems passed on from one generation to another. The requirement for embodiment in a traditional lifestyle while clearly distinguishing the subject of protection could also unnecessarily narrow the scope of protection. What exactly will be meant by a "traditional lifestyle"? Does this ignore the dynamisms of communities and obligates communities to remain moribund in order to receive protection? The drafters seem to have anticipated this with the inclusion of knowledge that is "inspired" by TK. Importantly, the proposal also allows for ownership by communities and individuals (depending on the type of knowledge) but distinguishes between these groups in terms of the duration of protection with communities receiving protection for perpetuity if the TK continues to fulfill the criteria of being a TK while individuals receive life plus 20 years. This is an important inclusion as it seeks to reward both continuing community TK as well as that of individual creativity and ingenuity. Benefit sharing is not only expected but can be enforced by the "relevant authority" although exactly how this would work is unclear. The allowance for licensing would put flesh on benefit sharing but allowance for compulsory licensing of underutilized TK seems problematic. While this provision takes its inspiration from the regular IP regimes, it seems to have the potential to undermine the autonomy of TK rights holder.

3. Traditional Knowledge and International Human Rights Law (IHRL)

Traditional knowledge is most often viewed as an issue for intellectual property law. However, the disenfranchisement of indigenous people and linking of trade and intellectual property under the TRIPS agreement highlighted the shortcomings of the intellectual property regime from a human rights perspective and acted to raise the profile of intellectual property within



the human rights community.²¹⁵ As indigenous rights emerged onto the UN agenda indigenous peoples knowledge were seen as un-owned and therefore exploitable by third parties. It was in an attempt to address this loophole that the UN commissioned a working group that subsequently generated the draft declaration on the Rights of Indigenous Peoples²¹⁶. Likewise, the TRIPS agreement that was argued to disadvantage developing countries and indigenous people's resources and cultures (among other criticisms), triggered a response within the United Nations. The effect was that human rights were given priority within the United Nations in relation to indigenous knowledge and protection issues.²¹⁷ Although both streams of law (IP and HR) have continued to develop separately, the protection of traditional knowledge is certainly relevant to the subject matter of both.

International human rights law (IHRL) protects a range of economic, social and cultural rights (ESCR rights), outlined under international instruments including the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). Traditional knowledge has been recognized as an aspect of culture, particularly in relation to Indigenous peoples, and, therefore, could be seen to fall within the protected right to culture. Growing recognition of the rights of Indigenous peoples also attract protection of traditional practices, including traditional knowledge, and the right to the benefits of natural resources. In addition, although it remains widely debated at the international level, there is growing recognition of a right to development.

The African human rights legal system has a broad and expansive approach to protecting ESCR rights. Within this context, the rights to culture, to human resources, to the environment and to development are expressly protected and have been found to be legally enforceable. There is also a movement towards recognizing and specifically protecting community rights to biological resources, as demonstrated by the African Model Law for the Protection of the Rights of Local Communities, Farmers and Breeders, and for the Regulation of Access to Biological Resources (discussed in Section 3 above). First developed in 2000 by the African Union, the Model Legislation adopts an alternative regime for the protection of biological resources, emphasizing the collective rights of indigenous and local communities with a strongly rights-based approach.

The legal status and enforceability of the rights to culture, Indigenous rights, and the right to development under IHRL generally are still evolving. However, emerging principles within various international instruments and jurisprudence that support a robust and expansive interpretation of these rights, particularly in the African system, are emerging. For example, although intellectual property law generally only protects the individual, under IHRL – especially African regional human rights law – there is some recognition of collective or group rights. This topic has received limited consideration to date. However, developments within international and regional human rights law could have important implications for the protection of rights to traditional knowledge, including genetic resources.

215 Laurence R. Helfer. "Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?", *Minnesota Intellectual Property Review*, 2003, pp. 47-61.

216 Ibid.

217 Helfer (2003) provides a full discussion of the evolution of human rights responses to the TRIPS agreement.

3.1. The right to culture under IHRL

The right to culture, framed as the right to participate in 'cultural life,' has been recognized under IHRL since the Universal Declaration of Human Rights was introduced in 1948.²¹⁸ Article 27 of the UDHR states that "everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits." The ICESCR, a binding treaty,²¹⁹ also expressly protects the right of everyone to "take part in cultural life" under Article 15. This includes the right to "...enjoy the benefits of scientific progress and its applications...and to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author". Thus, under the ICESCR the right to culture also protects individual rights to interests resulting from scientific developments; this may have application to innovations developed with genetic resources and other forms of traditional knowledge. Further, the treaty requires States to take steps including those necessary for conservation and the development and diffusion of science and culture, "to achieve the full realization of the right".²²⁰

The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) has provided detailed guidance on the meaning and application of the broad protections of the admittedly vague right to culture under Article 15.²²¹ First, the Committee recognizes that cultural rights may apply to the individual or the collective, such as within a community or group.²²² Second, the Committee endorses a broad and inclusive definition of what culture entails, including way of life, language, belief systems, and notably, "...methods of production or technology, natural and man-made environments, food...".²²³ This interpretation could arguably include traditional knowledge including those associated with genetic resources. Third, the Committee takes an expansive view towards positive State obligations to protect cultural rights, in particular in relation to Indigenous and minority cultural rights.²²⁴ For example, States must "... take measures to recognize and protect the rights of indigenous peoples to own, develop, control and use their communal lands, territories and resources".²²⁵ As rights to natural resources are interpreted by the Committee, as part of the ICESCR protections, this may have potential application to rights to traditional knowledge as well. Given the close relationship of TK with the use of land and resources, this right to culture would require the right to traditional practices or TK.

218 Helfer (2003) provides a full discussion of the evolution of human rights responses to the TRIPS agreement.

219 As a declaration of the UN General Assembly, the UDHR is not a treaty and is therefore technically non-binding; however, it is now widely regarded as constituting binding law under the principles of customary international law.

220 161 States are party to the ICESCR.

221 ICESCR, Article 15(2).

222 The ICESCR Committee is tasked with monitoring implementation of the treaty and interpreting the application of treaty rights in detailed "General Comments." Although not binding law, the General Comments are considered highly authoritative interpretations of treaty law.

223 CESCR Committee, General Comment No. 21, 2009, para 9.

224 CESCR Committee. General Comment No. 21: Right of everyone to take part in cultural life (Article 15). 2009, para 3.

225 *Ibid*, paras. 36-37.

3.2. Indigenous rights under IHRL

With specific reference to Indigenous peoples, the Committee explains that the ICESCR obligates States to "respect and protect the cultural productions of indigenous peoples, including their traditional knowledge, natural medicines, folklore, rituals and other forms of expression".²²⁶ Consequently, the right to traditional knowledge is recognized as part of the right to culture, protected under the ICESCR. Moreover, in the Committee's view, the State has a duty to ensure "...protection from illegal or unjust exploitation of [Indigenous peoples'] lands, territories and resources by State entities or private or transnational enterprises and corporations".²²⁷ Thus not only must the State itself refrain from exploiting Indigenous lands and resources, it must also ensure protection from exploitation by third parties. The Committee cites the principles outlined in the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, which recognizes the unique cultural rights of Indigenous peoples and frames these rights as held collectively by groups as well as individuals. Under the Declaration, Indigenous peoples "have the right to determine and develop priorities and strategies for the development or use of their lands or territories and other resources".²²⁸ Thus, the Declaration recognizes a collective right to development. Although the right to development under IHRL more broadly remains controversial, there is growing support for the legal enforceability of this right, particularly within developing countries. As the UN Declaration on the Right to Development, a non-binding declaration of the UN General Assembly, states:

"the right to development is an inalienable human right by virtue of which every human person and all peoples are entitled to participate in, contribute to, and enjoy economic, social, cultural and political development, in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized" (United Nations, 1986, Article 1(1)).²²⁹

The Declaration on the Rights of Indigenous Peoples further guarantees that Indigenous peoples have the right to free, prior and informed consent before any project affecting their lands or territories and other resources is approved.²³⁰ The Declaration specifically refers to rights to traditional knowledge in particular, including genetic resources. Article 31 states that: "Indigenous peoples have the right to maintain, control, protect and develop their cultural heritage, traditional knowledge and traditional cultural expressions...including human and genetic resources, seeds, medicines, knowledge of the properties of fauna and flora" (Article 31(1)). Although the Declaration is not a binding treaty, and therefore not legally enforceable, the express support for recognized protection of traditional knowledge, including genetic resources, is an important development under IHRL and reflects a shift towards articulated international protection of these rights.

226 Ibid, paras. 36.

227 Ibid, para. 51c.

228 UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Article 31(1).

229 UN Declaration on the Right to Development, Article 1(1).

230 UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Article 32(2).

3.3. The African human rights system

The regional African human rights legal regime expressly recognizes the right to culture, and is noted for its broad and expansive approach to protecting ESCR rights generally, particularly collective rights (referred to as "peoples' rights"). The African Charter on Human and Peoples' Rights (the African Charter), a binding treaty within the region,²³¹ provides that "every individual may freely take part the in cultural life of his community".²³² In addition, Article 21 protects collective rights to the benefits from natural resources: "all peoples shall freely dispose of their wealth and natural resources. This right shall be exercised in the exclusive interest of the people". For example, the seminal decision in the Ogoni case held that the Nigerian government, in collusion with Shell's oil operations, which caused severe environmental degradation and widespread health consequences for the Ogoni people in their traditional lands, violated the collective Article 21 rights of the Ogoni people to freely dispose of their wealth and natural resources.²³³ This case was groundbreaking both in its recognition of collective "peoples" rights and in its application of the right to natural resources. It also affirmed that Article 24, which protects the right of all people "to a generally satisfactory environment favorable to their development", requires the state to "take reasonable and other measures...to secure an ecologically sustainable development and use of natural resources".²³⁴ As legal commentator Feris suggests, this obligation "entails that states should protect natural resources and regulate access to bioresources, as these provide the basis for TK. In addition, it also implies the protection of TK itself".²³⁵

The African Charter also expressly protects the right to development as a binding obligation upon States: "all peoples shall have the right to their economic, social and cultural development with due regard to their freedom and identity and in the equal enjoyment of the common heritage of mankind".²³⁶ This provision is unique; it is the first time that the right to development is expressly entrenched in an international human rights treaty. Moreover, the right to development has been found to be legally enforceable by the African Commission on Human and Peoples Rights.²³⁷ In a landmark decision in 2009 known as the Endorois case, the Commission found that the Kenyan government's treatment of an Indigenous group violated their collective rights to culture, to natural resources and to development under the African Charter.²³⁸ The Endorois people had been forced from their ancestral lands without consultation or compensation when a game reserve was built, disrupting their traditional pastoral way of life and traditional access to and use of natural resources. This was the first case to find, apply and affirm the right to development under the African Charter,

231 The African Charter has been ratified by all African states except South Sudan.

232 African Charter, 1981, Article 17(2)).

233 Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Another v Nigeria, (2001) AHRLR 60 (ACHPR 2001).

234 Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Another v Nigeria, (2001) AHRLR 60 (ACHPR 2001), para 52.

235 Loretta Feris, "Protecting traditional knowledge in Africa: Considering African approaches". *African Human Rights Law Journal*, Volume 4(2), 2004, pp. 242-255.

236 African Charter, Article 22(2).

237 The Commission was the original body with the jurisdiction for all complaints under the African Charter, although the African Court of Human and Peoples Rights is now established and hears cases under the African Charter.

238 Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya, Communication 276/2003, 27th Activity Report (2009).



which sets an important precedent for future claims, including potentially in relation to the protection of traditional knowledge. Finally, in discussing the possible application of the African Charter to traditional knowledge claims, Feris refers to Article 14, which guarantees the right to property. She contends that unlike Western IP law, traditional knowledge could be both individually and communally held property, and furthermore, that "...the right to property contained in the African Charter is not restricted to private property, and therefore communally held TK is also protected".²³⁹ This could arguably imply that holders of traditional knowledge also have a human right to property protected under the African Charter.

4. Discussion and Conclusion

This paper assessed the protection of TK in Africa, by approaching protection from both IP and HR perspectives with the goal of scoping out the legal basis for protecting of what is arguably the most important asset class owned by indigenous and local communities. Traditional knowledge, especially knowledge associated with genetic and biological resources are valuable intangible assets held primarily by communities and connected with the cultural, social and economic vitality of indigenous African communities. The growing economic attractiveness of these resources to the pharmaceutical, nutraceutical and cosmetic industries make protection of these resources an area of great importance. Traditional knowledge is what imbues genetic resources with its value. The Body Shop, as an example, has made economic use of traditional knowledge in order to extract value from genetic resources:

"Body Shop's creative CEO, Anita Roddick has built a business based on understanding the basis for local rituals and practices. For example, she observed that women in Africa use slices of pineapple to cleanse their skin. On the surface, this practice appears to be a meaningless ritual. However, research shows that there are active ingredients in pineapple that clear away dead skin cells better than chemical formulations".²⁴⁰

Clearly African traditional knowledge can have economic value in itself and in its ability unlock the value potential in genetic and other resources. This paper rests on the premise that the owners of this knowledge should enjoy a share in its benefits and agency over its use. Legal protection is clearly a critical piece of this and this paper provided an assessment of this protection.

In assessing the level of protection available to TK in Africa from an IP perspective, there are definite initiatives in favour of growing protection at the multilateral, regional and national levels. At the multilateral level the inclusion of equitable sharing of the benefits that derive from genetic resources, and the associated traditional knowledge in the convention was a major boost to the recognition of TK. Likewise the continued pressure to secure agreement to language at the WTO and WIPO are also positive developments in favour of protection of TK. However, this optimism needs to be tempered by the disagreements that exist between developed and developing countries. Developed countries' reluctance to support strong

²³⁹ Loretta Feris, "Protecting traditional knowledge in Africa: Considering African approaches". *African Human Rights Law Journal*, Volume 4(2), 2004, pp. 242-255.

²⁴⁰ C.K. Prahalad and Stuart L. Hart, *Strategies for the Bottom of the Pyramid: Creating Sustainable Development*. 1999, University of Michigan Business School (draft working paper).

protection seems to be in their self interest but in fact stronger protection would likely yield true partnerships where sharing of TK could put more knowledge to work in the public domain while strengthening local communities.

Given the vast biodiversity and richness of TK in Africa, the lack of a multilateral agreement, while a major setback to TK protection, could be somewhat offset by cooperation at the regional level. The *sui generis* system adopted under the Swakopmund Protocol and the African model law addresses many of the difficulties with protecting TK such as the community ownership structure and the requirements for prior informed consent. In that regard, Kenya's legal framework on Protection of Traditional Knowledge (TK) and Traditional Culture Expressions aim for a progressive *sui generis* system for protecting TK. If the framework's ten guiding principles of respect, full disclosure, prior informed consent, confidentiality, good faith, compensation, equitable benefit sharing, access, sustainable development and international cooperation are realized, it would put TK protection on a sure footing. South Africa's decision to use the current IP system to protect TK within the traditional IP system and to imbue the state with power through the creation of an institution to administer IP revenues creates a high degree of uncertainty. Use of the IP system appears to fly in the face of international approaches and creates a cumbersome retrofitting of the existing IP regime to incorporate a vastly different type of IP rights. Therefore this potential outcome of this approach by South Africa is far from certain.

A major contribution of the paper is the framing of the protection afforded TK from what at first appears to be the Janus faces of TK protection, IP, and HR. Traditionally, the

"two communities speak very different languages. Intellectual property commentators, especially those working in the Anglo-American tradition, employ the analytical tools of utilitarianism and welfare economics to evaluate the trade-offs between incentives and access and the consequences for the individuals and firms that create, own, and consume intellectual property products. The international human rights movement, by contrast, engages in a discourse of absolutes that seeks to delineate the negative and positive duties of states to respect and promote inalienable individual freedoms".²⁴¹

However, on closer scrutiny what emerges is significant confluence between these areas of law that is more akin to being two sides of the same coin. Both bodies of law provide the basis for the protection of traditional knowledge. While the one (HR) emphasizes protecting the right to self-determination and control over TK, the other (IP) seeks to provide the means to commercialize these intangible assets. However, even this distinction may be less real than appears to be. One route to the international protection of TK through instruments such as the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights is the right to culture. TK is often the very embodiment or this right. To the extent this right is to be protected, the instruments of protection may well be realized through the IP system. Taken together developments (and expected continued developments) at the international, African regional and national levels in both

²⁴¹ Laurence Helfer and Graeme Austin, *Human rights and intellectual property: Mapping the global interface*. Cambridge. Cambridge University Press. 2011.



HR and IP could provide a greater legal firewall around the protection of African traditional knowledge. This would provide the legal certainty and safeguard of the social, cultural, environmental and economic benefits on which sustainable development for Indigenous and local communities depend.

BIBLIOGRAPHY

DUTFIELD Graham, *The Public and Private Domains Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge*. Oxford. Oxford University. 2000.

FERIS Loretta, «Protecting traditional knowledge in Africa: Considering African approaches». *African Human Rights Law Journal*, Volume 4(2), 2004, pp. 242-255.

HANSEN Stephen and VANFLEET Justin, *Traditional knowledge and intellectual property: A handbook on issues and options for traditional knowledge holders in protecting their intellectual property and maintaining biological diversity*, Washington. American Association for the Advancement of Science, 2003.

HELPER Laurence and AUSTIN Graeme, *Human rights and intellectual property: Mapping the global interface*. Cambridge. Cambridge University Press. 2011.

HINZ Manfred, «The Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore», *Namibia Law Journal*, Volume 3(1), 2011, pp. 101-112.

MERWE A. Van der. «Can TK be Protected Under a Single Umbrella?», *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Volume 13(4), 2010.

OTENG-YEBOAH Alfred et al, Africa, in PARROTTA John and TROSPER Ronald (eds), *Traditional forest-related knowledge: Sustaining communities, ecosystems and biocultural diversity*. Dordrecht. Springer. 2012.

SILLITOE Paul and MARZANO Mariella, «Future of indigenous knowledge research in development», *Futures*, Volume 41(1), 2009, pp. 13-23.

STRANGE Tracey and MARZANO Anne, *Sustainable Development, Linking Economy, Society, Environment*, Paris. OECD Publishing. 2008.

WEKUNDAH Joseph, «Why Protect Traditional Knowledge?» *African Technology Policy Studies Network Biotechnology Trust Africa: Special Paper Series*, No. 44, 2012, pp. 1-16.





ACCÈS ET PARTAGE DES AVANTAGES ET DROITS DES COMMUNAUTÉS LOCALES ET AUTOCHTONES EN AFRIQUE DE L'OUEST ET CENTRALE

Cécile OTT-DUCLAUX-MONTEIL

Résumé

Les pays d'Afrique reconnaissent le potentiel que constitue la diversité biologique pour leur développement socio-économique et l'amélioration des conditions de vie de leurs populations. Ainsi, plusieurs instruments juridiques (Convention sur la diversité biologique, Protocole de Nagoya,...) favorables à la préservation de la diversité biologique, à l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages issus de leur exploitation ont été ratifiés ou sont en cours de ratification dans ces pays. Malgré l'existence de ces instruments juridiques, des politiques et des stratégies divers, la pauvreté au sein de ces communautés locales et autochtones des pays d'Afrique semble insurmontable. Alors, quels sont les obstacles qui empêchent l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages issus de l'exploitation de celles-ci, de devenir un instrument utile pour la biodiversité et pour l'amélioration des conditions de vie des communautés locales et autochtones de ces pays? Comment rendre effectif l'accès aux ressources et le partage des avantages issus de leur exploitation juste et équitable ?

Mots clés : Communautés locales et autochtones; accès aux ressources génétiques; partage juste et équitable des avantages; droits; connaissances traditionnelles.

Abstract

African countries recognize the biodiversity potential for socio-economic development and improvement of the living conditions of their populations. Thus, various legal instruments (Convention on Biological Diversity, Nagoya Protocol ...) favorable to the preservation of biodiversity, access to genetic resources and sharing of benefits arising from their utilization have been ratified or are in the process of ratification in these countries. Despite the existence of these legal instruments, policies and strategies, poverty in these local and indigenous communities in African countries seems insurmountable. So, what are the barriers for access and benefit-sharing to become a useful tool for biodiversity and the improvement of local and indigenous communities living conditions in these countries? How to make effective access to resources and benefits sharing arising from fair and equitable exploitation?

Keywords: *Indigenous and local communities; access to genetic resources; equitable sharing of benefits; rights; traditional knowledge.*

*« Aucun de nous, en agissant seul,
ne peut atteindre le succès ».*

Nelson Mandela

Introduction

Les écosystèmes d'Afrique renferment une riche biodiversité ou diversité biologique²⁴². Conscients de la valeur de cette richesse, plusieurs pays africains ont adopté d'importants instruments juridiques qui garantissent la préservation et la gestion durables de cette biodiversité. Il s'agit notamment de la Convention sur la diversité biologique (CDB), de la Convention-Cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, (CCNUCC) et de la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification (CLD). La CDB, adoptée en 1992 et entrée en vigueur en 1993, est le premier instrument de droit international à reconnaître que la conservation de la diversité biologique est une préoccupation commune pour l'ensemble de l'humanité. Ses trois objectifs, énumérés à l'article 1 sont : la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques²⁴³. C'est dans le cadre de la mise en œuvre du troisième objectif de la CDB, « le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques », que les États Parties à la Convention ont convenu d'adopter le Protocole de Nagoya²⁴⁴ (APA) conformément à l'article 15 de la CDB. Ce Protocole précise tous les contours du partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques.

Les articles 15 de la CDB et 6§1 du Protocole de Nagoya reconnaissent aux Parties contractantes, des droits souverains sur leurs ressources génétiques et le pouvoir d'en déterminer les conditions d'accès, tout en demandant aux pays détenteurs de faciliter l'accès à ces ressources. Les deux textes recommandent autant aux utilisateurs de la ressource qu'à l'État fournisseur, d'assurer le partage juste et équitable des résultats de la recherche et leur mise en valeur, ainsi que des avantages résultant de toute forme d'utilisation de ces ressources et des connaissances traditionnelles associées.

Plusieurs instruments internationaux et une littérature abondante reconnaissent que les connaissances, innovations et pratiques des communautés locales et autochtones ont toujours participé à la préservation et à la gestion durable de la diversité biologique²⁴⁵.

C'est dans ce sens que le Protocole de Nagoya à travers le mécanisme APA entend améliorer les capacités de ces communautés, afin qu'elles puissent profiter pleinement de l'utilisation de leurs connaissances traditionnelles.

242 La diversité biologique est définie à l'article 2 de la CDB comme la variabilité des organismes vivants de toute origine y compris, entre autres, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie ; cela comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces ainsi que celle des écosystèmes.

243 Les ressources génétiques sont, également, définies à l'article 2 de la CDB comme tout matériel génétique ayant une valeur effective ou potentielle. Étant entendu que le matériel génétique signifie le matériel d'origine végétale, animale, microbienne ou autre, contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité.

244 Ce Protocole a été adopté par la 10^{ème} Conférence des Parties (CdP10) tenue à Nagoya, au Japon, en octobre 2010.

245 Alliance internationale des peuples autochtones et tribaux des forêts tropicales, notre savoir, c'est notre survie. Rapport sur les études de cas régionales sur la mise en œuvre des engagements internationaux touchant les Connaissances traditionnelles dans le domaine des forêts (DTDF), Volume I, décembre 2004. Pour le droit international et national, lire les notes de bas de page de la partie (1).

Si un régime international est indispensable, il ne peut, à lui tout seul, encadrer la mise en œuvre de tous les objectifs de l'APA. Par conséquent, il est essentiel qu'il soit complété par des mesures régionales, sous-régionales et nationales adaptées. Il est alors indispensable que chaque pays mette en place des mesures favorisant l'APA, pour mieux encadrer la gestion de la biodiversité sur son territoire, éviter qu'elle ne soit utilisée sans son consentement et bénéficier réellement des avantages découlant de sa mise en valeur.

Aux fins de cet article, la question de l'APA et les droits des communautés sera étudié dans les pays de l'Afrique de l'Ouest et Centrale. Il faut d'emblée relever que tous ces pays²⁴⁶ ne possèdent pas des réservoirs identiques de diversité biologique. Une approche globale pourrait d'emblée paraître inadaptée. Cependant, qu'elles vivent dans les régions arides ou tropicales, les communautés locales et autochtones des pays d'Afrique sont les dépositaires des connaissances traditionnelles. Elles rencontrent les problèmes similaires en termes de reconnaissance et de protection de leurs connaissances. En outre, la nécessité de réglementations nationales opérationnelles, relatives à l'APA se pose avec le même intérêt dans tous ces pays, pour des raisons sociologiques et de proximité. Certains pays partagent des ressources génétiques semblables du fait du contexte climatique, des pratiques sociales et culturelles comparables et des connaissances traditionnelles qui s'apparentent.

Le Protocole de Nagoya consacre définitivement l'accès aux ressources génétiques et au partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation de celles-ci. Toutefois, la réalité de son application, en rapport avec l'effectivité des droits des communautés locales et autochtones dans les pays étudiés, mérite d'être questionnée. La question de l'accès aux ressources génétiques et au partage juste et équitable des avantages découlant de leur exploitation s'inscrit alors, dans une recherche globale d'une réponse objective et réaliste qui prendrait en compte plusieurs éléments, les plus importants étant, l'exploitation durable des ressources naturelles, le développement économique des pays d'Afrique, les connaissances traditionnelles des communautés locales et autochtones. Pour rendre cette réponse positive, les détenteurs des connaissances traditionnelles doivent être reconnus **(1)**, les droits sociaux, économiques et culturels de ces groupes doivent être respectés **(2)** et leurs connaissances traditionnelles protégées **(3)**. Cette triple définition est au cœur du mécanisme APA.

1. La reconnaissance des communautés locales et autochtones comme titulaires des droits liés à leurs connaissances traditionnelles.

Les connaissances traditionnelles ne peuvent être valorisées que si, elles sont reconnues et protégées et si les personnes qui les détiennent sont légalement reconnues comme sujets de droit. En effet, la reconnaissance d'un droit suppose l'existence d'un sujet susceptible d'exercer ce droit. Si le statut de « détenteurs », « dépositaires » des connaissances traditionnelles par

²⁴⁶ Les pays arides, dans l'ensemble, ont une assez faible diversité et richesse d'espèces et d'écosystèmes. Mais, ils hébergent souvent des espèces extraordinaires et uniques. Ce sont des régions riches en ressources agricoles. Lire dans ce sens : Rachel Wynberg, avec des études de cas par Amidou Garané, Walid Nasser et Linda Haidar « Accès à la biodiversité et partage des avantages dans des pays arides à endémisme élevé et à diversité faible », Janvier 2004, p.3-4, [http://weavingaweb.org/absdocuments/fra_arid.pdf], consulté le 09 mai 2014.

les communautés locales et autochtones est reconnu dans le droit positif international (1.1), au niveau national, cette reconnaissance n'est pas toujours mentionnée de manière explicite dans les politiques, lois et règlements en vigueur (1.2).

1.1 Le droit positif international

Les termes « dépositaires » et « détenteurs », dans le contexte des connaissances traditionnelles ou savoirs traditionnels, expriment deux réalités complémentaires. Le terme « dépositaire » renvoie aux communautés, aux peuples, aux individus et autres entités qui, selon les lois coutumières et autres pratiques, préservent, utilisent ou développent les savoirs traditionnels²⁴⁷. Le terme « détenteur », quant à lui, renvoie à toute personne qui, en vertu de la loi, a en sa possession un instrument négociable et a le droit d'être rémunérée en échange de son utilisation ou à toutes les personnes qui créent, engendrent, élaborent ou pratiquent des savoirs traditionnels dans un cadre et un environnement traditionnels.²⁴⁸ Les communautés locales et autochtones, au regard de ces définitions, sont à la fois dépositaires et détentrices des connaissances et des savoirs traditionnels.

Tout en affirmant la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles, plusieurs instruments juridiques légitiment les communautés locales et autochtones comme détentrices des droits à formaliser. Et plusieurs décisions de justice renforcent cette position.²⁴⁹ La CDB reconnaît, dans son préambule (paragraphe 12), qu'un grand nombre de communautés locales et autochtones dépendent étroitement et traditionnellement des ressources biologiques sur lesquelles sont fondées leurs traditions. Et, par conséquent encourage les Parties, dans son article 8 (j) à respecter, préserver et maintenir les connaissances, innovations et pratiques de ces communautés et à favoriser leur application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques.

Le Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (TIRPAA), a été adopté par l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) lors de sa conférence du 03 Novembre 2001. Il a pour but principal la conservation et l'utilisation durable des ressources génétiques et le partage équitable des avantages découlant

247 Le terme « dépositaire » est défini de la manière suivante : « [toute] personne ou institution qui a à sa charge une chose ou une personne ou qui en est responsable (un enfant, une propriété, des documents ou tout autre objet de valeur) », *Black's Law Dictionary* ; « toute personne ayant la responsabilité d'une chose ou d'une personne : un gardien, un conservateur », *Oxford English Dictionary* ; « celui qui garde et protège ou maintient », *Merriam-Webster dictionary*. Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore Vingt-quatrième session Genève, 22 - 26 avril 2013, WIPO/GRTKF/IC/24/INF/7, Annexe, p.17,

[www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo.../wipo_grtkf_ic_24_inf_7.pdf], consulté le 21/05/2014

248 Le *Black's Law Dictionary* définit le terme « détenteur » comme suit : « Toute personne qui, en vertu de la loi, a en sa possession un instrument négociable et a le droit d'être rémunérée en échange de son utilisation ». L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) utilise cette expression pour désigner toutes les personnes qui créent, engendrent, élaborent ou pratiquent des savoirs traditionnels dans un cadre et un environnement traditionnels. Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore Vingt-quatrième session Genève, 22-26 avril 2013, WIPO/GRTKF/IC/24/INF/7, Annexe, p.17-18, [www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo.../wipo_grtkf_ic_24_inf_7.pdf], consulté le 21/05/2014.

249 Dans sa décision relative à la Communication 276/03, *Centre for Minority Rights development et Minority Rights Group International au nom de Endorois Welfare Council c/ Kenya*, la Commission Africaine, reconnaissait les droits des Endorois du Kenya sur leurs terres et sur le contrôle et la gestion de leurs ressources traditionnelles. *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, 276/2003.

de leur exploitation, en accord avec la CDB. Il reconnaît également des droits aux communautés locales et autochtones et aux agriculteurs, compte tenu de la contribution considérable de ces populations à la conservation et à la mise en valeur des ressources génétiques. Plusieurs dispositions dans le préambule²⁵⁰, les dispositions générales²⁵¹ et les dispositions sur le système de partage des avantages²⁵² de ce traité font référence aux droits de ces populations.²⁵³

Le Protocole de Nagoya reconnaît dans son préambule, (paragraphe 23 et 24) que les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques sont *détenues* ou *possédées* par les communautés locales et autochtones, d'une part, et que ces communautés ont, également, le droit d'identifier les détenteurs légitimes de ces connaissances au sein de leurs communautés, d'autre part.

L'instrument juridiquement non contraignant, concernant tous les types de forêts recommande aux États Membres, de promouvoir la protection et l'utilisation des savoirs et pratiques forestiers traditionnels, avec l'approbation des détenteurs de ces savoirs²⁵⁴.

Le Protocole de Swakopmund²⁵⁵ reconnaît comme titulaires des droits, les détenteurs des savoirs traditionnels, qui créent, préservent et transmettent les connaissances dans un contexte traditionnel et intergénérationnel.

La législation modèle africaine pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des obtenteurs et pour les règles d'accès aux ressources biologiques (loi modèle de l'OUA), reconnaît également aux communautés locales et autochtones des droits inaliénables qui sont attachés à leurs connaissances et à leurs technologies concernant l'agriculture, l'élevage et la médecine.

250 *Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture* de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), Préambule § 7 et 8.

251 *Ibid.*, articles 9§1, § 5, al. c et d ; 6, § 2 al. b et c

252 *Ibidem.*, articles 13b, iii et 13.3 et 18.

253 *Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture* de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), article 9.1 : « Les Parties contractantes reconnaissent « l'énorme contribution que les communautés locales et autochtones ainsi que les agriculteurs de toutes les régions du monde, et spécialement ceux des centres d'origine et de diversité des plantes cultivées, ont apportée et continueront d'apporter à la conservation et à la mise en valeur des ressources phylogénétiques qui constituent la base de la production alimentaire et agricole dans le monde entier ».

254 *Instrument juridiquement non contraignant pour tous les types de forêts*, V. Politiques et mesures nationales, point 6 : Pour réaliser l'objet du présent instrument, et compte tenu de leurs politiques, priorités, conditions et ressources, les États Membres devraient : (f) Promouvoir la protection et l'utilisation des savoirs et des pratiques forestiers traditionnels en matière de gestion durable des forêts, avec l'approbation et la participation des détenteurs de ces savoirs, et encourager un partage juste et équitable des avantages qui découlent de leur utilisation, conformément à la législation nationale et aux accords internationaux pertinents.

255 *Protocole de Swakopmund sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore* dans le cadre de l'Organisation régionale africaine de la propriété industrielle (ARIPO) Adopté le 9 août 2010 à Swakopmund, Namibie Section 6 : Beneficiaries of protection of traditional knowledge, «The owners of the rights shall be the holders of traditional knowledge, namely the local and traditional Communities, and recognized individuals within such communities, who create, preserve and transmit knowledge in a traditional and intergenerational context », p.11.



Les directives sous-régionales sur la participation des populations locales et autochtones et des organisations non gouvernementales à la gestion durable des forêts d'Afrique Centrale reconnaissent également que les populations locales et autochtones, sont dépositaires des connaissances et des savoirs utiles à la conservation et à l'utilisation durable de la biodiversité.

1.2. Les droits nationaux

Les différents documents de politique, stratégie ainsi que les lois nationales²⁵⁶ des pays étudiés soulignent l'importance des connaissances traditionnelles pour la préservation et l'utilisation durable de la biodiversité. Toutefois, ces textes et documents, dans leur grande majorité ne reconnaissent pas les droits des communautés locales et autochtones. Or, la protection des connaissances, innovations et pratiques des communautés locales et autochtones devrait s'enraciner autour de la reconnaissance de l'existence de ces groupes au sein des pays étudiés. Tous ces pays mettent en place, à des degrés divers, des outils de planification stratégique pour l'APA même si le Protocole de Nagoya n'est pas encore signé ou ratifié par tous ces différents pays²⁵⁷. Cependant, ces pays, en grande partie, ont signé et/ou ratifié les instruments juridiques internationaux et régionaux relatifs à l'APA tels que la Convention sur la diversité biologique, le Traité FAO sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, la CCNUCC, la CLD, le Traité de la commission des ministres des forêts de l'Afrique Centrale pour la conservation et la gestion durable des écosystèmes forestiers (COMIFAC) 2000, la Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles etc. Par conséquent, ils se sont engagés à procéder aux aménagements législatifs et réglementaires nécessaires.

A l'exception de quelques pays, les communautés locales et autochtones ne jouissent pas d'une reconnaissance légale comme titulaires des droits liés à leurs connaissances traditionnelles. La République Démocratique du Congo (RDC),²⁵⁸ à travers la loi n° 14/003 du 11 février 2014 relative à la conservation de la nature, donne le pouvoir à l'autorité coutumière d'identifier dans la communauté locale les « *détenteurs légitimes* » des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques (article 50). Le Niger encourage, à travers la loi-cadre n° 98-56 du 29 décembre 1998, relative à la gestion de l'environnement, les pratiques traditionnelles de gestion durable des ressources naturelles au niveau des communautés de base²⁵⁹.

256 Article 1 al.1, loi gabonaise n° 16/93 du 26 août 1993 relative à la protection et à l'amélioration de l'environnement ; Article 1 loi congolaise n°003/91 du 23 Avril 1991 sur la protection de l'environnement, les différents rapports et documents, de stratégie nationale sur la biodiversité. Ces documents sont disponibles sur le centre d'échange d'informations de la biodiversité de chaque pays.

257 État des ratifications du Protocole de Nagoya par les pays étudiés : Signature : Mali (19/04/ 2011) ; Niger (26/09/2011) ; Nigéria (01/02/ 2012) ; République centrafricaine (06/04/011) ; RDC (21/09/2011) Congo (23/09/2011) ; Tchad (31/01/2012) ; Togo (27/09/2011). Ratification : Bénin (22/01/2014) ; Burkina Faso (11/01/2014) ; Côte d'Ivoire (24 //092013) ; Rwanda (20/03/2012). Acceptation : Gabon (11/11/2011) ; Guinée Bissau (24/09/2013).

258 Loi n° 14/003 du 11 février 2014 relative à la conservation de la nature, RDC, article 50 : « *L'autorité coutumière identifie dans la communauté locale les détenteurs légitimes des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques* ».

259 Loi n° 98-56 portant loi-cadre relative à la gestion de l'environnement au Niger, 29 décembre 1998, article 22 : « *L'État et les collectivités territoriales encouragent les pratiques traditionnelles de gestion durable des ressources naturelles au niveau des communautés de base* ».

S'agissant particulièrement des peuples/populations autochtones, la notion est très controversée²⁶⁰ dans presque tous les pays africains où toutes les populations se considèrent comme autochtones dans leurs régions d'origine. Pourtant, la définition et l'identification des peuples autochtones sont sans équivoque au niveau d'un certain nombre d'instruments juridiques internationaux auxquels les pays africains adhèrent. La définition ou l'identification des peuples autochtones se réalise à travers les critères objectifs et subjectifs²⁶¹ définis par la Convention n°169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux de 1989, la Politique opérationnelle, PO 4.10 de la Banque mondiale de 2005, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, le Rapport du groupe de travail d'experts de la Commission africaine sur les populations/communautés autochtones de 2005, le Rapport COBO sur l'étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones de 1987, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007.

Il faut tout de même relever les avancées significatives réalisées par certains pays africains, pour reconnaître l'existence de ces populations et de leurs droits au sein de leur législation et dans des documents de politique. La République centrafricaine a ratifié la Convention n° 169 de l'Organisation internationale du travail (OIT) relative aux peuples indigènes et tribaux depuis le 30 août 2010. La République du Congo a adopté le 25 février 2011 la loi portant promotion et protection des droits des populations autochtones²⁶² qui prend en compte, toutes les normes édictées par la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Le Burundi a mis en place un système de quota pour garantir la représentation des populations autochtones Batwa au sein du Sénat et de l'Assemblée nationale. Le Cameroun en collaboration avec la Banque mondiale prépare le Projet d'Investissement et de Développement des Marchés Agricoles au Cameroun (PIDMA).²⁶³ Ce projet intègre un Plan de

260 La Commissaire Soyata Maïga, Présidente du Groupe de Travail sur les Populations/Communautés autochtones en Afrique (WGIP) l'a encore confirmé au cours de la 13^{ème} Session de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones : « *Bien que la Commission Africaine ait adopté un rapport détaillé sur le concept des populations autochtones en Afrique, rapport ensuite adopté par les Chefs d'État et de Gouvernement de l'Union Africaine, le Groupe de Travail rencontre beaucoup de difficultés pour convaincre les États de l'existence sur leurs territoires, de populations s'auto identifiant comme populations autochtones et qui ont, compte tenu de certaines caractéristiques objectives, besoin d'être reconnues et respectées, en tant que telles* ». Extrait du Discours de la Commissaire Soyata Maïga, à la 13^{ème} Session de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones : « *Expériences et défis en matière de prise en charge de la question des droits des populations autochtones en Afrique* », tenue du 12 au 23 mai 2014 à New York.

261 Cécile Ott- Duclaux-Monteil, *Les difficultés liées à la définition du concept de peuple autochtone en Afrique*, in *Exploitation forestière et droits des populations en Afrique Centrale*, l'Harmattan, 2011, p.189-195.

262 Loi n°5/2011 du 25 février 2011 Loi portant promotion et protection des droits des populations autochtones au Congo. Article premier : « ... *On entend par populations autochtones, les populations qui se distinguent des autres groupes de la population nationale par leur identité culturelle, leur mode de vie et leur extrême vulnérabilité* ».

263 Minader, « *Plan des Peuples Autochtones (PPA) du Projet d'Investissement et de Développement de Marchés Agricoles au Cameroun (PIDMA)* » : dans le cadre de la mise en œuvre des projets de développement en Afrique, les modes de vie et de la marginalisation dont les populations autochtones font parfois l'objet, ne sont pas souvent pris en compte. Ce qui limite l'accès aux bénéfices desdits projets par ces populations au même titre que les autres couches de la population nationale. Le présent document qui a été élaboré conformément aux politiques de sauvegarde de la Banque mondiale, notamment la PO 4.10 relative aux peuples autochtones contient des mécanismes spécifiques culturellement adaptés afin que ceux-ci puissent également tirer avantage du projet. Rapport définitif, Minader, Yaoundé, Avril 2014, 99 p. [[http://www.minader.cm/uploads/Projet%20PIDMA/RAPPORT%20DEFINITIF%20DU%20PPA%20\(VERSION%20REVISEE\).pdf](http://www.minader.cm/uploads/Projet%20PIDMA/RAPPORT%20DEFINITIF%20DU%20PPA%20(VERSION%20REVISEE).pdf)].

Peuples Autochtones (PPA) élaboré en accord avec la Politique opérationnelle²⁶⁴ PO 4.10 de la Banque mondiale. La République Démocratique du Congo dispose d'une proposition de loi portant protection et promotion des droits des peuples autochtones pygmées en RDC²⁶⁵, etc. Les différentes législations/stratégies APA qui sont en cours d'élaboration et les institutions en charge de leur exécution, devraient par conséquent, reconnaître impérativement les communautés locales et autochtones comme détenteurs ou dépositaires de droits en lien avec leurs connaissances traditionnelles.

2. L'APA : un outil pour garantir le respect des droits sociaux, économiques et culturels des communautés locales et autochtones ?

La prise en compte des aspects relatifs au partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques dans les législations africaines reste encore timide. Toutefois, le mécanisme APA, en imposant un certain nombre d'obligations aux États sur les questions liées à l'accès aux ressources génétiques (2.1), au partage des avantages (2.2) et à la protection des connaissances traditionnelles (2.3) parvient-il à concilier les intérêts scientifiques et commerciaux avec les objectifs d'équité, de justice sociale pour le bénéfice de ceux qui les conservent ?

2.1. Les enjeux du droit d'accès des communautés locales et autochtones aux ressources génétiques

Le consentement préalable donné en connaissance de cause des communautés autochtones, est un principe de droit reconnu au plan universel. Il existe de nombreux instruments juridiques²⁶⁶ qui considèrent ce principe, à travers la participation²⁶⁷ des communautés locales et autochtones, comme un élément essentiel au développement économique et social de ces groupes. La participation suppose donc le consentement de ces groupes de décider de leurs propres priorités concernant les décisions, projets, programmes ou mesures qui les

264 Cette nouvelle politique adoptée par la Banque mondiale en 2005 (Operational Policy 4.10) recommande qu'un accent particulier soit mis sur l'implication des communautés dans les différents processus de décision, ainsi que le respect des droits fondamentaux avant et pendant la mise en œuvre de projets.

265 Proposition de loi portant protection et promotion des droits des peuples autochtones pygmées en RDC, Article 2 : « Au sens de la présente loi, on entend par : « a. *Peuples autochtones pygmés : des peuples qui s'identifient en tant que tel et se distinguent des autres peuples par leur identité culturelle, leur mode de vie, leur attachement et leur lien étroit à la nature ainsi que par leurs savoirs endogènes* », Version 4, Mai 2014, République Démocratique du Congo, Assemblée Nationale 2ème législature de la 3ème République.

266 Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 25); Principe 10 de la Déclaration de Rio; Directives sous-régionales sur la participation des populations locales et autochtones et des ONG à la gestion durable des forêts d'Afrique Centrale, Série politique n°3, (directives 1, 20, 26); Convention n°169 de l'OIT (article 7); Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples (article 13); Convention internationale sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (article 5 § d, 19 § a); La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (article 18) etc.

267 Plusieurs points des recommandations des négociateurs du groupe africain de la 2^e réunion panafricaine des communautés autochtones et locales fondés sur l'article 8(j) de la CDB ont interprété la participation comme signifiant « *consentement préalable donné en connaissance de cause* ».

concernent. Le droit à la participation des communautés locales et autochtones en matière d'accès aux ressources génétiques trouve son application dans deux cas particuliers dans le Protocole de Nagoya.

2.1.1. Le consentement préalable donné en connaissance de cause à l'accès de ressources biologiques sur lesquelles les communautés locales et autochtones ont un droit établi d'accorder cet accès

L'exercice de ce droit, cité à l'article 6 § 2, comme l'observe Hugues Helio²⁶⁸, doit être questionné car il est enserré dans des conditions juridiques strictes. Cet auteur s'interroge à juste titre sur l'importance de la reconnaissance internationale du droit des communautés locales et autochtones aux avantages de la biodiversité.

La participation requiert la mise en balance des intérêts des Parties. Par conséquent, la logique recherchée devrait être la logique du consensus et du compromis, et non la logique de la domination ou de la soumission. Le mécanisme APA vise donc à établir un juste équilibre entre les prétentions des différentes Parties en présence (communautés, États, secteur privé). L'utilisation du terme «préalable» marque la prise en considération de l'importance qu'il y a à accorder du temps aux populations locales et autochtones pour leur permettre d'examiner pleinement les propositions dans les délais fixés pour parvenir à un consensus. Il met également l'accent sur l'étendue et la solidité des connaissances dont les peuples des forêts sont dépositaires en matière de gestion et de conservation de la biodiversité. Ainsi, les décisions, en particulier celles qui concernent des investissements importants en matière de développement, doivent être prises après discussion avec ces groupes.

Le consentement préalable donné en connaissance de cause permet de s'assurer que l'engagement des communautés locales et autochtones à faire, à donner ou à recevoir quelque chose a été bien compris dans leurs langues maternelles.²⁶⁹ Il s'agit de s'assurer que la portée de leur engagement a été bien mesurée, d'une part, et que les communautés autochtones et locales ont bénéficié des techniques, capacités ou ressources nécessaires pour comprendre ou décider sur les options en présence, d'autre part.

Toutefois, l'accès aux ressources génétiques, tel que défini par l'article 6 §2 semble limiter le consentement des communautés locales et autochtones à une condition essentielle : « Les communautés doivent avoir un droit établi pour accorder l'accès à ces ressources ». Cette condition fait primer les droits souverains des États sur leurs ressources naturelles et rejoint les termes de l'article 15 de la CDB : « étant donné que les États ont des droits souverains sur leurs ressources naturelles, le pouvoir de déterminer l'accès aux ressources génétiques appartient aux gouvernements et est régi par la législation nationale ».

²⁶⁸ Hugues Helio, « Le Protocole de Nagoya », in *Changements environnementaux globaux et droits de l'homme*, Bruylant 2012, p. 584-587.

²⁶⁹ L'article 6 du Protocole de Nagoya identifie un certain nombre de mesures qui peuvent garantir un engagement effectif des communautés locales et autochtones. Il s'agit, entre autres, de l'obligation faite aux États d'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 (article 6 §f). L'article 6 de la Convention n°169 de l'OIT prévoit également un ensemble de mécanismes pour assurer une participation effective des populations autochtones.



Cette condition soulève également l'épineuse question de l'accès à l'espace terre qui est une source permanente de conflits et qui n'a pas été prise en compte dans le Protocole de Nagoya. En effet, les législations nationales en matière foncière ne tiennent pas compte des règles coutumières régissant l'accès aux ressources biologiques qui sont souvent mieux connues et respectées par les communautés que les mesures statutaires. Si la question semble se poser de manière plus aigüe pour les communautés autochtones, elle n'intéresse pas moins les communautés locales. Toutes ces populations de forêts ou des montagnes ont besoin d'accéder à leurs territoires pour exercer des rites nécessaires à la survie de leurs cultures. En outre, l'agriculture est de plus en plus pratiquée par certaines populations qui aspirent à une plus grande sédentarisation. Mais, les terres ne sont pas toujours disponibles. Or la survie des cultures propres aux peuples autochtones dépend de leur libre accès à leur territoire²⁷⁰.

L'article 6 § 3 alinéa a semble atténuer cette limite en demandant aux États Parties, de prendre un ensemble de mesures pour garantir les intérêts des communautés en l'occurrence, des mesures législatives ou réglementaires claires et transparentes, nécessaires à la garantie de la sécurité juridique. Toutefois, le mécanisme APA ne peut atteindre l'objectif de justice sociale visée, que si le consentement préalable donné en connaissance de cause à l'accès de ressources biologiques est assujéti, non seulement aux lois statutaires mais aussi fondé sur les lois coutumières des populations locales et autochtones. Par conséquent, les législations/stratégies APA en cours d'élaboration dans les pays étudiés, doivent prendre en compte les modes d'appropriation coutumière de la biodiversité en y intégrant une « clause de préférence coutumière²⁷¹».

2.1.2 Le consentement préalable à l'utilisation de leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques de leur environnement

Les développements récents montrent que les communautés locales et autochtones participent davantage à la formulation de plusieurs projets/programmes qui touchent à leur milieu de vie. Car, les conditions de financement de certains bailleurs de fonds (Banque mondiale, Union européenne..) exigent l'implication active de la société civile (communautés locales et autochtones, organisations non gouvernementales, universitaires, associations de femmes etc.). Cependant, les communautés locales et autochtones contribuent encore très peu aux processus politiques concernant la gestion et la conservation de la biodiversité.

S'agissant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, l'article 7 du Protocole de Nagoya, semble accorder des prérogatives plus solides aux communautés locales et autochtones. Il affirme que les connaissances traditionnelles relèvent du patrimoine juridique de ces populations, et par conséquent, elles ne peuvent pas être cédées sans leur accord et leur participation. Il met donc des obligations à la charge des États pour favoriser l'accès aux ressources génétiques par les communautés locales et

270 Frédéric Deroche, «Émergence d'un système de protection du rapport à la terre et aux ressources naturelles des peuples autochtones », in Changements environnementaux globaux et droits de l'homme, Bruylant 2012, p.513.

271 Directives sous-régionales sur la participation des populations locales et autochtones et des ONG à la gestion durable des Forêts d'Afrique Centrale Directive 2 : Reconnaissance des modes d'appropriation coutumière des ressources forestières. Action prioritaire n° 1.2.3.

autochtones, en insistant sur leurs lois et protocoles coutumiers (article 12). Ainsi, les États parties doivent appuyer l'élaboration des conditions minimales pour la négociation par les communautés concernées, y compris les femmes, des clauses contractuelles modèles pour le partage des avantages découlant des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. L'expression du consentement des communautés locales et autochtones ne doit pas non plus relever d'un simple contrat d'adhésion ou s'apparenter à un simple droit de négocier. Même si l'article 5.2 du Protocole de Nagoya semble affaiblir la portée de l'engagement des États en indiquant que : « *chaque Partie prend des mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon qu'il convient...*²⁷² ».

Concernant les communautés mobiles qui ne sont pas sédentarisées, on peut lire positivement l'article 12 car en obligeant les États à prendre en compte les protocoles coutumiers et procédures pour tout ce qui concerne les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, ce texte valide l'existence des institutions communautaires de ces communautés. Le consentement préalable de ces communautés sera recherché, donc, auprès de leurs institutions communautaires.

2.2. Une prise en compte insuffisante du droit des communautés locales et autochtones au partage juste et équitable des avantages

Plusieurs pays africains par les mécanismes tels que les cahiers de charges contractuelles, les forêts communautaires, la redevance forestière annuelle, les aires protégées, ont mis en place des systèmes de partage de bénéfices issus de l'exploitation des ressources forestières. Toutefois, ce partage des avantages ne concerne pas les bénéfices issus de l'utilisation des ressources génétiques associées aux connaissances traditionnelles. Il faut cependant relever que la loi-cadre n° 98-56 du 29 décembre 1998 relative à la gestion de l'environnement au Niger prévoit en son article 6 que : « *l'État prend les mesures législatives et réglementaires appropriées en vue d'assurer un partage équitable des résultats de la recherche sur les ressources génétiques* ».

L'objectif à court terme du Protocole de Nagoya est « le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des technologies pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux technologies et grâce à un financement adéquat, contribuant ainsi à la conservation de la diversité biologique et à l'utilisation durable de ses éléments constitutifs²⁷³ ».

272 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 (article 5.2. Protocole de Nagoya).

273 La Convention sur la diversité biologique (1992) en son article 1 prévoit « *Le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des techniques pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux techniques, et grâce à un financement adéquat* ».

Le principe du partage juste et équitable des avantages dans l'APA peut se résumer comme suit : l'accès aux ressources génétiques doit être réglementé aussi bien par les droits souverains de l'État d'origine (articles 15, § 1, CDB et 5, § 1, protocole APA) que par les droits des communautés locales et autochtones (articles 8 CDB et 5, § 2, protocole APA). L'exigence posée par l'APA tient compte du rôle de gardiens de la diversité biologique joué par les communautés locales et autochtones et leurs droits fondés sur les connaissances traditionnelles associés aux ressources génétiques dont elles sont dépositaires. Parmi les avantages on peut citer les avantages monétaires et non monétaires, les bénéfices tirés des utilisations brevetées, les transferts de technologies.

S'agissant des avantages monétaires, les ressources génétiques sont utiles pour les industries agroalimentaires, pharmaceutiques et cosmétiques et plus globalement pour la recherche scientifique. Les espèces végétales des zones arides produisent des composés présentant un intérêt commercial et qui aident les végétaux à s'adapter aux conditions environnementales. La médecine traditionnelle, par exemple, représente la première source de soins de santé pour environ 80 % de la population dans les pays en développement²⁷⁴. Les médicaments modernes dérivent des plantes utilisées tout d'abord en médecine traditionnelle et des divers usages qu'en font les populations indigènes et traditionnelles. Ainsi, les connaissances traditionnelles fournies par les communautés locales et autochtones aident souvent les scientifiques à collecter les ressources biologiques utiles à la mise au point de nouveaux médicaments, vendus par la suite en pharmacie. Toutefois, les espoirs de bénéfices économiques sont le plus souvent déçus.²⁷⁵

L'accès aux ressources ne garantit pas, par le fait même, l'élaboration d'un produit ni l'obtention d'un profit. Toutefois, pour répondre à la logique de justice sociale et d'équité prônée par la CDB et le Protocole de Nagoya, la formulation des législations nationales à la lumière du mécanisme APA (articles 5, 6 et 7) doit tenir compte des relations équitables. La loi doit donner des bases solides à des droits dont seraient titulaires les communautés locales et autochtones, par le biais des contrats par exemple, en encadrant certaines pratiques de collectes et de prélèvements. Il s'agit de construire un cadre juridique qui déterminerait à l'avance les règles de conduite, les procédures de négociation et les principes de partage (obligation d'accorder une rétribution en cas de bénéfices économiques, restitution des connaissances etc.)

Le Protocole n'envisage pas, exclusivement, la question du partage des avantages tirés de l'exploitation des ressources génétiques d'un point de vue monétaire. Les avantages non monétaires peuvent comprendre de manière non limitative: le partage des résultats de la recherche d'une entreprise du Nord avec un institut du Sud; la collaboration, la coopération et/ou la contribution à l'éducation et à la formation; le transfert de technologies ; le renforcement des capacités institutionnelles etc.

274 Rapport de la situation sur la décennie de la médecine traditionnelle dans la région africaine, AFR/RC61/PR/2, 5 juillet 2011, p.1

275 Geoffroy Filoche, « Les savoirs traditionnels en Guyane : façade juridique et vices cachés d'un régime de partage équitable de la biodiversité », in *Equité et environnement*, Larcier 2012, p. 436.

2.3. APA et protection des connaissances traditionnelles des communautés locales et autochtones : un défi permanent.

L'importance de la protection des savoirs, innovations et pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales n'est plus à démontrer. Très peu de pays africains ont mis en place des cadres juridiques étendus afin de protéger leurs connaissances traditionnelles. Le mécanisme APA vise également à prévenir l'appropriation illicite de ces connaissances. Il est nécessaire d'assurer une protection efficace de ces connaissances, il faudrait, au préalable, les inventorier.

S'agissant de l'identification des connaissances traditionnelles, un inventaire multi-ressources des connaissances que les communautés locales et autochtones consentiront à divulguer, sous forme d'une base de données accessible à tous, sur la biodiversité animale, végétale, halieutique et terrestre, est indispensable. Par exemple, en matière de biodiversité animale, les connaissances et méthodologies qui accompagnent les systèmes d'élevage peuvent associer les savoir-faire traditionnels (totems, tabous etc...). En matière de biodiversité végétale, également, les savoir-faire traditionnels pourraient être identifiés au niveau des procédés d'extraction, les voies d'assimilation, les modes de transmission etc. Ces inventaires fourniront des renseignements sur la valeur des connaissances traditionnelles et sur celle des ressources génétiques. Ainsi, la protection contre le piratage ou l'utilisation non autorisée de ces connaissances serait plus efficace car les cadres politiques et juridiques seront établis à partir d'éléments concrets.

Il faut d'emblée relever qu'il est difficile de protéger les connaissances traditionnelles avec un seul système de lois. Toutefois, le système de la propriété intellectuelle ne semble pas être adapté, car il ne reconnaît pas la propriété collective des pratiques et savoirs transmis de génération en génération. Certains types de reconnaissance peuvent être l'apanage de certains individus ou sous-groupes à l'intérieur d'une communauté. Il faudrait donc inventer de nouvelles formes spécialement adaptées aux connaissances traditionnelles, à l'instar du modèle de Community Intellectual Rights proposé par le Third World Network.²⁷⁶ Le débat semble sans fin.²⁷⁷ L'indication géographique, au même titre que la spécificité territoriale apparaissent aussi comme des éléments importants à prendre en considération.

Le mécanisme APA du Protocole de Nagoya, en adaptant une approche patrimoniale des connaissances traditionnelles, semble organiser leur protection par le biais des droits de propriété intellectuelle (article 12). Par la reconnaissance des droits des communautés locales et autochtones, il oblige les États à un certain nombre d'actions. Ainsi, les pays doivent prendre des mesures administratives et législatives pour protéger les connaissances traditionnelles et par ricochet, les droits des communautés locales et autochtones. Les mesures (lois et

276 Gurdial Singh Nijar, in « Defense of Local Community Knowledge and Biodiversity: A Conceptual Framework and the Essential Elements of a Rights Regime », Penang, Third World Network, 1996, p. 56 à 62, cité par Jean-Frédéric Morin, « Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets : la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle », *Droit et Société* 58/2004, p.13.

277 Jean-Frédéric Morin, « Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets : la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle », *Droit et Société* 58/2004, p.12.

politiques) à adopter devraient s'insérer dans un cadre fondé sur les droits et sur le principe du consentement préalable et informé, doublé du droit de refuser. Toutefois, une grande liberté étant laissée aux États, les communautés locales et autochtones risquent de ne pas voir leurs droits protégés. En outre, la «transformation» que subit la ressource de son point de départ à son point d'arrivée, ne facilite pas son contrôle. Pour lutter contre la biopiraterie, l'article 18 du Protocole de Nagoya préconise un règlement d'ordre privé. Mais, compte tenu de l'insuffisance des capacités et des moyens financiers, des conditions difficiles d'accès à la justice en Afrique, un règlement international sur le modèle de la Convention d'Aarhus pourrait être envisagé pour protéger les droits des communautés locales et autochtones. Les communautés locales et autochtones n'hésitent plus à saisir la justice²⁷⁸ pour obtenir réparation lorsqu'un produit commercial, dérivé de leurs connaissances traditionnelles n'a pas obtenu leur consentement préalable et donné en connaissance de cause.

Au vu de l'analyse du mécanisme APA, il ressort qu'il y'a des acquis et des insuffisances par rapport à la prise en compte des droits des communautés locales et autochtones. Le Protocole de Nagoya, par exemple, étant un traité international entre États souverains, les principales mesures de portée obligatoire prises en faveur des communautés locales et autochtones, s'apparentent plus à des déclarations d'intentions qu'à de véritables engagements contraignants pour les États. Ces mesures visent à sensibiliser le public et l'opinion, à l'importance des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles. Les accords d'accès aux ressources et le partage des avantages, y compris ceux qui prévoient la participation des communautés locales et autochtones, renvoient au droit interne des États. En définitive, c'est la loi interne des États qui va régir l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui sont retirés de l'exploitation de celles-ci. Il serait donc nécessaire que les normes juridiques à adopter soient dotées des modalités efficaces de leur respect. Cependant, le Protocole de Nagoya invite les États parties, à ne pas prendre des mesures qui aboutiraient à entraver ou à diminuer les droits des communautés locales et autochtones, tels qu'ils sont reconnus au niveau international. Le Protocole invite, donc, les États Parties à respecter «le principe de non régression²⁷⁹». Comme en droit international de l'environnement où le rôle de la société civile comme acteur est désormais acquis, plusieurs textes nationaux²⁸⁰ reconnaissent le rôle important que joue la société civile pour l'obtention des réparations des dommages et préjudices causés à l'environnement des populations. La société civile africaine devrait se saisir de cette opportunité pour s'assurer que les différentes stratégies et lois APA en cours d'élaboration prennent en compte les droits des communautés locales et autochtones en lien avec leurs connaissances traditionnelles.

278 Voir en ce sens la jurisprudence sur la révocation de brevets de l'Office européen des brevets.

279 Michel Prieur, « De l'urgente nécessité de reconnaître le principe de « non régression » en droit de l'environnement », in *Équité et environnement quel (s) modèle (s) de justice environnementale*, Larcier 2012, p. 71- 93 ;

280 Cameroun, *Loi n°96/12 du 5 août 1996 portant loi-cadre relative à la gestion de l'environnement (article 8)*; Gabon, *Loi n°16/93, 26 août 1993 relative à la protection et à l'amélioration de l'environnement (article 82)*; Burkina Faso, *Loi n°006-2013/AN portant code de l'environnement (article 112)*, RDC, *Loi n°011/2002 du 29 août 2002 portant code forestier (article 134)* et *Loi N°11/009 du 09 juillet 2011 portant principes fondamentaux relatifs à la protection de l'environnement, (art.46)*.

BIBLIOGRAPHIE

Alliance Internationale des Peuples Autochtones et Tribaux des Forêts Tropicales, Notre savoir, c'est notre survie. Rapport sur les études de cas régionales sur la mise en œuvre des engagements internationaux touchant les Connaissances traditionnelles dans le domaine des forêts (DTDF), Volume I, décembre 2004.

COURNIL Christel et COLARD FABREGOULE Catherine, (coord.), Changements environnementaux globaux et droits de l'homme, Bruylant 2012, 648 p.

Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore Vingt-quatrième session Genève, 22–26 avril 2013, WIPO/GRTKF/IC/24/INF/7, 55 p,

DOSSO-YOYO Bonaventure, Rapport de l'étude sur l'accès aux ressources génétiques et de partage des avantages, Coalition pour la Protection du Patrimoine génétique africain, septembre 2010, 17 p.

DROSS William, (coord), Le végétal saisi par le droit, Bruylant 2012, 269 p.

FALQUE Max, LAMOTTE Henri, (dir), Biodiversité, droits de propriété, économie et environnement, VIII^e conférence internationale, Université Aix-Marseille, 17-18-19 juin 2010, Bruylant 2012, 583 p.

MICHELOT Agnès, (dir.), Equité et environnement quel (s) modèle (s) de justice environnementale, Larcier 2012 478 p.

MORIN Jean-Frédéric, Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets : la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle, Droit et Société 58/2004, 21 p.

OTT DUCLAUX-MONTEIL Cécile, Exploitation forestière et droits des populations en Afrique Centrale, l'Harmattan, 2011, 434 p.

PRIEUR Michel, DOUMBE-BILLE Stéphane, Droit de l'environnement et développement durable, Pulim 1994, 352 p.

SAMBUC Henri-Philippe, La protection internationale des savoirs traditionnels la nouvelle frontière de la propriété intellectuelle, l'harmattan 2003, 296 p.
www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo.../wipo_grtkf_ic_24_inf_7.pdf

WYNBERG Rachel, avec des études de cas par GARANE Amidou, NASSER Walid et HAIDAR Linda, Accès à la biodiversité et partage des avantages dans des pays arides à endémisme élevé et à diversité faible , Janvier 2004, 29 p.

WYNBERG Rachel, "Rhetoric, Realism and Benefit Sharing: Use of Traditional Knowledge of Hoodia Species in the Development of an Appetite Suppressant". Journal of World Intellectual Property, November, 2004, Vol 7, n°. 6, p. 851-876.





TROISIÈME PARTIE

MISE EN ŒUVRE DE L'APA AU NIVEAU NATIONAL





ENJEUX ET DÉFIS POUR LA MISE EN PLACE DU DISPOSITIF APA À MADAGASCAR : LES DROITS LOCAUX ET LES CONTRATS DE BIOPROSPECTION

Harinirina Saholy RAMBININTSAOTRA et Guy RABARISON

Résumé

L'adoption du Protocole de Nagoya constitue une étape essentielle dans la régulation et l'utilisation appropriée des ressources génétiques et connaissances traditionnelles. Sa mise en œuvre est cependant problématique. A Madagascar, pays qui a ratifié le Protocole, l'absence de cadre juridique, encore moins de feuille de route selon le dispositif d'APA, illustre les enjeux au niveau national et régional et souligne les défis à relever. Des conflits d'autorité et de responsabilité entre départements ministériels et collectivités territoriales décentralisées sont apparus quant à l'identification de l'autorité nationale compétente (ANC). La création d'un organisme ad hoc indépendant a été proposée. La reconnaissance des droits des communautés locales détentrices de droits d'usage et des connaissances traditionnelles liés aux ressources transférées reste aussi un problème car même leur identification n'est pas assurée. La loi sur le transfert de gestion locale des ressources naturelles renouvelables dite loi GELOSE, et le projet de refonte de l'ordonnance n° 89-019 instituant un régime pour la protection de la propriété industrielle à Madagascar, pourraient apporter des éléments de réponse, mais pour cela, la volonté politique de mettre en place un dispositif d'APA doit se manifester de manière plus ferme. L'exemple du contrat de bioprospection entre la partie malgache et les partenaires étrangers du projet « International Cooperative Biodiversity Group » ou ICBG montre que l'inégalité des rapports de force et la non consultation d'acteurs nationaux importants rendent illusoire l'équité des échanges. Il est en particulier difficile d'évaluer si les efforts fournis pour la conservation de la biodiversité par les divers acteurs du contrat sont comparables, à ceux alloués à la recherche finalisée pour la production de nouveaux médicaments ou produits agronomiques.

Mots clés : Accès aux ressources biologiques; droits locaux; contrats de bioprospection; équité des échanges.

Abstracts

The adoption of the Nagoya Protocol is an essential step in the regulation and the appropriated use of genetic resources and traditional knowledge. However, its implementation seems problematic. In Madagascar, which has ratified the Protocol, the absence of legal framework, even a waybill according to the APA, illustrates the stakes at the national and regional level and underlines the challenges to take up. Authority and responsibility conflicts between ministerial departments and decentralized territorial collectivities appeared as for the identification of the Competent National Authority (CNA). The creation of an independent ad hoc organism has been proposed. The recognition of local communities' rights of use and the traditional knowledge on the transferred resources remained also a problem. As far as that goes, their identification is not assured. The law on the transfer of local management of natural renewable resources, called GELOSE Law, and the reform project of the Decree n° 89-

019 establishing a regime for the protection of the industrial property in Madagascar could bring some responses, but for that, the political willingness to set up an APA plan must appear in a stronger manner. The example of the bioprospection contract between the Malagasy part and the foreign partners of the project "International Cooperative Biodiversity Group" called ICBG shows that the inequality of the balance of power and the non-consultation of important national stakeholders make illusory the fairness of the exchanges. Indeed, it is particularly difficult to assess if the efforts provided for the conservation of biodiversity, by the various actors of the contract are comparable to those allocated to the finalized research for the production of new medicines or agronomic products.

Key words: Access to biological resources; local right; bio prospection contract; fairness of exchanges.

Introduction

Depuis des siècles, des grandes industries pharmaceutiques, cosmétiques ou agricoles ont transféré et échangé des ressources biologiques. Les produits issus de ces ressources, qui sont généralement inspirés des techniques et savoirs des communautés locales, étaient libres d'accès²⁸¹. Ces entreprises continuent de parcourir le monde en quête de ressources génétiques de base encore inexploitées, soit en vue de la recherche scientifique, soit pour le développement et la commercialisation de produits pharmaceutiques, agricoles, horticoles, à base d'herbes médicinales, industriels et autres. Cependant, les bénéfices tirés de l'exploitation de ces ressources ne sont pas souvent partagés, de façon convenable, avec les pays fournisseurs, et particulièrement avec les détenteurs des connaissances traditionnelles liées à l'accès à ces ressources²⁸². La Convention sur la diversité biologique (CDB) constitue un cadre permettant de réguler la collecte et l'utilisation inappropriée de ces ressources génétiques, et offre des opportunités à cet égard. En effet, les principaux objectifs de ce traité, tels que définis dans son article premier, sont «la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques». Toutefois, cette Convention ne propose pas de conditions ou d'interprétations particulières nécessaires à l'application de l'accès et de partage des avantages. Elle reste également floue sur les mécanismes juridiques conventionnels existants à utiliser pour y parvenir²⁸³. C'est ainsi que l'adoption du Protocole de Nagoya sur l'Accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, relatif à la convention sur la diversité biologique (ci-après le «Protocole de Nagoya»), lors de la dixième conférence des

281 David J. Newman and Gordon M. Cragg, "Natural Products as Sources of New Drugs over the 30 Years from 1981 to 2010", *Journal of Natural Products*, 75 (3), 2012. pp. 311 – 335.

282 Costes Cyril, « La biopiraterie, les savoirs traditionnels et le droit », *IKEWAN* n°67, janvier-février-mars 2008, pp. 3-7.

283 Tvedt Morten Walloe et Young Tomme, « Au-delà de l'accès : l'application du partage juste et équitable des avantages en vertu de la CDB », *UICN- Droit et politique de l'environnement* n°67/2. http://cmsdata.iucn.org/downloads/abs_67_2_fr.pdf.



Parties à la CDB, constitue une étape essentielle dans cet objectif. Ce Protocole offre aux Parties un cadre contraignant, internationalement reconnu, pour l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation. Selon ce texte, le partage des avantages doit être garanti par un consentement préalable en connaissance de cause et des conditions convenues d'un commun accord. Des avantages monétaires et non monétaires sont suggérés. Il couvre non seulement les ressources génétiques mais également leurs dérivés, qui, à l'heure actuelle, sont plus fréquemment la source des avantages²⁸⁴. Ce nouveau Protocole offre de nouvelles perspectives pour la recherche axée sur la nature. Il convient également de souligner qu'à la différence de la CDB, les termes du Protocole semblent beaucoup plus précis, quant à la nécessité de promulguer un cadre juridique spécifique à l'accès et au partage des avantages et ce, afin d'obliger les utilisateurs potentiels de ressources génétiques à solliciter le « consentement préalable donné en connaissance de cause » du pays qui fournit les ressources génétiques²⁸⁵.

Le Protocole de Nagoya est entré en vigueur le 12 octobre 2014²⁸⁶. Pour être plus efficace, il nécessite encore un cadre juridique de mise en œuvre nationale clair. Cette initiative présente à la fois une opportunité et des défis importants. Comme la biodiversité et les écosystèmes fournissent des biens et services qui soutiennent la vie humaine, le nouveau Protocole offre, en premier lieu, de nouvelles perspectives de valorisation économique de la biodiversité²⁸⁷. Toutefois, la fixation d'une valeur n'implique pas l'ouverture d'un libre marché²⁸⁸.

284 E. Morger, M. Buck, E. Tsioumani, "Access and Benefit Sharing: The Nagoya Protocol". *Environmental Policy and Law*, 40(6), 2010, pp 288-393A.

285 Gurdial Singh Nijar, « Le Protocole de Nagoya sur l'APA : analyse et mise en œuvre des options s'offrant aux pays en développement », *Document de recherche n° 36 - mars 2011*, 57 p.

286 Conformément au paragraphe 1 de l'article 33 le Protocole de Nagoya, celui-ci « entre en vigueur le quatre-vingt-dixième jour suivant la date de dépôt du cinquantième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, par les États ou les organisations régionales d'intégration économique qui sont Parties à la Convention ». Cinquante et une Parties à la CDB avaient déposé leur instrument de ratification le 14 juillet 2014, celui-ci est donc entré en vigueur le 12 octobre 2014. Le Protocole n'est plus ouvert à la signature depuis le 1er février 2012. Cela ne veut pas dire que les États ayant laissé passer ce délai mais qui toutefois désirent en faire partie, en sont exclus. Une adhésion est toujours possible, mais le texte devient contraignant pour l'État dès sa signature. Enfin, le texte ne devient opposable aux signataires que lorsque le « quota » de ratification précisé par le texte lui-même est atteint. Cf <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/factsheets/factsheet-ratification-fr.pdf>

287 R.P. Borris, « Natural products research: perspectives from a major pharmaceutical company », *Journal of Ethnopharmacology*, Vol 51, 1 avril 1996, pp.29-38 ; B. Chevassus-Au-Louis (dir.), *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes. Contribution à la décision publique. Rapport et document*, Centre d'Analyse Stratégique, Association pour la diffusion de la pensée française, Ministère des Affaires étrangères, p.192-223, 2009. <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000203/0000.pdf> ; R. Billé, Y. Laurans, L. Mermet, R. Pirard, A. Rankovic. « A quoi servent les évaluations économiques de la biodiversité ? » *Revue Ecorev*, n°38, *Quelle(s) valeur(s) pour la biodiversité?* Décembre 2011, pp.48-54.

288 Commissariat général au développement durable, « Donner une valeur à l'environnement : la monétarisation, un exercice délicat mais nécessaire ». *La revue du CGDD*, décembre 2010.

Les échanges éventuels devront impérativement être régulés²⁸⁹, et c'est un des apports principaux du Protocole de Nagoya. Ce traité permet en outre une plus grande sécurité juridique et davantage de transparence tant pour les fournisseurs que pour les utilisateurs des ressources génétiques. Pour les fournisseurs, il permet, d'une part, d'assurer le partage des avantages après que les ressources aient quitté le pays, et d'autre part, de prévenir l'appropriation illicite des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles qui s'y rapportent. Pour les utilisateurs, il constitue un cadre permettant d'offrir des procédures claires d'accès aux ressources génétiques. Par ailleurs, il permet de garantir que seules des ressources génétiques acquises légalement sont utilisées dans la juridiction des États. Enfin, un partage juste et équitable des avantages résultant de l'exploitation des ressources génétiques peut contribuer au développement durable et à la conservation de la biodiversité. Jean Frédéric Morin avance à ce propos que ce partage des avantages peut contribuer à la conservation des ressources génétiques pour trois raisons : « D'abord, on suppose que les fonds versés aux fournisseurs seront réinvestis dans la conservation. Ensuite, on espère que les utilisateurs transféreront également des technologies et que ces technologies pourront servir à la conservation. Enfin, on présume que les fournisseurs seront incités à conserver leurs ressources pour pouvoir les vendre à d'éventuels utilisateurs²⁹⁰».

À côté de ces opportunités, et compte tenu de son caractère complexe, la mise en œuvre au niveau national de ce nouveau traité présente également un défi et des enjeux importants. En l'état actuel, très peu de pays ont adopté des mesures nationales spécifiques à l'APA²⁹¹. La mise œuvre de ce dispositif nécessite la résolution de plusieurs questions. D'une part, tous les acteurs impliqués dans les diverses étapes de la mise en œuvre du processus APA doivent être identifiés (incluant les instituts de recherches, les départements ministériels concernés par les ressources, les fournisseurs des ressources, les communautés locales, etc.). Ces différents acteurs, ayant chacun des points de vue et des intérêts différents et parfois divergents pour l'utilisation de cette nouvelle rente, un enjeu important sera de coordonner ceux-ci, afin de ne pas décourager l'utilisateur des ressources. Par ailleurs, le traité prévoit deux situations dans lesquelles les parties doivent prendre des mesures relatives aux communautés autochtones et locales. La première concerne l'accès aux ressources génétiques (article 6 paragraphe 2) et la seconde, l'accès aux connaissances traditionnelles des communautés autochtones et locales associées aux ressources génétiques (article 7). La détermination des populations directement concernées par l'accès n'est pas facile. Des questions se posent aussi sur les modalités de respect des droits de ces populations lors de l'accès aux ressources. Est-ce que celles-ci sont placées sur le même pied que les autres parties au contrat de bioprospection, notamment les utilisateurs, les intermédiaires et les fournisseurs de ressources génétiques ?

289 A. Rambaud et L. Roy, «Comment valoriser la biodiversité : de l'insuffisance des méthodes actuelles aux réponses proposées par l'Ecologie Politique, Quelle(s) valeur(s) pour la biodiversité ?» *Revue Ecorev*, n° 38, Décembre 2011, pp.24-30.

290 Jean-Frédéric Morin, «La divulgation de l'origine des ressources génétiques : Une contribution du droit des brevets au développement durable». *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*, vol 17, no 1, 2005, pp131-147.

291 Cf. la liste des États ayant adopté des mesures d'APA sur <http://www.cbd.int/abs/measures/groups.shtml>. Le « Biodiscovery Act » (loi sur la biodiversité) de 2004 de l'Australie est considéré par le gouvernement comme un mécanisme efficace pour le dispositif APA. En ce sens, Cf. Cabrera Medaglia, Jorge et López Silva, Christian (2008). «Répondre aux problèmes de l'accès aux ressources génétiques: protection des sources et certitude pour les utilisateurs », UICN, Gland, Suisse. xv + 81 p. Disponible sur http://cmsdata.iucn.org/downloads/eplp_67_1_fr.pdf.



D'autre part, les difficultés liées au problème de l'équité dans la répartition des avantages entre les acteurs nationaux (communautés locales, État, institut de recherche ou entreprise) et les utilisateurs des ressources, lors de la conclusion du contrat de bioprospection représentent aussi un défi.

Afin de répondre à toutes ces questions, le cas de Madagascar, en tant que pays « mégadivers ²⁹² » et fournisseurs de ressources génétiques, va servir d'illustration.

Dans la première partie de cette étude, les principales contraintes liées à l'intervention des différents acteurs impliqués dans le dispositif APA pour sa mise en œuvre pratique vont être présentées. Par la suite, les inégalités du rapport de force entre la population locale, le fournisseur et l'utilisateur dans la négociation du contrat de bioprospection vont être exposées.

1. Portée et limites du dispositif d'accès et de partage des avantages

Bien qu'il ait ratifié le Protocole de Nagoya, Madagascar ne dispose pas de feuille de route, ni de cadre juridique précis qui régleme les conditions de collecte des ressources biologiques. En conséquence, l'obligation pour les utilisateurs de soumettre l'accès aux ressources génétiques de Madagascar au consentement préalable et de tirer une part juste et équitable des résultats de la recherche et de leur mise en valeur, n'est pas encore bien déterminée. Ce manque de mesures cause une incertitude juridique, qui limite le désir d'éventuels utilisateurs de ressources génétiques à rechercher et à négocier des accords d'accès et de partage des avantages. De même, il limite le désir des différentes instances concernées par les ressources génétiques à savoir, les organismes gouvernementaux, communautés locales, guérisseurs traditionnels, chasseurs, agriculteurs, éleveurs, etc., de s'engager dans des négociations portant sur l'APA.

Certes, un projet de loi sur l'APA est en préparation depuis une dizaine d'années, toutefois, la raison d'être de ce texte a peut-être été mal comprise car, il n'a pas encore fait l'objet d'examen par les décideurs politiques. Ce projet, initié en 2002, a fait depuis l'objet de plusieurs refontes. Récemment, des éléments du Protocole de Nagoya ont été intégrés dans ce projet de texte. Des validations au niveau des trois régions concernées ont été effectuées, avant la validation nationale en 2013. Ces validations ont été faites avec la participation des différents départements ministériels concernés par l'accès aux ressources biologiques, les collectivités décentralisées, ainsi que des instituts de recherches privés et des organisations non gouvernementales. Un des problèmes constatés lors de ces validations est la tendance vers la lourdeur des procédures administratives par l'exigence de désignation d'une autorité régionale compétente.

292 Le concept « de pays de mégadiversité » a été proposé pour la première fois en 1988 à la Conférence sur la biodiversité, tenue à Washington. Ce concept qui examine les priorités de la préservation de la biodiversité mondiale, a pour postulat que seule une petite poignée de pays rassemble la majeure partie de la vie sur terre (terrestre et aquatique, qu'elle soit en eau douce ou en eau de mer). Pour être qualifié de mégadivers, un pays doit abriter au moins 1% (3000) des quelques 300 000 espèces de plantes vasculaires endémiques du monde. Ensemble, les pays mégadivers détiennent au moins les deux tiers, et probablement environ les trois quarts, de toute la biodiversité. In Annuaire du développement durable, 2008.

1.1 Difficultés liées à l'institution de l'autorité nationale compétente

L'article 13 du Protocole de Nagoya, oblige chaque Partie à désigner au moins une autorité nationale compétente sur l'APA. Cette autorité assure la procédure d'APA et délivre l'autorisation d'accès et d'utilisation (permis ou équivalent), preuve écrite indiquant que les conditions d'accès ont été remplies. Outre son rôle technique de traitement des demandes d'accès, cette autorité devrait agir comme une entité régulatrice des relations entre les acteurs, afin de faciliter et favoriser la communication et la compréhension entre acteurs et ainsi établir le climat de confiance nécessaire, tout en disposant de moyens qui lui permettent de garantir le respect des principes et de la procédure d'APA.

Lors des validations aux niveaux nationaux et régionaux du projet de loi APA, quelques problèmes institutionnels sur le conflit d'autorité et de responsabilité ont été posés. Comme plusieurs entités sont impliquées dans le processus APA, des conflits et contradictions peuvent exister entre les intérêts et les attentes des différentes parties prenantes²⁹³. Ainsi, pendant la validation nationale, le rattachement de l'autorité nationale compétente auprès du ministère chargé de l'environnement a fait l'objet de débat. Le rôle de leadership politique de ce ministère par rapport à l'APA a été discuté. Ainsi, certains ministères comme celui chargé de la recherche scientifique et celui chargé des ressources halieutiques se sentent frustrés par rapport à leurs missions au sein de l'autorité nationale compétente. En effet, ils estiment ne pas avoir directement de pouvoir de décision au sein de cette instance.

Pour les validations au niveau régional, les collectivités territoriales décentralisées et les départements ministériels déconcentrés exigent l'institution d'une autorité compétente au niveau régional. Ce dernier devrait être composé de l'ensemble des départements ministériels déconcentrés, des autorités régionales, et des représentants des communautés locales. L'avis de l'autorité régionale devrait être obligatoire avant toute décision de l'autorité nationale compétente. Ce mécanisme risque, toutefois, d'alourdir la procédure de demande d'accès et de générer des coûts excessifs²⁹⁴. En effet, le dispositif APA est relativement complexe, des déficiences en capacités techniques et institutionnelles pour traiter la demande de consentement préalable en connaissance de cause aux niveaux administratif, juridique et technique peuvent se présenter. Cette absence de capacité se traduit, parfois, en manque de confiance²⁹⁵ et peut causer beaucoup de retard dans le traitement du dossier de demande, ce qui risque de décourager le bioprospecteur. Une procédure simple et flexible, capable de traiter les demandes au cas par cas, tout en évitant les excès de bureaucratie serait utile²⁹⁶.

293 Convention on Biological Diversity, « An Analysis of Existing National, Regional and International Legal Instruments Relating to Access and Benefit Sharing and Experience Gained in their Implementation, including Identification of Gaps. » Doc. UNEP/CBD/ WG-ABS/3/2, novembre 2004. Cabrera Medaglia et al, op. cit. p. 52.

294 Selon l'article 6-3-d- du Protocole de Nagoya, 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 : 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.

295 Fondation pour la Recherche sur la Biodiversité, « l'APA dans tous ses états, Des clés pour comprendre la biodiversité ». Fiche clé n° 2, décembre 2011. Disponible sur : http://www.cnrs.fr/inee/communication/actus/docs/Fiche_APA.pdf.

296 Thomas Greiber et al, « Guide explicatif du Protocole de Nagoya sur l'accès et le partage des avantages ». UICN – *Droit et politique de l'environnement* no 83. <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/EPLP-083-Fr.pdf>.



Pour remédier à cette lourdeur et au problème de confiance entre les différents acteurs, on peut s'inspirer de l'étude de faisabilité d'un dispositif APA en Outre-mer, élaborée par le Commissariat général au développement durable en France²⁹⁷ et l'adapter au contexte malgache. Dans ce cadre, la création d'un organisme ad hoc indépendant a été proposée. Les autorités composant cet organisme ont trois caractéristiques :

- ce sont des autorités avec un certain nombre de pouvoirs (recommandation, décision, réglementation, sanction) ;
- ce sont des organes administratifs qui agissent au nom de l'État avec certaines compétences déléguées (ex : pouvoir réglementaire) ;
- elles sont indépendantes des secteurs et des pouvoirs publics, leurs membres ne sont pas révocables.

La présentation de l'autorité compétente sous forme d'un organisme ad hoc, agissant comme guichet unique, semble plus approprié pour un pays économiquement pauvre comme Madagascar. En effet, tout en assurant la représentation des acteurs concernés, l'organisme ad hoc défend également l'indépendance des intérêts en présence. Il permet en outre, d'économiser du temps et de l'argent par la centralisation des procédures²⁹⁸.

1.2 Incertitudes et inquiétudes sur les droits des communautés locales concernées par l'APA

Pour la reconnaissance des droits des communautés locales et des détenteurs des connaissances traditionnelles liés à l'accès aux ressources génétiques, l'article 5 paragraphe 2 du Protocole de Nagoya précise que « Chaque Partie prend les mesures législatives, administratives ou de politique nécessaires, afin de s'assurer que les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques qui sont détenues par les communautés autochtones et locales, conformément au droit interne relatif aux droits établis de ces communautés autochtones et locales sur ces ressources génétiques, sont partagés de manière juste et équitable avec les communautés concernées conformément à des conditions convenues d'un commun accord ». Par ailleurs, dans son article 6.3.f, le Protocole énonce que les Parties sont tenues d'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, s'il y a lieu et conformément au droit interne. Ainsi, par cette dernière formulation, le Protocole semble, d'une part, ne pas obliger les Parties à obtenir le consentement préalable en connaissance de cause des communautés locales et autochtones, pour l'utilisation de leur connaissance traditionnelle. D'autre part, par le fait que le droit des communautés autochtones et locales doit être « établi » par le droit interne²⁹⁹, le Protocole semble affirmer que pour qu'ils soient reconnus, lesdits droits doivent être consacrés juridiquement par le droit interne. Ainsi, selon le Protocole de Nagoya,

297 Commissariat Général au Développement Durable. Pertinence et faisabilité de dispositifs d'accès et de partage des avantages en Outre-mer sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées. *Etudes et documents*, n° 48, Septembre 2011.

298 Ibid. p. 73 et suivant.

299 En ce sens, cf. Gurdial Singh Nijar, (2011), op. cit. où l'auteur explique la différence entre les pays de tradition common law terme « droit » inclut le droit écrit, la common law et les coutumes et usages. Ce qui n'est pas le cas pour les pays de droit civil « qui ne reconnaissent que la législation spécifiquement adoptée ».

les communautés locales peuvent se prévaloir du partage des avantages dans deux cas : l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dont elles sont détentrices (art. 7) et l'accès aux ressources génétiques, dans la mesure où elles ont le droit établi par la législation nationale d'accorder cet accès (art. 6).

Toutefois, pour la reconnaissance des droits locaux liés à l'accès aux ressources génétiques, la mise en œuvre effective nationale du dispositif APA rencontre un obstacle majeur. Il s'agit de l'absence de définition légale des communautés locales pouvant participer au dispositif d'APA. Cette carence touche aussi bien les détenteurs des connaissances traditionnelles liées aux ressources objet d'accès, que les communautés locales reconnues par la législation interne comme détenteurs des droits sur lesdites ressources. Ainsi, avant de traiter les problèmes de participation effective de ces deux communautés dans le dispositif APA, l'identification des communautés locales participantes au dispositif d'APA va être abordée en premier lieu.

1.3 Quid du droit des communautés locales à bénéficier des avantages

L'identification des communautés locales participants au dispositif d'APA est relativement complexe, et le droit malgache ne définit pas les communautés locales au sens de l'APA. Certes, dans le cadre de la loi sur le transfert de gestion locale des ressources naturelles renouvelables dite loi GELOSE³⁰⁰, la communauté de base chargée de gérer lesdites ressources est définie comme « un groupement volontaire d'individus unis par les mêmes intérêts et obéissant à des règles de vie commune. Elle regroupe selon le cas les habitants d'un hameau, d'un village ou d'un groupe de villages³⁰¹ ». Toutefois, cette définition ne fait aucune allusion sur le lien ou la dépendance desdites communautés avec les ressources naturelles et ne permet pas de reconnaître facilement les bénéficiaires du dispositif APA.

Dans ce cadre, les définitions données par les instruments internationaux peuvent servir d'inspiration. Selon OMPI 2013³⁰², la Convention sur la diversité biologique (1992) utilise l'expression "communautés autochtones et locales" eu égard aux communautés ayant un lien ancestral avec les terres et les eaux sur lesquelles elles ont traditionnellement vécu ou qu'elles ont traditionnellement utilisées³⁰³. En outre, une "communauté locale" peut être définie comme "la population humaine d'une zone écologique distincte qui dépend directement de sa biodiversité et de ses produits et services de l'écosystème pour l'intégralité ou une partie

300 Loi n° 96-025 du 30 septembre 1996 portant sur le transfert de gestion locale des ressources naturelles renouvelables (J.O.R.M. du 14.10.96 p. 2377).

301 Article 2 du Décret n° 2000-027 du 13 janvier 2000 relatif aux communautés de base chargées de la gestion locale des ressources naturelles renouvelables (J.O.R.M. 14/2/2000 du p. 1435-1441).

302 OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, « Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles », Vingt-quatrième session Genève, 22 – 26 avril 2013.

303 "The Concept of Local Communities", document d'information établi par le Secrétariat de l'Instance permanente sur les questions autochtones des Nations Unies en vue de l'atelier d'experts sur la désagrégation de données (document PFI/2004/WS.1/3/Add.1). Voir aussi le document UNEP/CBD/WS-CB/LAC/1/INF/5.



de ses moyens de subsistance et qui a mis au point ou acquis des savoirs traditionnels à la suite de cette dépendance, dont des agriculteurs, des pêcheurs, des pasteurs, des habitants des forêts et d'autres »³⁰⁴.

Par rapport à ces définitions données par les instruments internationaux et en s'inspirant des dispositifs du Protocole de Nagoya³⁰⁵, on peut distinguer, en l'état actuel du droit malgache, deux sortes de communautés locales concernées par le dispositif d'APA. D'une part, celles qui sont détentrices de connaissances traditionnelles associées à des ressources génétiques et, d'autre part, celles qui détiennent des droits établis sur les ressources objet d'accès. Il peut s'agir des populations qui peuvent se prévaloir du droit d'usage et celles qui sont instituées par la loi GELOSE et qui sont chargées de gérer les ressources naturelles renouvelables, objet de transfert de gestion locale.

Dans un premier temps, ce sont les limites du dispositif national par rapport aux droits des détenteurs des connaissances traditionnelles liées aux ressources objet d'accès qui vont être abordés.

1.4 Carence du dispositif national sur les droits des connaissances traditionnelles

Comme on l'a déjà énoncé précédemment, le Protocole de Nagoya, reconnaît les liens d'interdépendance entre les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques avec les communautés autochtones et locales. La participation de ces communautés au dispositif d'APA se justifie par les connaissances traditionnelles que celles-ci détiennent en matière environnementale, et qui assurent le maintien de la conservation de la diversité biologique³⁰⁶. Dans ce cadre, les accords d'accès prévoyant la participation des communautés autochtones et locales renvoient systématiquement au droit interne des États³⁰⁷.

Or, en l'état actuel du droit positif malgache, les droits des communautés locales et des connaissances traditionnelles associées ne font pas encore l'objet d'une reconnaissance juridique. De plus, «un lien juridique entre les communautés et les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dont elles sont détentrices est nécessaire, pour permettre la participation des communautés au dispositif d'APA³⁰⁸». Or, ce lien juridique fait défaut. En ce sens, l'ordonnance n° 89-019 instituant un régime pour la protection de la propriété

304 CDB, Development of Elements of Sui Generis Systems for the Protection of Traditional Knowledge, Innovations and Practices, UNEP/CBD/WG8J/4/INF/18, page 5. Cité par OMPI, op. cit.

305 Cf. art. 6 et 7 du Protocole de Nagoya

306 Fondation pour la Recherche sur la Biodiversité ; « Rapport d'étape 1 : Pertinence et faisabilité d'un dispositif d'accès et de partage des avantages en outre-mer, portant sur les ressources génétiques et connaissances traditionnelles associées » ; 2010 ; Groupe de travail ad-hoc sur l'accès et le partage des avantages de la CDB ; « Rapport de la réunion du groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages » ; UNEP/CBD/WG-ABS/8/2 ; 7 juillet 2009.

307 Nijar, G. S., op. cit. ; Costes Cyril, « La biopiraterie, les savoirs traditionnels et le droit », IKEWAN n°67, janvier-février-mars 2008, pp. 3-7.

308 Fondation pour la Recherche sur la Biodiversité op. cit.

industrielle à Madagascar et son texte d'application, ne contient aucune disposition sur les connaissances traditionnelles. Il fixe, selon des conditions communément établies, les demandes, l'octroi et la protection des brevets et des certificats d'auteurs d'inventions, de marques de fabrique ou de commerce, des dessins et des modèles industriels et des noms commerciaux. Ils assurent également la répression de la concurrence déloyale. Pour mieux intégrer le processus APA, ce texte fait actuellement l'objet d'un projet de refonte. Dans ce cadre, lorsque la demande de brevet concerne des ressources biologiques et/ou des connaissances traditionnelles associées, les demandeurs de brevet sont tenus de divulguer le nom du pays fournissant les ressources biologiques et/ou connaissances traditionnelles associées. Les demandeurs doivent également communiquer des éléments de preuve indiquant la conformité avec les prescriptions légales applicables dans le pays fournisseur, en ce qui concerne le consentement préalable donné en connaissance de cause pour l'accès, et le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation commerciale ou autre de ces ressources et/ou connaissances traditionnelles associées³⁰⁹.

La demande de brevet d'invention concernant les ressources biologiques et/ou les connaissances traditionnelles associées peut être rejetée lorsque le demandeur n'a pas respecté l'obligation de divulguer le nom du pays fournissant ces ressources et/ou l'obligation de fournir des informations et des preuves sur le principe du consentement préalable et le partage des avantages³¹⁰. Cette obligation de divulguer l'origine des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées dans les demandes de brevet, constitue une avancée non négligeable car elle permet de protéger les ressources génétiques malgaches et des savoirs traditionnels associés à ces ressources, contre les brevets délivrés à tort. En effet, en obligeant l'inventeur à divulguer l'origine des ressources génétiques et les savoirs traditionnels associés, ce projet de texte permet d'empêcher le piratage biologique et d'assurer l'équité entre les différents acteurs qui interviennent dans le système de brevet³¹¹. Toutefois, cette exigence a ses limites car, en cas de manquement à une telle obligation, ce texte ne prévoit pas de sanctions dissuasives pour ramener les utilisateurs à l'ordre.

Par ailleurs, le Code de la santé reconnaît la médecine traditionnelle. Cette dernière y est définie comme la somme totale de toutes les connaissances et pratiques, utilisées en diagnostic, prévention et élimination des déséquilibres physique, mental et social et reposant exclusivement sur les expériences pratiques et les observations transmises de génération

309 Article 8. 3 du projet de loi portant refonte de l'ordonnance n° 89-019 du 31 juillet 1989 instituant un régime pour la protection de la propriété industrielle en République démocratique de Madagascar.

310 Article 8 bis du projet de loi portant refonte de l'ordonnance n° 89-019 du 31 juillet 1989 instituant un régime pour la protection de la propriété industrielle en République démocratique de Madagascar.

311 A cet égard, la délégation péruvienne aurait souhaité l'obligation pour le demandeur de brevet de faire connaître la source et le pays d'origine de la ressource ou du savoir utilisé pour l'invention et de prouver que l'accès à cette ressource ou à ce savoir est légal. C'est indispensable si l'on veut empêcher le piratage biologique et éviter la délivrance de "mauvais" brevets. cf. OMPI, Comité Intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Onzième session, Genève, 3-12 juillet 2007, L'expérience du Pérou en matière de lutte contre la biopiraterie.



en génération, oralement ou par écrit, permettant de prévenir, de guérir les maladies et d'alléger les souffrances³¹². L'exercice de la médecine traditionnelle est autorisé par ce Code, à condition que celui-ci se conforme aux lois et règlements en vigueur³¹³. Toutefois, la notion de médecine traditionnelle est différente de celle des connaissances traditionnelles. En effet, les notions de «connaissances traditionnelles associées à des ressources génétiques» et de «détention» de ces informations par une communauté autochtone et locale, n'ont pas encore fait l'objet de définition universellement admise³¹⁴. Certes, les connaissances traditionnelles sont partiellement définies dans l'article 8j de la CDB, comme «les connaissances, les innovations et les pratiques des communautés autochtones et locales» en lien avec la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique³¹⁵. Toutefois, les définitions internationales de ces termes et de ces concepts font actuellement l'objet de négociations au sein du comité intergouvernemental de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle³¹⁶. Par rapport à cette définition de la CDB, en 2013, le *Dene Cultural Institute* définit les "connaissances environnementales" comme « un ensemble de connaissances et de croyances transmises par tradition orale et par expérience personnelle. Elles comprennent un système de classification, un ensemble d'observations empiriques sur l'environnement local et un système d'autogestion qui régit l'utilisation des ressources. Les aspects écologiques sont étroitement liés aux aspects sociaux et spirituels du système de connaissances. Leur quantité et leur qualité varient d'un membre de la communauté à l'autre, en fonction du sexe, de l'âge, du statut social, des capacités intellectuelles et de la profession (chasseur, guide spirituel, guérisseur, etc.). Alors que les origines de ces connaissances sont solidement ancrées dans le passé, ces connaissances sont à la fois cumulatives et dynamiques en ce sens qu'elles s'appuient sur l'expérience des générations précédentes et s'adaptent aux nouvelles évolutions techniques et socio-économiques actuelles³¹⁷». Ainsi, on peut dire que les connaissances traditionnelles sont transmises généralement, de génération en génération,

312 Article 96 de la loi n°2011-002 du 22août 2011 portant Code de la Santé.

313 Article 95 de la loi n°2011-002 du 22août 2011 portant Code de la Santé.

314 "Intellectual property and the safeguarding of traditional cultures – Legal issues and practical options for museums", libraries and archives www.wipo.int/freepublications/fr/tk/1023/wipo_pub_1023.pdf

315 Selon l'article 8, point j) de la CDB, «chaque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra: [...] Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques.

316 L'OMPI rédige actuellement des projets d'articles sur la protection des Connaissances traditionnelles (voir le chapitre 3.2) disponible à l'adresse: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_19/wipo_grtkf_ic_19_5.pdf.

317 OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, « Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles », Vingt-quatrième session Genève, 22 – 26 avril 2013- Disponible sur : www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo.../wipo_grtkf_ic_24_inf_7.doc. Voir également Marc G. Stevenson, "Indigenous Knowledge in Environmental Assessments", 49 ARCTIC 278 (1996), page 281.

de façon orale et par l'observation³¹⁸. Elle décrit en détail les liens entre ces connaissances, les ressources naturelles et les aspects sociaux culturels. Par rapport à cette définition, celle proposée par le projet de loi sur l'APA semble très générale. Ainsi, les connaissances traditionnelles y sont définies comme « les droits intellectuels des communautés locales sur leur patrimoine naturel et culturel ». En ce sens, les « droits intellectuels des communautés locales incluent entre autres, un droit de veto à l'accès au patrimoine naturel et culturel de ces communautés, un droit de contrôle de l'utilisation qui est faite par d'autres qu'elles, de leur patrimoine et un droit de participation à la définition des termes du partage des avantages qui découlent de cette utilisation ». Cette définition reste vague et ne précise pas si on reconnaît ou non le caractère non-écrit des connaissances traditionnelles, sa nature dynamique et son évolution constante, adaptées aux besoins locaux³¹⁹.

1.4.1 Difficultés de détermination des populations locales bénéficiaires des droits d'usage

Par rapport aux définitions internationales des communautés détentrices des droits associés à l'utilisation des ressources génétiques précédemment citées, les détenteurs des droits d'usage peuvent également se prévaloir du partage des avantages dans le cadre du Protocole de Nagoya. En ce sens, ce sont essentiellement la loi sur le Code des aires protégées et les textes qui réglementent les ressources forestières qui en donnent des indications. Le texte qui réglemente les ressources halieutiques reste flou sur les critères relatifs aux droits d'usage relatifs à l'activité de pêche³²⁰. Ainsi, selon ces textes forestiers, ce sont les populations rurales riveraines des forêts qui peuvent exercer les droits d'usage qui leur ont été reconnus, soit en vue d'assurer leurs activités traditionnelles par collecte des produits forestiers secondaires, soit en vue de satisfaire leurs besoins domestiques³²¹. On constate, toutefois, que les droits d'usage définis par ces textes restent vagues. En premier lieu, le texte ne précise pas la superficie et la consistance des terrains objet des droits d'usage. Ensuite, la qualification de riveraines mériterait d'être précisée : à partir de quelle distance de la forêt n'est-on plus riverain? Les riverains des riverains peuvent-ils être considérés comme riverains s'ils ont des pratiques habituelles dans la forêt en cause ? Par ailleurs, la nature des droits d'usage n'est précisée par aucun texte forestier. Enfin, il importe de signaler que ces droits

318 Hélène Ilbert, *Biodiversité : savoirs protégés, savoirs partagés, 6 fiches pour comprendre, anticiper, débattre*, Edition : Solagral Montpellier, octobre 2002, fiche 1. ; K. Koutouki and Von B. Rogalla, « Legal Aspects of Sustainable Natural Resources ». *Legal Working Paper Series, The Nagoya Protocol: Status of Indigenous and Local Communities*, 2011. http://cisdl.org/public/docs/news/Koutouki_and_Von_Bieberstein_THE_NAGOYA_PROTOCOL_STATUS_OF_INDIGENOUS_AND_LOCAL_COMMUNITIES.pdf.

319 UNESCO, *Systèmes de savoirs locaux et autochtones*, en ligne: UNESCO <<http://portal.unesco.org/science/fr.html>>; Suzanne Aillot, Irénée Karfazo Domboue, François Greslou, Pierre-Yves Guiheneuf, Olivier Rouault, : *Savoirs du Sud – Connaissances scientifiques et pratiques sociales : ce que nous devons aux pays du Sud*. Réseau Réciprocité des Relations Nord-Sud, Paris, édition Charles Léopold Mayer, 1999.

320 Cf. Ordonnance n° 93.022 du 04 mai 1993 portant réglementation de la pêche et de l'aquaculture (J.O.R.M. n°2199 du 09 août 1993, p. 1871).

321 Articles 40 et 41 de la loi n° 97-017 du 8 août 1997 portant révision de la législation forestière (J.O.R.M. n°2449 du 25 août 1997, p.1717) et les articles 33 et 34 du décret n° 2005-849 du 13 décembre 2005 portant refonte des conditions générales d'application de la loi n° 97-017 du 08 août 1997 portant révision de la législation forestière



d'usage permettent à ces populations d'exploiter les ressources de la forêt en vue de leur subsistance mais, n'étant pas propriétaires, ces droits ne leur permettent pas de contrôler l'accès aux ressources qui se trouvent sur ce territoire³²².

Comme il appartient au droit national d'établir les droits d'usage des communautés locales liés aux ressources objet d'accès dans le cadre de l'APA, le statut de ces bénéficiaires des droits d'usage devrait être prévu et amélioré par le projet de loi APA. En se référant à la définition donnée par les instruments internationaux, il serait judicieux que ce projet de loi permette à ces communautés de donner ou non leur consentement pour l'accès aux ressources génétiques³²³. Dans ce cadre, il doit résoudre le problème de riveraineté et prévoir des dispositifs concernant le droit au consentement spécifique à l'APA. En outre, pour identifier facilement la communauté concernée par la zone de collecte, il convient de prévoir un mécanisme permettant de déterminer un représentant légitime de la communauté s'exprimant en son nom³²⁴.

1.4.2 Reconnaissance du droit des populations locales bénéficiaires de transfert de gestion

A côté du droit d'usage, la loi sur le transfert de gestion locale des ressources naturelles renouvelables constitue également, un outil permettant de contribuer à la mise en œuvre efficace du dispositif d'APA. En effet, cette loi « permet la participation effective des populations rurales à la conservation durable des ressources naturelles renouvelables ». Par ailleurs, le contrat de transfert de gestion passé entre l'État et la communauté bénéficiaire confère à cette dernière « la gestion de l'accès ou le droit d'usage, de l'exploitation et de la valorisation économique et de la conservation de ces ressources transférées ». Ainsi, en transférant, sous forme de contrat, aux populations locales la gestion des ressources naturelles, l'État confie à ces populations la conservation, la préservation et la valorisation économique des ressources transférées³²⁵. En tant que gestionnaires légaux desdites ressources, ces populations locales peuvent donc prétendre au partage équitable des avantages, en cas d'utilisation des ressources dont elles ont la garde.

Ces communautés instituées légalement ont été reconnues par le projet de loi APA, comme participante au dispositif de partage des avantages en cas d'accès aux ressources dont elles ont la gestion. Toutefois, lors de la validation du projet de loi sur l'APA, plusieurs représentants des communautés qui utilisent et contrôlent de fait l'accès au domaine public maritime, mais ne disposent pas de droit légal d'accès aux ressources situées dans cet espace ont revendiqué leur droit d'être reconnus dans ce dispositif. En ce sens, il convient de signaler

322 Lucie Dejouhanet, « Les produits forestiers non ligneux et la gestion de la forêt kéralaise : droit d'usage et droit de contrôle », Institut français de Pondichéry, 2007. Disponible sur : <http://www.foncier-developpement.fr/wp-content/uploads/Dejouhanet-For%C3%AAt-de-Kerala.pdf>

323 La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, dans son article 32, para. 2, stipule que « les États (doivent consulter) les populations autochtones et coopérer de bonne foi avec celles-ci afin d'obtenir leur consentement libre et informé préalablement à l'approbation de tout projet affectant leurs terres, territoires ou autres ressources, en particulier lorsqu'il est lié au développement, à l'utilisation ou à l'exploitation des minerais, de l'eau ou d'autres ressources. Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 61/295 (13 septembre 2007).

324 Commissariat général au développement durable, Op. Cit.

325 S.Aubert, P. Karpe, «Etat du droit et des pratiques pour la valorisation des produits forestiers par les communautés de base (VOI) de Madagascar. Leçons acquises des actions de projets de développement sur 4 filières de produits forestiers (Bois d'œuvre, charbon, raphia et huiles essentielles) et Proposition d'un cadre légal et réglementaire», Rapport de synthèse, GESFORCOM/PESMIX, 2012.

que le projet de texte d'application de la loi GELOSE sur le transfert de gestion locale des ressources naturelles maritimes n'a pas été validé par l'État, car les ressources maritimes sont qualifiées par ce dernier de ressources stratégiques. En cas d'accès aux ressources maritimes dans le cadre du dispositif d'APA, le projet de loi devrait accorder à ces populations un droit limité au consentement spécifique à l'APA sans entraîner d'autres effets.

A côté des problèmes institutionnels pour l'obtention du consentement préalable en connaissance de cause, des difficultés liées à l'équité dans le partage des avantages dans le cadre des conditions convenues d'un commun accord, sont également constatées pour la mise en œuvre effective du dispositif APA à Madagascar.

2. Contrats de bioprospection et équité des échanges : une illusion ?

Le Protocole de Nagoya défend principalement les principes de justice et d'équité³²⁶. Aux termes de son article 5 paragraphe 1 et 5, le partage des avantages est soumis à des conditions convenues d'un commun accord. De même, son article 7 dispose que « l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques détenues par les communautés autochtones et locales est soumis aux conditions convenues d'un commun accord ». Les conditions convenues d'un commun accord sont inscrites dans un contrat. Ce contrat comprend, entre autre, une clause sur le règlement des différends, les conditions de partage des avantages, compte tenu des droits de propriété intellectuelle, les conditions de l'utilisation ultérieure par des tiers et les conditions de changement d'intention. Ces dispositions obligeront l'utilisateur à obtenir un nouveau consentement donné en connaissance de cause et/ou à conclure de nouvelles conditions convenues d'un commun accord, s'il souhaite transférer les ressources à des tiers ou utiliser les ressources à d'autres fins que celles pour lesquelles l'accès a été accordé.

En l'absence de cadre juridique spécifique à l'APA, ce sont les contrats qui constituent, dans le fait, la base réelle encadrant l'activité de bioprospection à Madagascar. En principe, le contrat de bioprospection doit développer les principes directeurs instaurés par le Protocole de Nagoya. Dans ce cadre, il devrait contribuer aux efforts de conservation de la biodiversité et des intérêts culturels et socio-économiques des communautés locales³²⁷.

La question qui se pose est alors de savoir si le contrat de bioprospection est protecteur de l'environnement et des intérêts des populations locales concernées par l'APA à Madagascar ? Afin de répondre à cette question, l'étude du cas d'un contrat de bioprospection conclu entre deux centres nationaux de recherches malgache et le Projet « International Cooperative Biodiversity Group » (ICGB), va servir d'illustration. Le groupement ICGB est un organisme créé par le gouvernement américain regroupant des autorités publiques, le National Institute of Health, le National Science Foundation et le United States Department of

326 Le Protocole de Nagoya a pour objectif « (...) le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des technologies pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux technologies et grâce à un financement adéquat, contribuant ainsi à la conservation de la diversité biologique et à l'utilisation durable de ses éléments constitutifs ».

327 Jean-Frédéric Morin, « Ressources génétiques : les mirages des contrats de bio-prospection », *Revue Vivant*, Québec, N° 3, 2001, p 23 .



Agriculture (USDA), et de célèbres ONG et coalitions environnementales américaines, comme Conservation International et National Geographic. Le contrat de bioprospection a été conclu en 2004 avec le Centre national de recherche sur l'environnement et le Centre national de recherche pharmaceutique. En raison de la confidentialité des contrats de bioprospections, notre analyse se limite aux informations que les parties ont bien voulu rendre publique.

2.1 Incertitude sur les incitations à conserver la biodiversité

L'article 9 du Protocole de Nagoya prévoit que « les Parties encouragent les utilisateurs et les fournisseurs à orienter les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques vers la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments constitutifs ». En ce sens, la théorie qui affirme que le partage des avantages peut contribuer à la conservation de la diversité biologique avance trois arguments. En premier lieu, « on suppose que les utilisateurs de ressources génétiques verseront des fonds aux fournisseurs et que ce montant sera réinvesti dans la conservation. Ensuite, on espère que les utilisateurs transféreront des technologies pouvant servir à la conservation. Enfin, on présume que les fournisseurs seront incités à conserver leurs ressources pour pouvoir les vendre à d'éventuels utilisateurs³²⁸». En bref, le contrat devrait prévoir des fonds qui seront réinvestis dans la protection des savoirs traditionnels et la conservation de la biodiversité, et envisager également, des clauses de transfert de technologie au profit du pays fournisseur.

Dans le cadre de la conservation, le contrat ICGB reste vague. Il précise que les fonds fournis de « (...) USD 50.000 par an dans un compte en fidéicommis au bénéfice des pays sources participant au projet ICGB (...) seront utilisés uniquement pour la recherche, la formation à la recherche, les infrastructures de recherches, la conservation de la biodiversité ou pour le développement économique à Madagascar, en consultation avec les partenaires locaux ». Compte tenu de l'importance des fonds nécessaires pour alimenter les rubriques autres que la conservation, la question qui se pose est alors de savoir si ces fonds restant, vont suffire pour investir dans la conservation. En effet, le contrat reste silencieux quant aux modalités sur lesquelles s'effectuent réellement la conservation de la biodiversité. Il reste également flou sur les pourcentages de fonds qui pourront être investis dans un programme de conservation. Par ailleurs, il ne précise pas si le transfert de technologie prévu dans le contrat va participer à la conservation de la diversité biologique. Enfin, la volonté des parties au contrat pour conserver la diversité biologique n'est pas très claire, car les clauses du contrat semblent donner le choix entre la conservation de la diversité biologique et le développement économique du pays. Face à cette alternative, la communauté préfère bien souvent investir les avantages monétaires dans le développement économique local, plutôt que dans la conservation de la diversité biologique.

Par ailleurs, la période d'exclusivité d'exploitation des ressources par ICGB dure quatre ans. Or, celle-ci doit être courte pour que le marché des ressources génétiques soit dynamique³²⁹. Ainsi, on peut douter que les deux centres de recherches malgaches soient réellement encouragés

328 Jean-Frédéric Morin, « Les accords de bioprospection favorisent-ils la conservation des ressources génétiques? », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol 34, no° 1, novembre 2003, pp. 307-343.

329 Ibid.

à investir dans la conservation de la diversité biologique, dans l'espoir d'en tirer des bénéfices futurs. En ce sens, plusieurs petits projets de conservation et développement ont été réalisés en différentes zones, mais avec des effets limités³³⁰. Dans ce cadre, il n'a pas été évalué si les coûts des dommages environnementaux pouvant être entraînés par les activités de bio prospection étaient bien inférieurs aux fonds alloués aux activités de conservation pendant le projet³³¹.

A côté des incertitudes quant à la conservation de la diversité biologique, d'autres problèmes liés à l'équité dans le partage des avantages sont également constatés dans le contrat liant ICGB avec les centres de recherches malgaches.

2.2 Iniquité dans les échanges du contrat

Lors de l'atelier de validation du projet de loi APA, le contrat ICGB avec les deux centres nationaux de recherches a fait l'objet de critique de la part du Ministère chargé des forêts, car celui-ci n'a pas été du tout sollicité. En effet, les dispositions de l'article 35 du décret n° 2005-849 du 13 décembre 2005 portant refonte des conditions générales d'application de la loi n° 97-017 du 8 août 1997 portant révision de la législation forestière précisent que « Les permis pour la récolte de produits forestiers à des fins scientifiques sont attribués par le Ministère chargé des forêts, sur examen d'un dossier technique selon les modalités fixées par voie réglementaire ». Par ailleurs, l'arrêté interministériel n° 6686/000 du 04 juillet 2000 réglementant l'exploitation et la commercialisation des produits accessoires des forêts, garantit la pérennisation des ressources et par conséquent leur usage économique durable. En effet, y sont considérés comme produits accessoires des forêts notamment les plantes médicinales utilisées principalement en médecine et pour la préparation de produits pharmaceutiques et chimiques (Drosera, Centella, Catharanthus, Rauwolfia, Pygeum, etc), ainsi que les plantes vertes des essences forestières, les extraits et huiles essentielles des essences forestières... Aucun de ces produits ne peut être collecté ou exploité sans convention ou permis d'exploiter ou sans attestation de producteur privé. Accordées pour une durée maximale de deux ans, ces autorisations ne sont ni cessibles ni transmissibles. Tout récolteur et collecteur de produits accessoires de forêts ne peut exercer cette fonction qu'en vertu d'un mandat d'un exploitant forestier titulaire d'une convention ou d'un permis valide. Elles donnent lieu au paiement de redevances forestières. Tout exploitant de ces ressources doit s'engager dans des travaux de plantation, de sauvegarde et d'amélioration des ressources concernées. Enfin, l'administration

330 Concernant le transfert des technologies pouvant servir à la conservation du milieu par les utilisateurs, on peut noter les actions de *Conservation International* pour la formation de communauté de pêcheurs d'Ampondrahazo sur les activités de conservation telles que la surveillance, la patrouille et la prospection écologique avec fourniture des matériaux pour la prospection (palmes, masques, tubas, combinaisons et autres accessoires).

331 Parmi les projets en question on peut citer :

- Pour le MBG, l'appui à la population locale pour la gestion de la forêt d'Ankafobe, l'instauration avec les villageois du massif d'Ibity de règles locales d'utilisation des terres, le projet forestier « Oranjia » (utilisation durable des ressources naturelles) pour faire accepter les règles locales à travers un Dina (le Dina est une convention collective d'organisation de la société reconnu par le droit positif malgache. Il est approuvé par les membres de la communauté selon les règles coutumières la régissant).
- Pour *Conservation International*, la mise en place d'un comité de gestion participative de la nouvelle aire protégée (NAP) Montagne-des-Français et l'appui à la gestion des réserves marines temporaires d'Ivoloina et d'Ambavarano.



forestière se réserve le droit de contingerer ou d'interdire leur exportation à l'état brut, tant que la capacité de production pérenne n'est pas assurée. Ainsi, les dispositions de ces deux textes, et le ministère chargé des forêts ont été méconnus lors de la mise en œuvre du contrat du groupe ICGB avec les deux centres de recherches. Les doutes quant à la volonté des parties de mettre en œuvre le dispositif APA planent alors. En choisissant uniquement les deux centres de recherches comme partenaires au contrat, la question qui se pose est de savoir si l'objectif du groupe ICGB est de chercher à obtenir facilement le consentement tout en évitant de longues et complexes négociations sur le partage équitable exigé par APA. Par ailleurs, ce ne sont pas uniquement les départements ministériels, premiers responsables des ressources faisant l'objet d'accès, qui sont tombés dans l'oubli dans ledit contrat de bio prospection. Le consentement des communautés locales et des gardiens des savoirs traditionnels ont également été négligés lors de la conclusion du contrat. Pour les communautés locales riveraines des ressources, les parties au contrat résidant à Madagascar (Centre national malgache de recherches et représentation d'ONG américaines de conservation) ont largement pris sur elles de « représenter » les communautés locales. Celles-ci n'étant consultées que pour arrêter les activités destinées à recevoir les fonds de compensation.

En ce qui concerne les gardiens des savoirs traditionnels, en aucun moment il n'est fait mention dans les clauses du contrat, du statut ou propriété intellectuelle de savoirs traditionnels pouvant être rattachés aux matériels biologiques transférés³³². Il en est de même, pour ce qui est du partage des bénéfices avec la population locale qui a développé ces savoirs. Cette situation a incité certains auteurs à qualifier ces manœuvres de « biopiraterie légale³³³ ». Le refus de reconnaissance des droits des détenteurs des connaissances traditionnelles exclut tout partage des bénéfices liés à l'utilisation de ces savoirs. Par ailleurs, en refusant de reconnaître ces savoirs, les parties au contrat ignorent les connaissances accumulées et les inventions collectives de ces communautés³³⁴.

332 C'est uniquement dans le préambule du contrat qu'il est fait mention des détenteurs des connaissances traditionnelles et qui énonce que le « Pays malgache et la population locale et indigène de ce pays possèdent la propriété intellectuelle concernant l'utilisation de certains échantillons ».

333 Shiva Vandana, *La biopiraterie ou le pillage de la nature et de la connaissance*, Edition Alias, 2002, 165p; Gavin Stenton, "Biopiracy within the Pharmaceutical Industry : A Stark Illustration of how Abusive, Manipulative and Perverse the Patenting Process can be towards Countries of the South" , *Eur. I. P. Rev.*2004, pp.17-23.

334 Walid Abdelgawad, «Les contrats internationaux de bioprospection : moyen de protection de la biodiversité et des savoirs traditionnels ou instrument de biopiraterie? », *Revue Québécoise de droit international*, vol, 22, n° 1, mars 2009, pp. 53-85.

En outre, c'est surtout au niveau du choix de la loi applicable dans la mise en œuvre du contrat de bio prospection que se manifeste l'inégalité flagrante des rapports de force entre la partie malgache et américaine, dans la négociation et la rédaction dudit contrat³³⁵. En ce sens, pour la mise en œuvre du contrat, ses clauses précisent que lors de la publication des inventions, c'est la loi sur les Brevets des États-Unis qui est applicable. En outre, le contrat « est régi par et interprété conformément aux lois du Commonwealth de la Virginie (...) ». En désignant la loi américaine comme compétente pour interpréter le contrat de bioprospection, et pour régir les droits des brevets, on voit bien que ce contrat a été conclu à l'initiative de la partie américaine, et que la partie malgache n'a pas eu la maîtrise des connaissances techniques et financières pour négocier les clauses de ce contrat. En effet, comme les États-Unis n'ont pas ratifié la Convention sur la diversité biologique, ils ne sont pas tenus de légiférer sur les questions de l'APA. De plus, la législation de ce pays facilite la biopiraterie³³⁶. Il est alors douteux que la législation de ce pays puisse garantir la protection la plus étendue des intérêts de l'État malgache et de ses populations, et particulièrement des droits des détenteurs des connaissances traditionnelles. En ce sens, on sait très bien qu'en cas de non-respect des clauses du contrat par la partie américaine, les détenteurs des connaissances traditionnelles n'ont pas les moyens financiers ni les connaissances juridiques (surtout de la loi américaine) pour agir en justice à l'encontre de la partie étrangère. En outre, en cas de demande d'annulation du brevet obtenu illégalement sur leurs connaissances, auprès des offices de brevets, il est pratiquement impossible pour la partie malgache d'avoir gain de cause auprès de la juridiction américaine, compte tenu notamment du coût très élevé de la procédure de révocation de brevets aux États-Unis³³⁷ et de l'absence de maîtrise technique et financière des clauses du contrat.

Conclusion

Bien que Madagascar ait ratifié le Protocole de Nagoya, la mise en œuvre nationale de ce dispositif reste encore difficile. Toutefois, cette difficulté ne doit pas aboutir à l'inertie du pouvoir public. Pour une répartition équitable des avantages issus de l'accès aux ressources génétiques, l'élaboration de la législation nationale et la négociation des clauses contractuelles sont indispensables pour les pays mégadivers.

On a vu à travers cet exemple de contrat de bioprospection, que les accords à eux seuls n'étaient pas suffisants pour protéger les droits des pays fournisseurs et particulièrement ceux des détenteurs des savoirs traditionnels. Bien que les diverses parties du contrat aient montré une apparente « bonne volonté » pour mettre en place un dispositif d'APA dans le cadre de la convention, force est de constater que l'équilibre est loin d'être respecté : les avantages obtenus par les « Utilisateurs » (matériel biologiques et génétiques transférés, droit de prendre des brevets et licence, confidentialité des travaux et résultats) l'emportent largement sur celui des « fournisseurs » (avantages monétaires et non monétaires). Il n'était pas facile de faire respecter les clauses du contrat étant entendu que les négociations ont

335 A.-C. Kiss et J.-P. Beurier, *Droit International de l'environnement*, 3e éd., Paris, éd. Pedone, 2004, 369p.

336 Walid Abdelgawad : « La biopiraterie et le commerce des produits pharmaceutiques face aux droits des populations locales sur leurs savoirs traditionnels » dans Isabelle Moine-Dupuis, dir., *Le médicament et la personne : aspects de droit international*, Paris, LexisNexis, Litec, 2007, p.312-323 ; Gavin Stenton, « Biopiracy within the Pharmaceutical Industry : A Stark Illustration of how Abusive, Manipulative and Perverse the Patenting Process can be towards Countries of the South », *Eur. I. P. Rev.*, 2004, pp.17-23.

337 Walid Abdelgawad, « Les contrats internationaux de bioprospection », *op. cit.* p. 28



été faites entre deux parties de force inégale. Ainsi, un renforcement de capacités juridiques, financières et techniques des différents acteurs de l'APA, permet aux pays fournisseurs de ne plus subir les influences des utilisateurs et de leurs gouvernements sur la décision et la réglementation à prendre sur l'APA.

En l'absence de ces éléments, le partage des avantages, la conservation de la biodiversité et la souveraineté du pays sur ses ressources génétiques n'est qu'une illusion.

BIBLIOGRAPHIE

ABDELGAWAD Walid : « La biopiraterie et le commerce des produits pharmaceutiques face aux droits des populations locales sur leurs savoirs traditionnels » dans Isabelle Moine-Dupuis, dir., *Le médicament et la personne : aspects de droit international*, Paris, LexisNexis, Litec, 2007, p.312-323

ABDELGAWAD Walid, « Les contrats internationaux de bioprospection : moyen de protection de la biodiversité et des savoirs traditionnels ou instrument de biopiraterie? », *Revue Québécoise de droit international*, vol, 22, n° 1, mars 2009, pp. 53-85

AILLOT Suzanne et al., « Savoirs du Sud – Connaissances scientifiques et pratiques sociales : ce que nous devons aux pays du Sud. Réseau Réciprocité des Relations Nord-Sud, Paris, édition Charles Léopold Mayer, 1999.

AUBERT Sigrid, KARPE Philippe, « Etat du droit et des pratiques pour la valorisation des produits forestiers par les communautés de base (VOI) de Madagascar. Leçons acquises des actions de projets de développement sur 4 filières de produits forestiers (Bois d'œuvre, charbon, raphia et huiles essentielles) et Proposition d'un cadre légal et réglementaire », Rapport de synthèse, GESFORCOM/PESMIX, 2012,

AUBERTIE Sarah, et al., « Pertinence et faisabilité de dispositifs d'accès et de partage des avantages en Outre-mer sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées ». Etudes et documents du Commissariat général au développement durable- Etudes Et documents, n° 48, Septembre 2011. 324p

BILLE Raphaël et al., « A quoi servent les évaluations économiques de la biodiversité »? *Revue Ecorev*, n°38, Quelle(s) valeur(s) pour la biodiversité? Décembre 2011, pp.48-54.

BORRIS Robert, "Natural products research: perspectives from a major pharmaceutical company", *Journal of Ethnopharmacology*, Vol 51, 1er avril 1996, pp.29-38.

CDB, *Le protocole de Nagoya sur l'accès et le partage des avantages* <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/factsheets/factsheet-ratification-fr.pdf> , consulté 24/03/14.

CDB, *Les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages*, <https://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-09/official/abswg-09-abswg-08-02-fr.pdf>, consulté 27/03/14.

CDB, *Development of Elements of Sui Generis Systems for the Protection of Traditional Knowledge, Innovations and Practices*. Disponible sur <https://www.cbd.int/doc/meetings/tk/wg8j-05/official/wg8j-05-06-en.pdf>-consulté 25/03/14.

CHEVASSUS-AU-LOUIS Bernard (dir.) , « Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes. Contribution à la décision publique ». Rapport et document Centre d'Analyse Stratégique, Association pour la diffusion de la pensée française, Ministère des Affaires étrangères, p.192-223, 2009 <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000203/0000.pdf>.

CNRS, *L'APA dans tous ses états*, http://www.cnrs.fr/inee/communication/actus/docs/Fiche_APA, consulté 29/03/14.

CYRIL Costes, « La biopiraterie, les savoirs traditionnels et le droit », *IKEWAN* n°67, janvier-février-mars 2008, pp. 3-7.

DEJOUHANET Lucie « Les produits forestiers non ligneux et la gestion de la forêt kéralaise: droit d'usage et droit de contrôle », in Christoph EBERHARDT (éd.), *Law, Land use and the Environment. Afro-Indian Dialogues*, Institut Français de Pondichéry, 2007, pp. 407-440. Disponible sur : <http://www.foncier-developpement.fr/wp-content/uploads/Dejouhanet-For%C3%AAt-de-Kerala.pdf>.

GREIBER Thomas et al, « Guide explicatif du Protocole de Nagoya sur l'accès et le partage des avantages ». UICN – Droit et politique de l'environnement no 83. <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/EPLP-083-Fr.pdf>

ILBERT, Hélène « Biodiversité : savoirs protégés, savoirs partagés, 6 fiches pour comprendre, anticiper, débattre », Edition : Solagral Montpellier, octobre 2002, fiche 1.

KISS Alexandre Charles et BEURIER Jean Pierre, « Droit International de l'environnement », 3e éd., Paris, éd. Pedone, 2004, 369p.

KOUTUOUI Konstantia and ROGALLA B. Von, "Legal Aspects of Sustainable Natural Resources. Legal Working Paper Series, The Nagoya Protocol: Status of Indigenous and Local Communities". 2011. http://cisdl.org/public/docs/news/Koutouki_and_Von_Bieberstein_THE_NAGOYA_PROTOCOL_STATUS_OF_INDIGENOUS_AND_LOCAL_COMMUNITIES.pdf

MEDAGLIA Jorge Cabrera et al, "An Analysis of Existing National, Regional and International Legal Instruments Relating to Access and Benefit Sharing and Experience Gained in their Implementation, including Identification of Gaps". Doc. UNEP/CBD/ WG-ABS/3/2, Convention on Biological Diversity. 2004 : novembre 2004

MEDAGLIA Jorge Cabrera, SILVA Christian López, « Répondre aux problèmes de l'accès aux ressources génétiques: protection des sources et certitude pour les utilisateur », International Union for Conservation of Nature and Natural Resources (IUCN), Droit et politique de l'environnement, 2008, 81p.

MORGERA Elisa, BUCK Matthias, TSILOUMANI Elsa., "Access and Benefit Sharing: The Nagoya Protocol". *Environmental Policy and Law* 40(6), 2010.pp 288–393A



MORIN Jean-Frédéric, « Ressources génétiques : les mirages des contrats de bio-prospection », *Revue Vivant*, Québec, N° 3, 2001, 23p.

MORIN Jean-Frédéric, « Les accords de bioprospection favorisent-ils la conservation des ressources génétiques? », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol 34, no 1, novembre 2003, pp. 307-343.

MORIN Jean-Frédéric, « La divulgation de l'origine des ressources génétiques : Une contribution du droit des brevets au développement durable ». *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*, vol 17, no 1, 2005, pp131-147.

MORTEN WALLØE Tvedt et TOMME Young, « Au-delà de l'accès : l'application du partage juste et équitable des avantages en vertu de la CDB », UICN- Droit et politique de l'environnement n°67/2. http://cmsdata.iucn.org/downloads/abs_67_2_fr.pdf .

NEWMAN David and CRAGG M., Gordon "Natural Products as Sources of New Drugs over the 30 Years from 1981 to 2010", *Journal of Natural Products*, 75 (3), 2012. pp. 311 - 335.

OMPI, *La protection des savoirs traditionnels : projet d'articles*, session juillet 2011 http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_19/wipo_grtkf_ic_19_5.pdf. consulté 29/03/14.

OMPI, *Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles*, session avril 2013, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo.../wipo_grtkf_ic_24_inf_7.doc. consulté 29/03/14.

OMPI, *Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles*, session 2012, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo.../wipo_grtkf_ic_21_inf_8. consulté le 25/03/14.

RAMBAUD Alexandre et ROY Loraine, « Comment valoriser la biodiversité : de l'insuffisance des méthodes actuelles aux réponses proposées par l'Ecologie Politique, Quelle(s) valeur(s) pour la biodiversité ? » *Revue Ecorev*, n° 38, Décembre 2011, pp.24-30.

SINGH NIJAR Gurdial, « Le Protocole de Nagoya sur l'APA : analyse et mise en œuvre des options s'offrant aux pays en développement », Document de recherche no 36 - mars 2011, 57 p.

STENTON Gavin, "Biopiracy within the Pharmaceutical Industry: A Stark Illustration of how Abusive, Manipulative and Perverse the Patenting Process can be towards Countries of the South", *Eur. I. P. Rev.* 2004, pp.17-23.

UICN, « Répondre aux problèmes de l'accès aux ressources génétiques: protection des sources et certitude pour les utilisateurs ». http://cmsdata.iucn.org/downloads/eplp_67_1_fr.pdf, consulté 24/03/14.

VANDANA Shiva, « La biopiraterie ou le pillage de la nature et de la connaissance », Edition Alia, 2002, 165p.

LA RECONNAISSANCE DU PRINCIPE DE L'ACCÈS ET LE PARTAGE DES AVANTAGES DANS LA LÉGISLATION CONGOLAISE : ENJEU POUR LE DÉVELOPPEMENT DURABLE

Félix credo LILAKAKO MALIKUKA

Résumé

Soucieuse de se conformer à la Convention sur la diversité biologique (CDB) et au Protocole de Nagoya sur l'Accès et le Partage des Avantages (APA) et tenant compte des nouveaux défis qu'imposent le développement durable et la lutte contre la pauvreté des populations riveraines, qui ne participent pas activement à la gestion des ressources naturelles pour en tirer les avantages et bénéfices légitimes, la République Démocratique du Congo (RDC) a promulgué en date du 11 février 2014, une nouvelle loi relative à la conservation de la nature. Cette loi, qui constitue une avancée significative dans le secteur de la conservation de la diversité biologique congolaise, offre une sécurité juridique aux fournisseurs et utilisateurs des ressources génétiques et au partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation et présente ainsi un enjeu majeur pour le développement durable pour ce pays.

Mots clés : Principe de l'APA; développement durable; conservation de la nature; diversité biologique; ressources génétiques.

Abstract

In order to be in conformity with the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol on Access and Benefits Sharing (ABS), and to take into account the new challenges of sustainable development and the fight against the poverty of the bordering populations who do not take an active part in the management of natural resources to draw the legitimate advantages and benefit from them, the Democratic Republic of Congo (DRC) has published on February 11th, 2014 a new Law on nature conservation. This Law, which constitutes an important step forward in the sector of the conservation of congolese biological diversity, offers a legal security to suppliers and users of the genetic resources for a fair and equitable sharing of advantages arising from their use and thus presents a major challenge for sustainable development for this country.

Key words: Principle of ABS; sustainable development; conservation of nature; biodiversity; genetic resources.

Introduction

Le développement durable s'aligne dans une nouvelle perspective axée sur une politique économique soucieuse des ressources naturelles. Il prend également en compte une vision à long terme sauvegardant les droits des générations futures. Cela exige une prise en compte des droits fondamentaux de l'homme et plus particulièrement du droit d'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages résultant de leur exploitation.

C'est ce qui, à juste titre, a poussé l'ONU, lors du Sommet de la Terre de juin 1992, à reconnaître l'importance des ressources génétiques comme bien commun et fondamental pour le développement durable. Cette reconnaissance de l'importance des ressources génétiques ne se fonde pas seulement dans leur conception, mais également dans leur conservation et utilisation rationnelle.

Ce qui sera plus tard accentué le 29 octobre 2010 à Nagoya lors de la dixième réunion de la Conférence des parties à la CDB, par la « reconnaissance de la contribution potentielle de l'accès et du partage des avantages à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique, à l'éradication de la pauvreté et à un environnement durable, contribuant ainsi à la réalisation des Objectifs du millénaire pour le développement³³⁸».

Cette reconnaissance de la contribution potentielle de l'accès et du partage des avantages est également conforme au Plan Stratégique pour la diversité biologique 2011-2020 et les objectifs d'Aichi qui stipulent que « *d'ici 2015, le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation est en vigueur et opérationnel, conformément à la législation nationale*³³⁹».

Partie à la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique, la RDC a pris conscience des enjeux que représentent les ressources génétiques et le partage des avantages issus de leur exploitation (APA), notamment en l'insérant dans son arsenal juridique interne. Cette insertion, qui va au-delà d'une adhésion à une Convention importante pour les États, se matérialise de nos jours par la reconnaissance expresse du droit d'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages résultant de leur exploitation (APA), dans la législation et dans certains documents stratégiques inhérents au secteur de la conservation de la diversité biologique en République démocratique du Congo.

Cette reconnaissance des APA étant l'expression d'une vitalité normative et institutionnelle³⁴⁰ du législateur congolais, constitue à la fois une opportunité et un enjeu pour le développement durable en RDC. En effet, la reconnaissance des APA dans la nouvelle législation congolaise sur la conservation de la nature, exprime une vitalité du législateur congolais à prendre en compte dans son arsenal juridique une matière importante au lendemain de la ratification par les parties du Protocole de Nagoya.

Cette vitalité normative du droit congolais de l'environnement et de la diversité biologique se mesure, à la fois au regard de la nécessité de la consécration du droit d'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages résultant de leur exploitation, et de l'enjeu de cette reconnaissance par la législation congolaise au regard du développement durable.

338 *Préambule au Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique, Nations Unies, 2012.*

339 Objectif 16 du *Plan Stratégique pour la diversité biologique 2011-2020 et les objectifs d'Aichi*. Il faut noter que ce Plan est un cadre d'action échelonné sur dix ans pour tous les pays et les parties prenantes engagés à préserver la biodiversité et accroître ses avantages pour les peuples.

340 Selon l'expression de Sandrine Maljean-Dubois, *La mise en œuvre du droit international de l'environnement*, Paris, IDDRI, 2003, p.9.



1. Dans quelle mesure la RDC consacre-t-elle les APA dans son arsenal juridique ?

1.1. La vision du constituant congolais sur le droit d'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages résultant de leur exploitation

La Constitution de la RDC reconnaît à tous les congolais, le droit à un environnement sain et propice à son épanouissement intégral³⁴¹. Le constituant reconnaît en outre l'autorité coutumière³⁴² et garantit à tout congolais le droit à la culture, la liberté de création intellectuelle et artistique, et celle de la recherche scientifique et technologique. Il garantit également les droits d'auteur et de propriété intellectuelle et les protège par la loi.

L'État tient compte, dans l'accomplissement de ses tâches, de la diversité culturelle du pays. Il protège le patrimoine culturel national et en assure la promotion³⁴³. Cette portée constitutionnelle définit les bases d'une réflexion sur la reconnaissance par le constituant des APA. De sorte que, l'on serait en droit de lever l'option rationnelle de rattacher cette reconnaissance sur la gestion des ressources naturelles. Cette option ouvre la voie à trois pistes de réflexions nécessaires.

D'abord, par rapport au droit à un environnement sain, la RDC se dote d'une législation spécifique, en l'occurrence la Loi N° 11/009 du 09 juillet 2011 portant principes fondamentaux relatifs à la protection de l'environnement. Cette loi, qui édicte les principes généraux qui servent de base aux lois particulières pour régir les différents secteurs de l'environnement, s'inspire essentiellement des principes fondamentaux, dont le développement durable³⁴⁴. Dans le souci de protection des droits des populations, le législateur enjoint à l'État, à la province et à l'entité territoriale décentralisée, dans les limites de leurs compétences respectives, de procéder à l'identification et d'assurer la protection, la conservation et la mise en valeur du patrimoine culturel et naturel³⁴⁵.

Ensuite, la reconnaissance de l'autorité coutumière par le constituant offre de bonnes opportunités à la reconnaissance du droit d'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages. La proposition de loi sous examen à l'Assemblée Nationale sur le statut des chefs coutumiers prévoit la clarification du statut de l'autorité coutumière. Ce statut sera, nous le croyons bien, d'une grande importance dans le processus des APA en RDC, dans la mesure où les savoirs traditionnels sont guidés, encadrés et conservés dans la plupart des cas par les autorités coutumières dont l'organisation du corps s'avère indispensable.

341 Art. 53 de la *Constitution de la RDC du 18 février 2006*, in Journal Officiel de RDC, numéro spécial, février 2006.

342 Art. 207 al. 1 de la *Constitution de la RDC du 18 février 2006*.

343 Art. 46 de la *Constitution de la RDC du 18 février 2006*, op.cit.

344 Exposé des motifs de la *Loi N° 11/009 du 09 juillet 2011 portant principes fondamentaux relatifs à la protection de l'environnement*, in Journal officiel de la RD Congo, numéro spécial.

345 Art. 35 de la *Loi N° 11/009 du 09 juillet 2011 portant principes fondamentaux relatifs à la protection de l'environnement*, idem.

Enfin, en garantissant et protégeant les droits d'auteur et de propriété intellectuelle de la population congolaise, le constituant n'a pas daigné les limiter, ce qui est d'ailleurs de droit, à un secteur particulier. Certes la reconnaissance du droit d'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages constitue un des fondements de la justification de garantie et de protection de ce droit, consacré par le législateur congolais.

Il est donc nécessaire pour le législateur, appelé à prendre des dispositions spécifiques de légiférer sur la question, en vue de renforcer l'accès au bénéfice pour les pays possesseurs des ressources, comme l'explique si bien Barbara Lassen « les bénéfices pour les pays d'origine des ressources génétiques ne sont généralement ni réglementés légalement, ni réalisés³⁴⁶».

1.2. Les bases du droit d'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages dans la législation congolaise

Pour trouver des éléments de réponse à une telle réflexion, il faut s'interroger sur la configuration des textes législatifs qui, de manière spécifique traitent de la question de reconnaissance du droit d'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages généraux (1.2.1.) et d'autres part qui consacrent d'une manière générale, des aspects ayant une incidence sur la question, soit en la complétant ou en la rendant exécutoire (1.2.2.).

1.2.1. La nouvelle loi congolaise sur la conservation de la nature est très favorable à la question des APA

Pendant plus de quatre décennies, le secteur de la conservation de la nature en RDC était organisé par un texte, sans nul doute, devenu anachronique face aux enjeux environnementaux mondiaux. Soucieux de reconnaître notamment les APA dans cette nouvelle législation sur la gestion de la diversité biologique congolaise, le législateur a reconnu que, l'Ordonnance-loi n°69-041 du 22 août 1969 qui gouvernait jusqu'alors le pays, ne prenait pas en compte les nouveaux défis de développement durable et de la lutte contre la pauvreté des populations riveraines, qui ne participent pas activement à la gestion des aires protégées pour en tirer les avantages et bénéfices légitimes³⁴⁷.

En effet, la réglementation de la question de droit d'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages démontre à suffisance, l'expression de la vitalité du législateur congolais aussi bien sur le plan normatif qu'institutionnel.

En parcourant le texte de la nouvelle Loi n°14/003 du 11 février 2014 relative à la conservation de la nature, l'on constate à première vue qu'outre le fait que le législateur cristallise l'attention de son lecteur, dans son exposé des motifs sur la reconnaissance de l'APA, un titre sur les six que compte cette nouvelle loi, traite de «l'accès aux ressources biologiques et génétiques et aux savoirs traditionnels », avec 13 articles sur les 86 que compte cette loi.

346 Barbara Lassen, *L'APA et les Aires protégées. Liens, exemples et opportunités de collaboration*, The ABS Capacity development initiative, www.abs-initiative.info, 2013, p 4.

347 Exposé des motifs de la *Loi n°14/003 du 11 février 2014 relative à la conservation de la nature*, in Journal officiel de la RDC, numéro spécial, février 2014.

- La reconnaissance du principe de l'accès et le partage des avantages dans la législation Congolaise... •

Du point de vue normatif, le législateur congolais pose le principe du consentement préalable selon lequel, « l'accès aux ressources génétiques ou aux savoirs traditionnels pour leur exploitation est subordonné au consentement préalable donné en connaissance de cause par le fournisseur et l'utilisateur³⁴⁸».

Obligation est dès lors faite à l'autorité nationale, qu'est l'Institut congolais pour la conservation de la nature (ICCN), de protéger les ressources biologiques et génétiques ainsi que les savoirs traditionnels associés³⁴⁹, et de délivrer une preuve écrite du respect des conditions d'accès³⁵⁰.

En effet, la loi assujettit l'accès aux ressources biologiques et génétiques et aux savoirs traditionnels associés au partage juste et équitable des avantages monétaires et non monétaires découlant de leur utilisation³⁵¹. Elle prévoit pour ce faire, qu'un décret délibéré en Conseil des Ministres définira, selon le cas, la nomenclature des avantages et leur hauteur. Il est également envisagé qu'« outre les taxes et redevances, l'Etat perçoit 16 % sur les avantages monétaires découlant de l'accès aux savoirs traditionnels associés aux ressources biologiques et génétiques détenus par la communauté locale³⁵²».

Sur le plan de la sécurité juridique, la loi sur la conservation de la nature dispose que, « l'accès aux ressources biologiques et génétiques et aux savoirs traditionnels à des fins commerciales et industrielles emporte pour le fournisseur la copropriété des droits de propriété intellectuelle et la coentreprise³⁵³».

Il sied de relever que cet engagement vers une sécurisation juridique est en lien avec « l'importance d'assurer la sécurité juridique en ce qui concerne l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation³⁵⁴».

Sur le plan des droits des communautés locales, la loi réaffirme les droits de la communauté locale, non seulement en la définissant en tant que « population traditionnellement organisée sur base de la coutume et unie par des liens de solidarité clanique ou parentale

348 Art. 56 al. 2, *Loi n°14/003 du 11 février 2014 relative à la conservation de la nature*, in Journal officiel de la RDC, numéro spécial, février 2014.

349 L'Institut Congolais pour la Conservation de la Nature, (ICCN), est un Établissement public de droit congolais à caractère scientifique et technique, crée par la Loi n° 75-023 du 22 juillet 1975, ayant pour mission la conservation de la nature dans les aires protégées in et ex situ, placé sous la tutelle technique du Ministère de l'environnement, de la conservation de la nature et du tourisme. Certes, son statut d'établissement public est fixé par le Décret N° 10/15 du 10 avril 2010 fixant statut d'un Etablissement Public dénommé « Institut Congolais pour la Conservation de la nature ».

350 Il est envisagé dans le cadre de mise en œuvre de la Loi sur la conservation de la nature, qu'un décret du 1er Ministre délibéré en conseil des ministres, fixe « les conditions et les procédures d'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause ». Cependant, ce décret n'est pas encore pris.

351 Art. 60 al. 1, *Loi n°14/003 du 11 février 2014 relative à la conservation de la nature*, in Journal officiel de la RDC, numéro spécial, février 2014 qui stipule que « l'accès aux ressources biologiques et génétiques et aux savoirs traditionnels associés est assujetti au partage juste et équitable des avantages monétaires et non monétaires découlant de leur utilisation ».

352 Art. 61, *Loi n°14/003 du 11 février 2014 relative à la conservation de la nature*, idem.

353 Art. 62, *Loi n°14/003 du 11 février 2014 relative à la conservation de la nature*, idem.

354 Préambule du *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique*, op.cit.

qui fondent sa cohésion interne. Elle est caractérisée en outre, par son attachement à un terroir déterminé³⁵⁵» mais également en la reconnaissant comme « détentrice des savoirs traditionnels associés aux ressources biologiques et génétiques³⁵⁶».

Cette affirmation des droits des communautés locales par la loi congolaise sur la conservation de la nature, est la transposition de l'esprit de la CDB, quant à la communauté locale, qui reconnaît qu'« *un grand nombre de communautés locales et de populations autochtones dépendent étroitement et traditionnellement des ressources biologiques sur lesquelles sont fondées leurs traditions et qu'il est souhaitable d'assurer le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles intéressant la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments* ³⁵⁷ ».

Au-delà de cette consécration normative, le législateur de la nouvelle loi congolaise relative à la conservation de la nature, fait également preuve d'une *vitalité institutionnelle*, en déterminant et en responsabilisant des institutions étatiques, dotées de la personnalité juridique, chargées de veiller à la reconnaissance du droit d'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages.

En effet, la loi fait obligation à l'État et la province³⁵⁸ de garantir, dans les limites de leurs compétences respectives, l'accès aux ressources biologiques et génétiques³⁵⁹. En vue d'assurer le consentement préalable à donner en connaissance de cause par le fournisseur et l'utilisateur des savoirs traditionnels, la loi confie à une autorité nationale le soin d'accorder l'accès et de délivrer une preuve écrite stipulant que les conditions écrites ont été respectées. Et pour en donner force, il est envisagé qu'un décret délibéré en Conseil des ministres, fixe les conditions et les procédures d'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause³⁶⁰.

En vue de renforcer la reconnaissance du droit d'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages, la loi congolaise sur la conservation de la nature a prévu des mécanismes de surveillance de l'utilisation des ressources génétiques et du savoir traditionnel associé à tous les stades notamment, la collecte d'échantillons et d'informations, la recherche, le développement, l'innovation, la pré-commercialisation et la commercialisation³⁶¹.

355 Art. 2 point 7, *Loi n°14/003 du 11 février 2014 relative à la conservation de la nature*, op.cit. Cette définition est également prévue par le législateur du Code forestier de 2002 de la République démocratique du Congo.

356 Art. 61, *Loi n°14/003 du 11 février 2014 relative à la conservation de la nature*, in Journal officiel de la RDC, numéro spécial, février 2014.

357 Préambule de la *Convention sur la diversité biologique*, nations Unies, 1992.

358 La province constitue au sens de la loi, une composante politique et administrative du territoire de la République Démocratique du Congo. Elle est subdivisée en villes et territoires (art. 2 de la Loi organique n° 10/011 du 18 mai 2010 portant fixation des subdivisions territoriales à l'intérieur des provinces, in Journal Officiel de la RDC, Juin 2010.

359 Art. 56 al.1, *Loi n°14/003 du 11 février 2014 relative à la conservation de la nature*, in Journal officiel de la RDC, numéro spécial, février 2014.

360 Art. 57, *Loi n°14/003 du 11 février 2014 relative à la conservation de la nature*, in Journal officiel de la RDC, numéro spécial, février 2014.

361 Art. 59, *Loi n°14/003 du 11 février 2014 relative à la conservation de la nature*, in Journal officiel de la RDC, numéro spécial, février 2014.

1.2.2. Le droit d'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages dans d'autres lois congolaises

Le développement durable se traduit, comme l'affirme la Cour Internationale de Justice de la Haye par « cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement »³⁶². Cette conciliation met les êtres humains au centre des préoccupations relatives au développement durable³⁶³. C'est ce qui justifie le fait que la législation congolaise prenne en compte les aspects de la protection de l'environnement.

En effet, en RDC, au-delà de la Loi sur la conservation de la nature de 2014, riche en reconnaissance de droit d'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages, d'autres législations contiennent des dispositions éparées qui reconnaissent « implicitement » ce droit en ce qu'elles la complètent, en donnant des pistes de compréhension ou en facilitent la mise en œuvre effective.

Il s'agit notamment des lois suivantes:

- La *loi n° 11/009 du 09 juillet 2011 portant principes fondamentaux relatifs à la protection de l'environnement*, qui contient des dispositions pertinentes sur la diversité biologique, notamment l'identification et la protection, la conservation et la mise en valeur du patrimoine culturel et naturel³⁶⁴;
- La *loi n°011/2002 du 29 août 2002 portant code forestier*, qui contient des dispositions relatives aux droits des communautés locales dans la gestion et le partage des ressources forestières³⁶⁵;
- La *loi n° 11/022 du 24 décembre 2011 portant principes fondamentaux relatifs à l'agriculture*, en ce qu'elle reconnaît à chaque communauté locale des droits fonciers coutumiers à exercer individuellement ou collectivement sur les terres agricoles³⁶⁶, surtout que la diversité agricole continue de jouer un rôle important pour la sécurité alimentaire dans les pays en développement;
- La *loi-cadre n°14/004 du 11 février 2014 de l'enseignement national en RDC*, en ce qu'elle introduit une innovation sur « l'initiation des élèves et des étudiants au développement durable et à la lutte contre les changements climatiques³⁶⁷ ». Et dorénavant en RDC, l'« enseignement national assure une éducation environnementale, une formation au développement durable et aux changements climatiques, dans le but de préparer les élèves, les étudiants et les autres apprenants aux problèmes de l'équilibre écologique³⁶⁸ ».

362 CIJ, *arrêt du 25 septembre 1995*, Affaire Gabcikovo-Nagymaros, § 140.

363 Principe 1 de la Déclaration de Rio de 1992.

364 Article 34, *Loi n° 11/009 du 09 juillet 2011 portant principes fondamentaux relatifs à la protection de l'environnement*, in Journal Officiel de la RDC, numéro spécial, juillet 2011

365 Article 1er point 17 et article 22 de la *Loi n°011/2002 du 29 août 2002 portant Code forestier de la RDC*, in Journal officiel de la RDC, numéro spécial, août 2002.

366 Article 18, *Loi n° 11/022 du 24 décembre 2011 portant principes fondamentaux relatifs à l'agriculture*, in Journal officiel de la RDC, numéro spécial, décembre 2011.

367 Exposé des motifs, *Loi –cadre n°14/004 du 11 février 2014 de l'enseignement national*, in Journal Officiel de la RDC, numéro spécial, février 2014.

368 Art. 17, *Loi – cadre n°14/004 du 11 février 2014 de l'enseignement national*, in Journal Officiel de la RDC, numéro spécial, février 2014.

1.2.3. Le droit d'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages dans les documents stratégiques de la RDC

La RDC se dote de quelques documents stratégiques dans le secteur de la conservation de la nature qui prennent en compte les aspects des APA. Ce sont notamment :

- *La Stratégie Nationale de Conservation de la Biodiversité dans les aires protégées de la République Démocratique du Congo*

Depuis septembre 2012, la RDC s'est dotée de sa « *Stratégie Nationale de Conservation de la Biodiversité dans les aires protégées de la République Démocratique du Congo* »³⁶⁹, (SNCB). Cette stratégie « obéit à une motivation rationnelle de recentrer les problématiques de gestion des ressources naturelles dans les aires protégées autour des thématiques qui répondent au mieux non seulement aux besoins actuels de l'ICCN, mais aussi aux dynamiques contextuelles imposées par les enjeux environnementaux actuels³⁷⁰ ».

Cette stratégie comporte neuf programmes dont celui dénommé « Gouvernance, participation, accès et partage des avantages », subdivisé en plusieurs sous programmes sur l'Accès et Partage des Avantages dont :

- La participation à l'élaboration de la Stratégie nationale accès et partage des avantages et à son application au niveau des sites ;
- La participation à l'élaboration des mesures transitoires régissant l'accès aux ressources génétiques dans les aires protégées, les zones tampons et le partage des bénéfices issus de leur utilisation ;
- Le renforcement des capacités des parties prenantes pour la mise en œuvre du processus Accès et Partage des Avantages ;
- La promotion d'accès à la connaissance des ressources génétiques pour les aires protégées ;
- L'état des lieux sur les activités de bio-prospection passées et en cours dans les aires protégées ;
- La prise en compte du processus accès et partage des avantages dans les mécanismes de financement en cours de mise en place.

Il sied de relever que la Stratégie nationale de conservation de la biodiversité dans les aires protégées de la RDC, qui est un outil de l'ICCN, a précédé la loi qui régit le secteur de la conservation de la nature de ce pays.

369 Cette stratégie est la révision de la première version de la « Stratégie nationale de la conservation de la Biodiversité dans les aires protégées de la RDC » de 2005 qui comportait dix-neuf programmes alors que l'actuelle stratégie en compte 9.

370 ICCN, *Stratégie Nationale de Conservation de la Biodiversité dans les aires protégées de la République Démocratique du Congo*, septembre 2012, p.9.

- La reconnaissance du principe de l'accès et le partage des avantages dans la législation Congolaise... •

- *La Stratégie nationale de conservation communautaire*

La Stratégie nationale de conservation communautaire, dite Stratégie COCO, est l'une des déclinaisons de la Stratégie Nationale de Conservation de la Biodiversité dans les Aires Protégées in et ex situ de la RDC que l'ICCN a actualisé en 2012³⁷¹.

Elle répond aux recommandations formulées au cours des récents fora internationaux notamment, la CoP10 de la CDB à Nagoya au Japon en 2010.

Pour atteindre ses objectifs, la nouvelle version de la Stratégie de conservation communautaire a identifié quatre axes prioritaires qui sont une émanation de la SNCB, notamment l'axe relatif à la « gouvernance, la participation, l'accès et le partage des avantages³⁷²».

Il a entre autre pour objectif, d'identifier et de promouvoir la rétrocession d'un pourcentage des revenus que génère la conservation de la nature³⁷³.

Selon cette stratégie, « l'ICCN devra déterminer le mode d'accès aux ressources naturelles par les populations riveraines, grâce à la promotion d'une utilisation rationnelle et durable de ces ressources, à partir des enquêtes menées sur les sites, le savoir endogène, les habitudes alimentaires, le mode d'utilisation des ressources naturelles et leur valeur économique³⁷⁴».

Ainsi perçu, la consécration des APA dans la législation congolaise, constitue une avancée significative non des moindres et offre simultanément des enjeux pour un développement durable, spécifiquement sur le plan de la législation.

2. Quel est l'enjeu de la consécration des APA dans la législation congolaise au regard du développement durable ?

Le principe APA inscrit dans la CDB présente des opportunités du développement. En reconnaissant de manière expresse ce principe dans sa nouvelle loi sur la conservation de la nature de 2014, la RDC pose une base juridique devant lui permettre de garantir un partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation de ses ressources génétiques.

Un tel enjeu contient à la fois une portée juridique mais également économique, socioculturelle et scientifique pour la RDC.

2.1. Quel bénéfice juridique peut tirer la RDC de la consécration de l'APA dans sa législation interne?

Sur le plan juridique, des opportunités sont à prendre en compte dans la perspective de développement du droit interne touchant les questions spécifiques de l'APA ou en facilitant la prise en compte ou la mise en œuvre.

371 La Stratégie COCO est un outil de gestion de l'ICCN produit depuis 2008 dans sa première version dont les principes ont été mis en exécution à divers niveaux dans les sites en RDC selon les moyens humains, financiers et matériels disponibles.

372 ICCN, Stratégie de conservation communautaire révisée, version 2014, p. 9, inédit.

373 Idem, p.16.

374 Idem, p. 19.

- La mise en œuvre des instruments juridiques internationaux : il s'agit notamment de la CDB, dans laquelle est inscrite le principe de l'APA comme troisième objectif, offrant ainsi des opportunités de développement. Car en effet, peu de pays disposent à ce jour d'un cadre réglementaire régissant l'APA au niveau national. Et bien que disposant d'un tel cadre, la RDC se doit d'en réussir la mise en œuvre ;
- Une opportunité pour doter rapidement le pays d'une législation qui traite des questions spécifiques des peuples autochtones³⁷⁵: car il est essentiel que les points de vues des communautés locales et peuples autochtones soient pris en compte et que les gains des avantages tirés des transferts des ressources génétiques vers des grandes industries soient conséquents;
- N'est-il pas opportun de doter la RDC d'une législation spécifique organisant le secteur des tradipraticiens? Cette législation, consécutive à la précédente, aura le mérite de sécuriser les droits des populations locales et autochtones dans la production de leurs savoirs traditionnels et leurs ressources génétiques, en leur garantissant des avantages monétaires et non monétaires qui en résulteraient. Une telle loi aura également la mission d'organiser le corps des tradipraticiens qui est grandissant en RDC. En effet, selon Rwangabo³⁷⁶ cité par Moussa Sissoko, l'OMS considère le tradipraticien, comme celui « reconnu par la collectivité dans laquelle il vit comme compétent pour dispenser des soins de santé grâce à l'emploi de substances végétales, animales ou minérales et d'autres méthodes basées aussi bien sur le fondement socioculturel et religieux, que sur les connaissances, comportements et croyances liés au bien être physique, mental et social, ainsi qu'à l'étiologie des maladies prévalant dans la communauté³⁷⁷ ». C'est dire que, le corps des tradipraticiens est une organisation qui devra être mise en place pour garantir l'intérêt des populations dans l'octroi des soins de santé. Il devra, en outre, veiller à ce que le rôle que les tradipraticiens auront à jouer dans la société, soit clairement défini en vue d'éviter d'exposer les populations à des soins de santé non contrôlés. Et nous osons croire que cette loi aura le mérite de clarifier et renforcer le rôle du guérisseur, qui a une influence considérable sur sa communauté et qui est souvent mieux écouté que tout autre spécialiste de santé³⁷⁸;

375 A ce jour une proposition de loi portant protection et promotion des droits des peuples autochtones est en instance de discussion au sein de l'Assemblée Nationale de la RDC. Cette loi est l'œuvre du dynamisme des acteurs de la société civile œuvrant en faveur de la reconnaissance des droits des peuples autochtones en RDC.

376 Pierre Claver Rwangabo, *La médecine traditionnelle au Rwanda*, Paris, Kartala, 1993, 258 p.

377 Moussa Sissoko, *Comment guider les tradipraticiens pour qu'ils jouent un rôle dans les changements de comportement, notamment du couple « mère-enfant »*, in *Lutte contre le trachome en Afrique subsaharienne*, IRD, 2006, p.35

378 Moussa Sissoko, op. cit

- La reconnaissance du principe de l'accès et le partage des avantages dans la législation Congolaise... •

- La loi particulière traitant des questions sur l'autorité coutumière constituerait une béquille sur laquelle devra s'appuyer les APA de la RDC : une telle loi dont l'option a été levée par le constituant,³⁷⁹ devra assoir l'autorité coutumière en RDC. L'autorité coutumière ayant le pouvoir d'identifier dans la communauté locale les détenteurs légitimes des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques³⁸⁰. Cette autorité coutumière est un acteur important dans le processus de recours en compensation de l'usage fait de leurs ressources génétiques et de leurs savoirs traditionnels. Cependant, il sied de relever que le pouvoir reconnu à l'autorité coutumière tant par le constituant que le législateur de la conservation de la nature, est significative que le risque d'un abus est à craindre. Néanmoins, la loi en discussion devra apporter des outils indispensables pour contourner cette crainte. Il est question non seulement de renforcer l'autorité coutumière, mais également de garantir l'identification des communautés locales. Cette identification devra se faire en toute transparence et dans le respect des us et coutumes de chaque communauté ;
- La mise en œuvre de la SNCB et de la stratégie COCO : ces deux documents stratégiques permettront à la RDC, à l'ICNN en charge de la conservation de la nature, de définir des mécanismes pratiques pour développer les compétences nécessaires permettant une pleine exploitation du potentiel de l'APA.

2.2. La reconnaissance de l'APA dans la législation congolaise offre-t-elle des opportunités sur le plan économique, socioculturel, scientifique et environnemental ?

Parce que les acteurs au niveau politique et administratif ne soient pas encore tous conscients des opportunités de développement qu'offre l'APA³⁸¹, il est nécessaire de renforcer le dialogue entre parties prenantes, de manière à clarifier et mûrir les informations sur la valeur des ressources génétiques et les avantages qui découlent de leur utilisation. Cela permettra de découvrir des avantages qu'offre l'APA.

Il est établi que de nos jours, « les industries comme le secteur pharmaceutique, l'industrie cosmétique, la phytogénétique ou la zootechnie continuent à parcourir le globe en quête des nouvelles ressources génétiques pour développer ou améliorer leurs produits³⁸²».

C'est dire que, lorsque les ressources génétiques sont utilisées à des fins scientifiques ou commerciales, leur pays d'origine doit être dédommagé³⁸³. Mais l'environnement ne doit pas non plus subir des conséquences de cette utilisation.

379 Art. 207 de la *Constitution de la RDC de 2006*, op. cit.

380 Art. 50 de la *Loi congolaise sur la conservation de la nature*, op. cit.

381 Andreas Drews, *Du global au local : L'initiative de renforcement des capacités pour l'APA*, GIZ ABS-INITIATIVE, www.abs-initiative.info, 2012, p 3.

382 Idem.

383 Idem.

- Sur le plan économique, il faut noter que récemment encore, la RD Congo, à l'instar d'autres pays en développement, ne disposait d'aucun recours contraignant pour garantir que l'usage fait de leurs ressources génétiques et leurs savoirs traditionnels soit compensé. L'APA visera donc à générer des bénéfices destinés à la réduction de la pauvreté et à la conservation de la nature.
- Sur le plan scientifique, il est nécessaire de garantir des recherches sur les APA en se fondant par exemple sur la Loi-cadre de l'enseignement national en RDC et ses mesures d'application. Encourager notamment le renforcement des capacités en transférant technologies, savoirs et compétences. Une loi sur les tradipraticiens serait de nature à renforcer les recherches sur les ressources génétiques et le partage des avantages qui en découle.
- Sur le plan socioculturel, l'APA a entre autre pour objectif, d'améliorer le développement social des communautés, car pendant des siècles, les sociétés de la planète ont transféré et échangé des ressources biologiques, en s'appuyant sur les connaissances autochtones liées à l'exploitation de ces ressources. La proposition de loi relative à la protection et promotion des droits des peuples autochtones serait un atout pour le développement social, à travers l'APA. Il y a également possibilité de développer le principe de « consentement préalable en connaissance de cause » et des « conditions convenues d'un commun accord » comme base de tout accord entre les utilisateurs et les fournisseurs des ressources génétiques.
- Sur le plan environnemental, l'APA a notamment pour objectif de garantir la responsabilité et la bonne gouvernance à tous les niveaux. De sorte que les pays riches en technologies ou utilisateurs sont tenus de partager les avantages issus des ressources génétiques et faciliter l'accès aux technologies et aux moyens importants pour leur conservation³⁸⁴. Et au niveau interne, les pays riches en ressources ou fournisseurs, doivent faciliter l'accès à leurs ressources génétiques. Tout en s'assurant qu'obligation est faite à l'autorité nationale de protéger les ressources biologiques et génétiques ainsi que les savoirs traditionnels associés³⁸⁵. Cela est également conforme et renforce la législation nationale sur la protection de l'environnement³⁸⁶.

Conclusion

Le développement durable en tant que nouvelle matrice conceptuelle du droit international, permet de prendre en compte les aspects de sauvegarde des droits des générations futures. C'est dans ce contexte que sont garanties par différents instruments juridiques internationaux, régionaux et nationaux le « droit d'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages résultant de leur exploitation » ou le principe de l'APA.

384 Andreas Drews, op. cit., p.1.

385 Art. 52 de la Loi sur la conservation de la nature, op. cit.

386 Art. 29 et 33 de la Loi portant principes fondamentaux relatifs à la protection de l'environnement, op. cit.

- La reconnaissance du principe de l'accès et le partage des avantages dans la législation Congolaise... •

C'est le cas de la RD Congo qui, par sa nouvelle loi du 11 février 2014 relative à la conservation de la nature et par certains documents stratégiques internes de protection de la diversité biologique, a consacré ce principe en conformité à la CDB et au Protocole de Nagoya sur l'accès et le partage des avantages.

Cette consécration législative de l'APA présente un enjeu majeur pour la RD Congo en terme de développement durable, tant sur le plan du renforcement de sa législation que sur le plan économique, socioculturel et scientifique. De telle sorte que le pays pourra utilement s'en servir pour tirer des avantages monétaires ou non monétaires, lorsque ses ressources génétiques sont utilisées à des fins scientifiques ou commerciales.

BIBLIOGRAPHIE

DREWS Andreas, «Du global au local : L'initiative de renforcement des capacités pour l'APA», *GIZ ABS-INITIATIVE*, 2012, pp 1-6, www.giz.de/biodiv et www.abs-initiative.info.

LASSEN Barbara, «L'APA et les Aires protégées. Liens, exemples et opportunités de collaboration», *The ABS capacity development initiative*, 2013, pp 1-22, www.abs-initiative.info.

MALJEAN-DUBOIS Sandrine, *La mise en œuvre du droit international de l'environnement*, IDDRI, Paris, 2003, 64 pages.

RWANGABO Pierre Claver, *La médecine traditionnelle au Rwanda*, Paris, Kartala, 1993, 258 pages.

SISSOKO Moussa, *Comment guider les tradipraticiens pour qu'ils jouent un rôle dans les changements de comportement, notamment du couple « mère-enfant »*, in *Lutte contre le trachome en Afrique subsaharienne*, IRD, 2006, pp.35-41.





L'ACCÈS AUX RESSOURCES GÉNÉTIQUES ET LE PARTAGE ÉQUITABLE DES AVANTAGES RESULTANT DE LEUR UTILISATION AU BURKINA FASO : ILLUSTRATION PAR LA LÉGISLATION SUR LES PRODUITS FORESTIERS NON LIGNEUX

Firmin W. OUEDRAOGO

Résumé

La ressource génétique s'entend du « matériel génétique ayant une valeur effective ou potentielle³⁸⁷ ». Il s'agit du matériel d'origine végétale, animale ou microbienne contenant des gènes à valeur réelle ou potentielle. Les produits forestiers non ligneux (PFNL) répondent à ce critérium définitionnel des ressources génétiques, dont la régulation de l'accès et du partage incombe exclusivement à la puissance publique en vertu de son pouvoir régalién. C'est du reste ce qui ressort de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique (CDB) en son article 15.1, qui fait largement allusion au principe de la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles³⁸⁸. La législation du Burkina Faso, qui s'est inscrite dans la logique des conventions et accords internationaux dont la ratification lui a permis de se doter d'un cadre juridique sur les produits forestiers. L'accès et le partage équitable des avantages des produits forestiers non ligneux, sont confrontés à des difficultés liées au cadrage juridique de cette catégorie de produits forestiers, mais aussi à la définition d'un mécanisme de partage clair pour garantir les intérêts des populations³⁸⁹. L'administration des PFNL suit en toute logique ces difficultés et se trouve de plain-pied dans l'incertitude de l'organisation de ce secteur qui présente pourtant tous les gages d'une contribution optimale au développement durable du Burkina Faso. Ces difficultés constituent une contrainte majeure pour la protection et la conservation durable des forêts. Il est de ce fait important de prendre au sérieux la réglementation des PFNL et asseoir une institution qui puisse encadrer correctement cette partie des produits forestiers.

Mots clés : Produits forestiers non ligneux ; droit d'usage traditionnel ; bio prospection ; populations riveraines.

Abstract :

The genetic resource is defined as «genetic material of actual or potential value». It is the material of plant, animal or microbial origin, containing genes of actual or potential value. Non-timber forest products (NTFP) meet this definitional criterion of genetic resources which access and benefits sharing regulation entirely rests with the public authority in virtue of its sovereign power. From the rest, this is what emerges from the Article 15 .1 of the UN Convention on Biological Diversity, which is widely referred to the principle States sovereignty over their natural resources. Burkina Faso's legislation was part of conventions and international agreements logic, which ratification has allowed it to develop a legal framework for forest products. Access and equitable sharing of NTFP are facing difficulties related to the legal framework of this category of forest products but also the definition of a clear dividing mechanism to guarantee people interests. The administration of NTFP follows logically these difficulties and is walk-in uncertainty

387 Article 2 CDB.

388 C'est aussi le principe 2 de la Déclaration de Rio de Janeiro sur la diversité biologique.

389 Surtout les populations riveraines qui en dépendent énormément.

in the organization of this sector which presents all guarantees for an optimal contribution to sustainable development in Burkina Faso. These difficulties are a major constraint for the protection and sustainable forest conservation. It is therefore important to seriously take into account the regulation of NTFP and establishment of an institution that can properly regulate this part of forest products.

Key words: *Non-timber forest products; right to traditional use; bio prospection; local populations*

Introduction

Les ressources naturelles, pour jouer leur rôle dans le développement durable, se doivent d'être bien encadrées juridiquement et dotées d'une identité clairement définie. Les produits forestiers constituent une marge importante du développement des États qui en ont réussi la réglementation, des conditions d'accès et de partage des bénéfices y découlant. Les pays africains pour la plupart, traînent encore le pas dans une perspective de réglementation des éléments non ligneux de la forêt³⁹⁰. Le Burkina Faso semble avoir pris parti pour les seuls produits forestiers ligneux³⁹¹. Les produits forestiers non ligneux restent à la merci du vide juridique avec pour conséquences, l'incertitude caractéristique de leur gestion rationnelle et de leur protection durable. Dans un tel contexte, comment peut-on garantir l'accès à tous des ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur exploitation ?

1. L'introuvable cadre juridique des PFNL au Burkina Faso

1.1. L'adhésion du Burkina Faso au Protocole de Nagoya

Dès le lendemain de l'année d'adoption de la CDB, le Burkina Faso l'a intégrée dans son ordonnancement interne par le Décret n°93-194/PRES/REX du 16 septembre 1993 portant promulgation de la Convention sur la diversité biologique, et le Décret n° 93-292/PRES/REX du 20 septembre 1993 portant ratification de la Convention sur la diversité biologique. Une avancée significative dans le droit burkinabè de l'environnement est la ratification par Décret n°2013/100/PRES/PM/MAECR/MEF/MEDD en date du 30 octobre 2013, du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation³⁹², relatif à la convention sur la diversité biologique. L'absence de texte spécifique, législatif ou réglementaire, pour la mise en œuvre de l'accès et du partage, décriée par Amidou Garané³⁹³, trouvait une grande part de son explication dans la non-ratification de cet instrument clé sur les règles d'accès et de partage des bénéfices liés à l'exploitation des ressources génétiques. La CDB a acquis, de par ces ratifications³⁹⁴, « une autorité supérieure à celle de la loi » conformément à l'article 15³⁹⁵ de la Constitution du Burkina Faso.

390 V. Infra sur les incertitudes liées à la définition de produit forestier non ligneux.

391 D'ailleurs ces produits forestiers ligneux sont les moins nombreux numériquement et relativement moins importants du point de vue qualitatif.

392 En mars 2013, l'Assemblée nationale du Burkina Faso autorisait cette ratification par la Loi N°003-2013/AN du 21 mars 2013.

393 V. Garané (A). « L'accès à la biodiversité et le partage des avantages (APA) au Burkina Faso » in WYNBERG (R.) Sous dir.) Accès à la biodiversité et partage des avantages dans des pays arides à endémisme élevé et à la diversité faible, UICN, janvier 2004, p.18-23.

394 La ratification de la CDB et celle du Protocole de Nagoya.

395 Cet article dispose que « Les traités et accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »

- L'accès aux ressources génétiques et le partage équitable des avantages résultant de leur utilisation... •

Cependant, l'accès et le partage des ressources génétiques continuent de souffrir d'un manque de précision juridique en dépit de la ratification depuis déjà deux (02) décennies, de l'instrument cadre qui décline pourtant bien le canevas de l'accès et du partage des ressources génétiques.

Les produits forestiers non ligneux sont l'un des parents pauvres de la réglementation des ressources naturelles au Burkina Faso. Ces produits ne sont pas suffisamment pris en compte par le droit burkinabè de l'environnement. Cet état de fait rend difficile l'encadrement des activités qui leurs sont liées ainsi que leur valorisation.

En plus de l'absence de réglementation, s'ajoute le risque de confusion lorsqu'il s'agit du choix de la règle de droit applicable. A titre d'illustration, le repérage des produits forestiers non ligneux dans le droit forestier burkinabè n'est pas une évidence. Cela tient au fait que ce droit se caractérise pour l'essentiel, par un monopole conféré aux produits ligneux qui semblent les seuls éléments bénéficiant de normes juridiques.

Cette situation n'est pas favorable à la définition du régime juridique applicable aux différentes catégories de produits issus des forêts burkinabè, surtout du point de vue de leur accès et du partage de leurs bénéfices. Elle participe plutôt à l'ineffectivité du droit burkinabè de l'environnement que certains auteurs³⁹⁶ indexent comme une difficulté majeure à surmonter.

1.1 Des incertitudes liées à la définition des produits forestiers non ligneux

Il est impérieux de donner un contenu précis au concept de produit forestier non ligneux, au moins pour l'intérêt de la détermination du régime juridique, qui doit consacrer sa particularité, par rapport aux autres produits forestiers. Il faudra accomplir cela pour les raisons suivantes :

- La facilitation de la communication dans les activités de protection et de gestion des ressources forestières.

Le caractère imprécis des terminologies employées pour désigner les PFNL renvoie pour l'essentiel à des réalités très différentes. Il est rare de distinguer les produits forestiers ligneux des produits forestiers qui ne sont pas ligneux dans les différents textes forestiers. Lorsqu'on sait la spécificité d'une catégorie par rapport à une autre au sein de la diversité biologique, il est indispensable de pouvoir désigner avec certitude l'élément dont on parle ;

- la cohérence et l'harmonie des données techniques

Tant que les PFNL ne recevront pas une définition séparée de celle des autres produits de la forêt, les études et les statistiques continueront de confondre volontairement les vocables en incluant le non ligneux dans le ligneux. Ce qui portera un coup sûr, à l'intérêt de la protection et de la conservation durable des produits forestiers ;

396 Voir à ce sujet V. Zakané, « Problématique de l'effectivité du droit de l'environnement en Afrique de l'Ouest : l'exemple du Burkina Faso » in *Aspects contemporains du droit de l'environnement en Afrique de l'Ouest et Centrale*, p.15 à 17. Sur la faible effectivité du droit de l'environnement au Burkina Faso, voir aussi A. Garané et V. Zakané, *Droit de l'environnement burkinabè*, Collection précis de droit burkinabè p.729 à 733.



- la définition des produits forestiers non ligneux par rapport aux autres produits est le préalable indispensable à la construction du régime juridique qui leur est propre

Les produits forestiers non ligneux souffrent de l'absence d'une protection conséquente et d'un partage juste et équitable dû au manque de leur définition. Il est certain que l'absence de définition tient en l'état toute tentative de catégorisation et de spécification de ceux-ci. Pour l'essentiel les PFNL restent juridiquement sous la coupole des produits forestiers ligneux ;

- la persistance de la bioprospection anarchique dans l'utilisation et l'exploitation des PFNL

Comme le faisait remarquer A. GARANE, au Burkina Faso « la bioprospection se déroule hors contrôle légal, souvent clandestinement...sans mécanisme de contrôle efficace... »³⁹⁷. Cet état de fait ne permet pas un partage équitable des bénéfices tirés des produits forestiers surtout les non ligneux.

Les produits forestiers du Burkina Faso font l'objet d'une très forte demande de la part des pays industrialisés. Les éléments les plus convoités sont notamment la gomme arabique, les espèces d'essence³⁹⁸ forestières telles que les fleurs de certains non ligneux dont le karité, et les lianes sauvages. L'utilisation des essences forestières surtout celles des non ligneux est de nature à compromettre la conservation, voire la survie des espèces lorsqu'on connaît le rôle de celles-ci dans la reproduction et la régénération. Il est évident que lorsqu'on ampute une espèce de ses fleurs, sa reproduction prend un coup sérieux.

1.2 Les PFNL, une notion aux allures d'un «serpent de mer» dans la législation forestière burkinabè

La difficulté caractéristique du cadrage juridique des PFNL n'est pas l'apanage du droit burkinabè, du moins dans son aspect conceptuel. Plusieurs tentatives de définition du mot PFNL ont en effet buté sur l'incertitude de la notion lorsqu'il s'agit de désigner une réalité bien déterminée sans équivoque ni ambiguïté quelconque.

La communauté internationale avait proposé sous l'égide de la FAO³⁹⁹ en 1995, que les PFNL soient entendus comme « *des biens d'origine biologique autres que le bois, ou des services dérivés des forêts et des utilisations similaires des terres.* »

Cette définition avait le mérite de la simplicité en ce qu'elle considérait tous les produits de la forêt comme non ligneux à l'exception du bois. Ce sont donc les produits aussi bien de la flore que de la faune. Ce sont les produits dérivés de ceux-ci y compris tous les services

397 Voir A. Garané « Etude de cas n°1- L'APA au Burkina Faso » in WYNBERG (R.) Sous dir.) Accès à la biodiversité et partage des avantages dans des pays arides à endémisme élevé et à la diversité faible, UICN, janvier 2004, p.19

398 Les fleurs sont utilisées pour produire le parfum de l'espèce utilisée pour la fabrication de produits tels que le savon, les jus, laits et sirops. Il s'agit d'harmoniser le produit et son odeur authentique.

399 Pour plus de détail voir « Vers une définition harmonisée des PFNL », publié dans Unasylva, Issue N°198

- L'accès aux ressources génétiques et le partage équitable des avantages résultant de leur utilisation... •

écosystémiques⁴⁰⁰ qui y sont liés. Par exemple, les produits forestiers non ligneux contribuent, quoique de façon très informelle, aux activités génératrices de revenus notamment pour les populations rurales.

En juin 1999, toujours sous l'égide de la FAO, les PFNL reçoivent une nouvelle considération: *«Les produits forestiers non ligneux sont des biens d'origine biologique autres que le bois, dérivés des forêts, des autres terres boisées, et des arbres hors forêts.»*

Aucune définition ne ressort expressément du droit burkinabè des PFNL. Le décret n°98-306, en voulant bien définir les produits forestiers ligneux, a jeté sans le vouloir, les bases de la définition des produits forestiers non ligneux. *« Les produits forestiers ligneux sont constitués par le bois d'œuvre, le bois de chauffe, le bois de service et le charbon de bois⁴⁰¹ »*. Une analyse à contrario désignera donc par PFNL, tout produit de la forêt à l'exclusion du bois d'œuvre, du bois de chauffe, du bois de service et du charbon de bois. Ce serait accorder la générosité aux différentes utilisations et exploitations des produits forestiers non ligneux, que de généraliser sans commune mesure l'acceptation des PFNL au sein d'une réglementation forestière déjà très touffue et suffisamment vaste. L'arrêté n° 2009-072/MECV/SG/APFNL du 27 août 2009 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de l'Agence de Promotion des Produits Forestiers Non Ligneux (APFNL), disposera dix ans plus tard en son article 2, que les PFNL sont *« tirés des végétaux spontanés, domestiqués et des espèces ligneuses de reboisement »*. Cette tentative de définition a au moins le mérite de donner une origine aux non ligneux.

Le plus grand des efforts est fourni par un texte sans valeur juridique, le document de Stratégie nationale de valorisation et de promotion des PFNL de 2010. Les produits forestiers non ligneux sont *« tout bien d'origine biologique autre que le bois et la faune à l'exception des insectes, dérivé des forêts, des autres terres boisées et des arbres hors forêts, notamment des végétaux spontanés, domestiqués, et ceux destinés au reboisement »*. L'ensemble de ces textes viennent en application de la loi n°06-97/ADP du 31 janvier 1997 portant code forestier qui écartait le bois et la faune des non ligneux. Il s'agit là aussi d'une définition par élimination de cas. Mais qu'à cela ne tienne, la loi précitée a été abrogée et met en désuétude ses textes d'application.

En tout état de cause, les conséquences d'une telle généralisation sont, on ne peut plus nombreuses. D'abord, les PFNL sont un fourre-tout comprenant tout ce qu'on peut trouver dans une forêt à l'exclusion des quatre types de bois⁴⁰² et de la faune. On ne pourra pas épuiser la liste des PFNL en citant toutes les composantes de la flore aussi bien terrestre qu'aquatique⁴⁰³, la grande famille faunistique, les services écosystémiques liés à la forêt, y compris entre autres la forêt privée et ses produits. Les ressources minérales et minérales dont regorgent les forêts n'échappent pas de ce fait à la notion de PFNL.

Ensuite, le pouvoir réglementaire en procédant ainsi pour préciser le sens et la portée des éléments ligneux de la forêt, donne du travail au contrôle économique qui ne saura plus coller une valeur réelle à chaque élément de la forêt, le régime juridique des PFNL étant trop harmonisé.

400 Les services écosystémiques désignent les activités bénéfiques rendues possibles par l'existence d'un écosystème donné. Pour les PFNL, ces services sont entre autre, les usages directs des non ligneux, les activités rémunératrices qui en découlent, l'intérêt touristique qui y est consacré, la vocation culturelle de certaines espèces et de certains espaces les abritant, les intérêts scientifiques et éducatifs.

401 Voir article 2 du Décret n°98-306/PRES/PM/MEE/MEF/MCIA portant réglementation de l'exploitation et de la commercialisation des produits forestiers ligneux au Burkina Faso.

402 Bois d'œuvre, bois de chauffe, bois de service, charbon de bois.

403 Pour peu que celles-ci se retrouvent dans une forêt ou répondent au critère de forêt.



Enfin dans l'intérêt de la gestion et de la conservation durable de la biodiversité, il ne semble pas pertinent de mettre à égalité toutes les ressources génétiques, toutes les espèces et tous les écosystèmes. Tant les vulnérabilités n'ont ni la même importance ni la même fréquence. Aussi, la distinction des différentes variantes des PFNL permet-elle de catégoriser leur protection juridique et soustrait l'utilisation des ressources forestières à la prédation du monde des affaires et à la bio prospection anarchique.

2. Le cadre juridique de l'accès et du partage des avantages liés aux produits forestiers non ligneux

Les produits forestiers sont constitués⁴⁰⁴ de l'ensemble des produits provenant des formations végétales d'arbres, d'arbustes, de végétaux spontanés ou provenant de toutes ressources forestières, à savoir les forêts, les terres à vocation forestière, les périmètres de restauration, les périmètres de reboisement, les parcs agroforestiers, les arbres hors forêts.

Cette nouvelle définition issue du code forestier de 2011 a innové sur le concept de PFNL du point de vue matériel. Elle réintègre la faune dans les non ligneux, remettant ainsi en cause, les différentes définitions données par les textes ci-dessus cités (décrets organisant l'APFLN, arrêté 98-306, document de Stratégie et de valorisation des PFNL).

2.1 Les modalités générales d'accès aux produits forestiers

La législation forestière du Burkina Faso ne traite pas exclusivement du droit d'accès aux produits forestiers. Le droit⁴⁰⁵ interdit généralement les dégradations et les destructions, de la forêt et de ses éléments constitutifs. Par exemple, l'exploitation d'une partie du domaine forestier de l'État peut être confiée par contrat à des personnes physiques ou morales. Par ailleurs, la législation dispose que le cahier des charges « précise les conditions de l'exploitation et les modalités de répartition des produits ».

Cependant, en renvoyant les modalités de gestion des forêts à des textes d'application qui doivent prévoir « dans la mesure du possible⁴⁰⁶, des avantages au profit des populations riveraines », le législateur ne garantit pas fermement le partage équitable des avantages liés aux forêts et à leurs ressources. Il en est de même pour tout acte pouvant nuire ou dégrader l'équilibre des forêts.

Le véritable siège de l'accès aux forêts se trouve dans l'exploitation forestière⁴⁰⁷. Celle-ci distingue l'exploitation domestique de l'exploitation commerciale ou industrielle et des exploitations scientifique, pédagogique et culturelle.

404 Voir article 13 de la loi N°003-2011/AN du 05 avril 2011 portant code forestier au Burkina Faso.

405 L'article 41 de la loi précitée dispose que « Les forêts sont protégées contre toutes les formes de dégradation et de destruction, qu'elles soient naturelles ou provoquées. »

406 Code forestier art 36 al 2.

407 Voir code forestier, livre I, titre II, chapitre 3 : De l'exploitation forestière, art. 53 à 70.

- L'accès aux ressources génétiques et le partage équitable des avantages résultant de leur utilisation... •

2.2 L'encadrement du droit d'usage traditionnel et domestique

La reconnaissance du droit d'usage traditionnel et domestique constitue la première base du partage des avantages liés aux ressources génétiques notamment, les produits forestiers, qu'ils soient ligneux ou non. Cette reconnaissance est exprimée de façon générale par la loi portant code forestier qui est une loi-principe, dont le rôle est de donner les orientations formelles du droit forestier⁴⁰⁸.

Les textes réglementaires auxquels renvoie la loi-cadre, se contentent de reprendre en des termes presque identiques, le principe du droit d'usage traditionnel et domestique exclusivement pour les produits forestiers ligneux. D'ailleurs, l'intitulé du seul texte réglementaire traitant de l'exploitation et la commercialisation des produits forestiers, est sans équivoque, il concerne les seuls produits forestiers ligneux. Le texte réglementaire, en l'occurrence un arrêté, qui vient au secours des non ligneux ne fait pas mieux que de les confondre aux ligneux pour les protéger. L'arrêté 2004-019/MECV du 07 juillet 2004 portant détermination de la liste des espèces forestières bénéficiant de mesures de protection particulière, se résume à citer certaines espèces qu'il soumet à interdiction ou à autorisation selon le degré de menace ou de vulnérabilité. En réalité, ce texte pris en application du code forestier⁴⁰⁹ de 1997, avait pour principal but de se conformer à la Convention de Washington du 3 mars 1973 sur le commerce international des espèces de la faune et de la flore sauvages menacées d'extinction⁴¹⁰.

2.3 Le tâtonnement général du droit fiscal forestier sur les produits forestiers non ligneux

En l'absence d'une réglementation propre aux produits forestiers en ce qui concerne l'accès et le partage de leur bénéfice, la conséquence est imminente sur la conservation et la protection optimale des produits forestiers non ligneux, parents pauvres du droit forestier burkinabè.

2.3.1 L'absence de contrôle de l'utilisation

On ne peut contrôler que ce que l'on peut identifier, les non ligneux sont de *jus positivum*, considérés tout simplement comme des produits forestiers sans particularité aucune. Ce fait correspond à une très grande négligence de la grande particularité importante des PFNL à l'intérieur de la forêt. Cette absence rend davantage bien plus limité le droit d'accès et de partage aux avantages tirés des produits forestiers non ligneux, pourtant les plus importants numériquement, et les plus complexes à protéger du point de vue écologique. En effet, les non ligneux possèdent de nombreuses valeurs. Des feuilles aux racines en passant par l'écorce et la tige, les PFNL sont utilisés aussi bien pour les usages domestiques que pour des raisons médicinales.

408 La législation environnementale du Burkina Faso est fortement gouvernée par la pratique de la loi-cadre encore appelée loi d'orientation ou loi principe par opposition à la loi règle.

409 La Loi n°06-97/ADP du 31 janvier 1997 portant code forestier a été abrogée par l'article 279 de la Loi n°003-2011/AN du 05 avril 2011 portant code forestier.

410 La Convention CITES oblige les États à prendre les mesures nécessaires en vue notamment de bien organiser le commerce international de toutes les espèces sauvages. Voir à ce sujet l'article VIII de la convention CITES.

Les populations surtout riveraines sont très dépendantes de la composante non ligneuse des produits forestiers. Les aires protégées notamment les parcs démontrent à souhait la difficulté qui entoure la réglementation de ces produits. Les actes ayant cours dans les parcs à l'instar des autres aires protégées ne permettent pas une gestion durable des produits forestiers. L'introduction humaine pour y mener des activités diverses telles que le pâturage, le défrichement anarchique, la pêche clandestine, les feux de brousse, ne permet pas une gestion durable de ces espaces pourvoyeurs de PFNL.

Plus spécifiquement, les non ligneux souffrent de pratiques qui compromettent dangereusement leur survie et celle de la forêt. De plus en plus, les procédés de récolte traditionnelle et de cueillette sont abandonnés, au profit de l'utilisation de techniques sophistiquées. Par exemple, pour récolter, les grands producteurs jouent sur le droit d'usage des populations riveraines pour utiliser des produits chimiques qui accélèrent le processus de murissement des fruits ou pour accélérer la production de certains espèces comme l'Acacia senegal (gommier blanc).

Les aires protégées qui devaient servir d'exemple de protection rigoureuse des produits forestiers n'arrivent plus à jouer correctement leur rôle. En plus du laxisme de la réglementation, vient s'ajouter l'inconsistance du personnel de contrôle des forêts. Il est connu qu'on ne peut protéger que ce qu'on contrôle, pourtant les agents des eaux et forêts couvrent à peine les forêts du Burkina Faso avec moins de trois (03) forestiers pour 100 kilomètres.

C'est en grande partie ce manque de contrôle qui encourage le braconnage et la bio prospection anarchique. Pour pallier l'inconsistance de l'effectif, il est fait recours à du personnel recruté auprès des communautés villageoises appelé « éco-gardes⁴¹¹», dont le rôle est d'aider les services forestiers à assurer l'intégrité territoriale des aires de protection faunique et/ou d'une forêt classée, en étroite collaboration avec les services forestiers.

En toute logique, en dépit du rôle des forêts dans le développement socio-économique du pays, celles-ci connaissent une dégradation accélérée qui perdure encore. Et selon le troisième rapport sur l'état de l'environnement au Burkina Faso, « les ponctions sont toujours supérieures à la capacité de reconstitution et toute la difficulté réside dans le rétablissement de l'équilibre sinon le renversement de la tendance actuelle⁴¹²».

411 Cf. Le Décret n°2010-449/PRES/PM/MEDD/MEF/MATDS/MFPTSS du 24 mai 2012 portant modalité de recrutement des éco-gardes et conditions d'exercice de leur métier au Burkina Faso ; articles 3 ; 6 ; 8 et 11.

412 Voir Ministère de l'Environnement et du Développement durable, Rapport sur l'état de l'environnement au Burkina Faso, 2014, p.96.

2.3.2 Le droit de préférence de facto au profit des riverains

Les populations riveraines locales tirent une bonne partie de leurs alimentations des produits forestiers, sans que ce droit sur les non ligneux ne leur soit expressément reconnu, l'administration forestière leur « laisse voie libre »⁴¹³ pour l'usage traditionnel. Dans la pratique ce sont les villageois qui se constituent en administration de gestion de certains produits non ligneux notamment ceux saisonniers. Ceux-ci vendent à des entreprises et grandes firmes qui s'organisent pour être plus proche des populations. Certains se sont spécialisés en acheteurs professionnels à travers des individus qu'ils placent dans les différentes régions regorgeant des produits forestiers non ligneux. D'autres, les organisent pour les récoltes moyennant une rémunération.

Il s'agit dans les faits, d'un détournement du droit d'usage qui se trouve désormais dans les mains des producteurs et de grands exploitants aussi bien nationaux qu'internationaux. Même le partage indirect à travers les impôts classiques, des bénéfices tirés de ces produits forestiers non ligneux n'est pas mis à profit. En réalité, l'impôt le plus adapté pour un partage bien orienté est la taxe parafiscale qui a le mérite de ne pas se confondre au budget général du trésor public. La destination de la taxe parafiscale est connue et intéressera le partage et la protection des produits forestiers non ligneux. Déjà que les productions et exploitations ne contribuent pas à l'effort national de restauration et de régénération des produits forestiers non ligneux. Il serait difficile dans ce contexte de réussir le partage direct pour que les avantages de ces produits soient perçus par les populations notamment les plus dépendantes. Les populations locales se servent généralement de ces produits, juste pour résoudre certaines de leurs difficultés spontanées ou pour faire face aux périodes de soudure. Pour le reste, c'est plutôt sous l'égide des exploitations commerciales ou industrielles que les riverains interviennent dans l'utilisation des PFLN.

2.3.3 La difficile administration des produits forestiers non ligneux

Au Burkina Faso, les produits forestiers sont gérés par le Ministère de l'Environnement et du Développement durable à travers son organe spécialisé, l'Agence de Promotion des Produits Forestiers Non Ligneux (APFNL). Pour l'instant, cette structure a du mal à jouer un rôle conséquent dans l'administration des PFNL pour plusieurs raisons. Sa soumission organique au Ministère en charge de l'Environnement explique en grande partie son incapacité financière et en terme de personnel pour couvrir tout le territoire national. Le budget qui lui est alloué est assez dérisoire et méprise le travail qui lui appartient de droit. L'agence a du mal à organiser l'administration des produits forestiers non ligneux à l'intérieur d'une gestion forestière très dominée par la conservation et la protection des ligneux. Ainsi, dans son organisation, l'APFNL s'appuie sur les structures déconcentrées (Directions régionales et provinciales) secrétées par le ministère de tutelle. Cette situation rend davantage difficile l'action de cette structure dans la mesure où, les structures sollicitées ne pourront que faire doublon dans leurs attributions. Et comme les activités ordinaires ne sont pas satisfaites du fait des difficultés liées au manque de personnel suffisant et de moyens matériels et financiers, l'administration des non ligneux ne pourra pas y avoir une part belle.

413 Il reste entendu que la liberté d'exploitation et d'utilisation des ressources naturelles n'existe pas au Burkina Faso

Pourtant, de plus en plus, des structures se spécialisent en filières professionnelles dans l'exploitation et la commercialisation des produits forestiers non ligneux. A titre illustratif, les plus importantes et les mieux organisées sont la filière karité, la filière gomme arabique, et la filière acajou. Ces structures organisent leurs activités et se montrent disponibles pour toute concertation sur les problématiques de leurs filières. L'APFNL a donc des atouts organisationnels à saisir et à améliorer pour une meilleure visibilité des vertus et avantages des non ligneux, afin de booster la réussite de leur partage juste et équitable.

Pour une réglementation de l'accès et du partage des bénéfices tirés des produits forestiers non ligneux

A la faible effectivité du droit burkinabè de l'environnement déjà périlleux, s'ajoute l'absence de la réglementation d'une large part de la forêt. L'élan d'un marché international ouvert et sans doute très peu regardant de l'intérêt général national est très favorable au mépris des droits fondamentaux des populations locales, vis-à-vis des ressources naturelles dont celles-ci dépendent de façon très importante. Dans un tel contexte, il est difficile de compter sur les ressources que l'on laisse sous le règne du vide juridique, les apparentant à des *res nilius*. La route du développement ne passe-t-elle pas aussi indispensablement par la route de la précision du statut juridique des différentes richesses naturelles nationales ? Cette œuvre de détermination du domaine du patrimoine national, concerne bien évidemment les produits forestiers non ligneux dont le bon encadrement et la promotion des vertus constituent une opportunité pour redorer le blason du produit intérieur brut, et contribuer au développement durable. C'est aussi à ce prix, qu'il serait possible de croire à la protection des intérêts des générations futures de ce pays, largement tributaire des appuis extérieurs. Pour réussir le partage des bénéfices tirés des produits forestiers non ligneux, il convient préalablement de :

- considérer les non ligneux à leur juste valeur et tenir compte de leur apport socio-économique ;
- encadrer juridiquement les non ligneux et définir leurs usages possibles, les conditions de leur accès, de leurs exploitations commerciales et domestiques ainsi que leur circulation y compris l'exportation ;
- structurer et organiser l'administration spéciale de tutelle en la rendant autonome par rapport au ministère de tutelle. Le statut d'établissement public de l'État, avec tutelle administrative du ministère en charge des forêts et tutelle financière du ministère en charge des finances, serait bien indiqué pour ce faire ;
- organiser les acteurs qui interviennent dans l'exploitation des non ligneux en les amenant à accepter la tutelle de la structure spécialisée ;
- définir une politique et une stratégie de protection et de partage des PFNL ;
- définir des normes et standards nationaux sur les PFNL qui serviront de référentiel pour leurs différentes exploitations ;
- renforcer le mécanisme de contrôle et de suivi des produits forestiers ;
- faire un inventaire au moins annuel des produits forestiers non ligneux et de leurs exploitations ;

- L'accès aux ressources génétiques et le partage équitable des avantages résultant de leur utilisation... •

- au niveau de l'intégration communautaire, prendre des directives sous régionales à l'instar de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC) qui s'est dotée de « Directives sous régionales relatives à la gestion durable des produits forestiers non ligneux en Afrique Centrale » en 2008.

BIBLIOGRAPHIE

FAO, *Vers une définition harmonisée des PFNL*, Unasylva. Vol.50, 198,1999/3, pp-4.

GARANÉ Amidou, « Etude de cas n°1- L'APA au Burkina Faso » in WYNBERG (R.) Sous dir.) *Accès à la biodiversité et partage des avantages dans des pays arides à endémisme élevé et à la diversité faible*, UICN, janvier 2004, 31 p.

GARANÉ Amidou et ZAKANÉ, Vincent *Droit de l'environnement burkinabè, Collection précis de droit burkinabè*, 2008, PADEG, 881p.

Ministère de l'Environnement et du Développement durable, *Rapport sur l'état de l'environnement au Burkina Faso*, REEB n°III, Ouagadougou, 2014.

ZAKANÉ Vincent, «Problématique de l'effectivité du droit de l'environnement en Afrique », in *Aspects contemporains du droit de l'environnement en Afrique de l'Ouest et centrale*, (sous coord.) Laurent GRANIER, UICN, Droit et politique de l'environnement, n°69, 223 p.



LISTE DES CONTRIBUTEURS

Co-éditeurs invités

Pag-yendu M. YENTCHARÉ	Doctorant, droit international de l'environnement, Faculté de droit, Université Laval, Canada.
Amidou GARANÉ	Maître-assistant, Université de Ouagadougou 2, Burkina Faso.

Auteurs

Marcel AMBOMO	Docteur en droit, Université de Nantes Diplômé de la Haute École des Avocats Conseils (HEDAC) de Versailles.
Christina BENINGER	Juriste en droit international des droits de l'homme, Programme des Nations Unies pour le Développement Myanmar.
Stefanie BENINGER	Doctorante en Marketing <i>Beedie School of Business</i> , Université Simon Fraser, Vancouver, Canada.
June N.P. FRANCIS	Professeur Associé en Marketing, <i>Beedie School of Business</i> , Université Simon Fraser, Vancouver, Canada.
Guy Jules KOUNGA	Chercheur en droit de la biodiversité/biosécurité, Université Yaoundé 2.
Sophie LAVALLÉÉ	Professeure titulaire, Faculté de droit, Université Laval, Québec, Canada.
Félix credo LILAKAKO MALIKUKA	Avocat, Expert en législation et politique de l'environnement et des ressources naturelles.
Cécile OTT DUCLAUX-MONTEIL	Docteure en droit de l'environnement de l'Université Jean Moulin Lyon, enseignante à l'Institut des Hautes Études de Sousse et chercheuse associée au Centre de droit international (Lyon 3).
Firmin W. OUEDRAOGO	Juriste, Membre du Secrétariat permanent du Plan d'action pour la gestion intégrée des ressources en eau (PAGIRE), Ouagadougou, Burkina Faso.
Frédéric PERRON-WELCH	Coordonnateur de Programme droit de la biodiversité/biosécurité, Canada.
Guy RABARISON	Docteur en biologie, Chercheur-Enseignant, Centre National de Recherches en Environnement.
Harinirina Saholy RAMBININTSAOTRA	Docteure en droit, Enseignante-Chercheur Département droit, Antananarivo, Madagascar.

Imprimé au Sénégal - Polykrome
Décembre 2014

