

Le partage des avantages, une nouvelle éthique pour la biodiversité ?

Frédéric THOMAS

Geoffroy FILOCHE

En 1992, la Convention sur la diversité biologique (CDB) a tenté d'instituer à l'échelle internationale un régime contractuel d'Accès et de partage des avantages (APA) entre fournisseurs et utilisateurs de ressources génétiques. Ce cadre contractuel d'APA constituait un tournant important dans l'économie des ressources génétiques, jusqu'ici considérées comme un patrimoine commun de l'humanité dans lequel les industries et la recherche pouvaient en général sans contrepartie (THOMAS, 2006), multipliant ainsi ce que les pays en développement et les ONG internationales dénonçaient alors comme des actes de biopiraterie (SHIVA, 1997). On peut ainsi y voir « un mouvement de fond indéniable » conduisant « d'une conception *a priori* étatiste et restrictive des échanges sur le vivant vers des mécanismes plus souples fondés sur la promotion du contrat » (BELLIVIER et NOIVILLE, 2006 : 216), mais aussi un puissant mécanisme pour faire des ressources génétiques locales et des savoirs traditionnels associés un nouvel horizon d'expansion du capitalisme, résultat de la néolibéralisation des politiques environnementales (cf. Introduction).

Vingt ans plus tard, cependant, le cadre contractuel imaginé par la CDB n'a pas donné lieu à la multiplication espérée de contrats de bioprospection entre les pays en développement et les firmes multinationales des industries du vivant. Seuls 39 pays sur les 193 Parties à la CDB ont établi des législations nationales sur l'accès et le partage des avantages, essentiellement des pays en développement (BUCK et HAMILTON, 2011 : 48). Aucun pays riche n'avait encore adopté de dispositions APA (à l'exception de l'Australie et de la Norvège) avant le protocole de Nagoya¹⁵. Le 3^e objectif de la CDB – partage juste et équitable des avantages résultant de la mise en valeur des ressources génétiques – est donc resté longtemps en panne. Sans entrer dans l'analyse des causes de cette panne, notamment le fait que la biodiversité se prête mal à une prise en compte par le marché (AUBERTIN *et al.*, 2007) ou le constat que le partage des avantages construit artificiellement les contours des communautés récipiendaires des retours, sans englober la totalité des collectifs assurant la conservation de la biodiversité (HAYDEN, 2007), ce chapitre propose de restituer la mise en place des APA au Brésil, au Mexique et au Vietnam. La première section examine le cadre institutionnel que ces pays ont mis en place pour tirer le meilleur parti des demandes d'accès à leur biodiversité. La deuxième section dresse un inventaire des contrats de bioprospection passés dans le cadre de ces régimes. L'objectif est d'opérer une évaluation des bénéfices partagés et de dresser l'inventaire des autres avantages pour le développement local. La dernière section présente le renouveau que le protocole de Nagoya, signé au Japon en novembre 2010, pourrait insuffler aux mécanismes de partage des avantages.

¹⁵ Signalons toutefois que la signature du protocole de Nagoya par les pays riches a déclenché un mouvement de rédaction de dispositions juridiques APA depuis 2010. C'est le cas de l'Europe qui vient juste d'adopter en avril 2014 le règlement n° 511/2014. C'est aussi celui de la France qui est en train de rédiger une loi sur la biodiversité dont le Titre IV porte précisément sur l'accès aux ressources génétiques et partage des avantages, voir www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl1847.asp (consulté le 23 mai 2015).

Les régimes d'accès aux ressources génétiques et de partage des avantages

Reconnaître les brevets sur des innovations qui découlent de l'accès à leurs ressources génétiques pour en partager les bénéfices a longtemps constitué une logique difficilement admissible pour les pays en développement, qui condamnaient le principe de brevetabilité du vivant tout en réclamant un partage des avantages résultant de l'accès à leur biodiversité. En ratifiant la CDB, les pays en développement ont admis implicitement ce mécanisme puisque la Convention fait clairement des brevets un des avantages qui découlent de l'accès aux ressources génétiques, et plus encore un avantage qui doit être respecté par les Parties, et qui constitue une source essentielle du partage des avantages, notamment sous la forme d'un transfert facilité de la biotechnologie brevetée. Il ressort encore de la lecture conjointe des articles 1 et 16 que les États membres de la CDB reconnaissent que les biotechnologies protégées par brevet et la diffusion de ces biotechnologies peuvent contribuer aux objectifs de la convention¹⁶. Certes, l'article 16.5 mitige ce point de vue dans la mesure où il introduit la possibilité que les brevets aient des impacts négatifs sur les objectifs de la Convention, mais pour ajouter aussitôt que les Parties à la Convention doivent coopérer pour faire en sorte qu'il n'en soit pas ainsi. La Convention soutient donc assez fortement l'idée que, théoriquement, les OGM brevetés peuvent contribuer aux objectifs de la Convention, c'est-à-dire à la conservation de la biodiversité, à l'utilisation durable de ses éléments et au partage des avantages avec les populations. Grâce à la CDB, la reconnaissance de la brevetabilité du vivant à l'échelle internationale a donc accompli un pas décisif (THOMAS, 2006).

Chaque État a néanmoins tenté de transcrire les dispositions de la CDB de manière à en tirer le meilleur parti. Ainsi, parmi les

¹⁶ L'article 1 affirme que le « transfert approprié de techniques pertinentes » constitue un moyen privilégié pour assurer non seulement le partage des avantages, mais aussi la conservation de la biodiversité et l'utilisation durable des ressources génétiques, puis l'article 16 affirme que le terme « technologie » inclut la biotechnologie et que les « brevets » les protégeant doivent être respectés.

trois pays étudiés, le gouvernement brésilien s'est engagé dans une voie visant à limiter le plus possible le droit des brevets sur les éléments de la biodiversité nationale, tout en espérant en contrôler le plus possible l'accès (NOGUEIRA *et al.*, 2010 ; BEAS RODRIGUES, 2010). La mesure provisoire n° 2052 de 2000 et n° 2186-16 de 2001 sur l'accès et le partage des avantages a ainsi créé le Conseil de gestion du patrimoine génétique (CGEN) relevant du ministère de l'Environnement qui a mis en place une gestion très bureaucratique de l'accès aux ressources génétiques, le but étant de faire payer le plus possible au demandeur d'accès (MARQUES, 2011). La mesure provisoire vise à ce que les instituts brésiliens soient toujours impliqués comme intermédiaires entre les demandeurs d'accès à la biodiversité et les communautés pourvoyeuses. L'État cherche à s'assurer une maîtrise juridique du patrimoine génétique à l'égard des pays étrangers mais aussi à l'égard des intérêts privés internes. Pour nombre d'observateurs, il en résulte une forte étatisation du régime d'APA doublée d'un contrôle étroit des activités de bioprospection de la part des ONG (SANTILLI, 2005 ; AUBERTIN *et al.*, 2007). Au contraire, le Mexique n'a pas développé de dispositifs administratifs très importants pour autoriser l'accès aux ressources génétiques du pays, considérant qu'un cadre législatif trop contraignant serait contraire à l'épanouissement de la recherche nationale. Ainsi, sur le modèle de InBIO au Costa Rica¹⁷, la commission nationale d'études et de mise en valeur de la biodiversité (Conabio), fondée dès 1992 pour faire du Mexique un leader de la diplomatie environnementale (GLENDER et LICHTINGER, 1994 ; FILOCHE et FOYER, 2011 : 240), fut créée pour constituer une structure chargée de centraliser les informations scientifiques, juridiques et économiques relatives à la biodiversité mexicaine sans la mission d'encadrer les contrats de bioprospection entre investisseurs et d'éventuels ayants droit locaux. L'absence de dispositions juridiques et administratives précises va se révéler très propice au développement de fortes controverses autour de programmes de bioprospection dénoncés comme de la biopiraterie

¹⁷ Le projet Merck-Inbio a été monté au tout début des années 1990 au Costa Rica, avant même la CDB, entre la multinationale pharmaceutique Merck et une instance semi-publique, l'Institut national de biodiversité, Inbio. Il constituait alors le contrat de bioprospection donné en exemple dans la mesure où, grâce au principe du partage des bénéfices, il apportait une vision gagnant-gagnant de la biodiversité.

par différentes associations indigènes locales et ONG environnementalistes internationales (DUMOULIN et FOYER, 2004 ; FOYER, 2010 : 134-144).

Le Vietnam présente une situation intermédiaire. La loi sur la biodiversité de 2008 confie à différentes administrations, selon la localisation des ressources génétiques, le soin de délivrer des permis d'accès aux demandeurs d'accès aux ressources génétiques qui sont la propriété de l'État, le bénéficiaire s'engage en retour à fournir des rapports sur ses résultats de recherche, particulièrement sur le développement et la commercialisation de produits résultant de l'accès (loi sur la biodiversité n° 20/2008/QH12). La logique est très administrative à première vue, mais elle doit être replacée dans le cadre de l'économie socialiste de marché qui transfère aux administrations, aux instituts de recherche et aux compagnies nationales le pouvoir de passer des contrats de droit privé avec des investisseurs, y compris étrangers, pour mettre en valeur les ressources génétiques dont elles ont la charge. L'État espère ainsi se délester du poids financier de la pléthorique administration de la période collectiviste en lui donnant le plus possible les moyens de son autonomie financière (décret 115).

Schématiquement, deux modèles de régime APA se dégagent : un modèle libéral défendu par la diplomatie occidentale, qui impose autant qu'elle le peut les lignes directrices de Bonn visant à limiter le plus possible les contraintes d'accès dans le but de favoriser la mise en valeur et l'innovation ; un modèle relevant davantage de nationalismes économiques, encadrant au contraire très strictement l'accès à la biodiversité, multipliant les mesures administratives de contrôle d'accès à la biodiversité, réclamant des droits d'entrée élevés et un suivi de l'utilisation des ressources génétiques. Dans l'éventail des possibles entre ces deux modèles, où se situent les pays étudiés ?

Les contrats de bioprospection

Dans la pratique, les contrats de bioprospection sont peu nombreux et rarement le résultat de négociations directes entre une firme biotechnologique et des communautés locales dans l'objectif

de mettre en valeur la biodiversité et les savoirs traditionnels associés. Bien que les substances naturelles et les savoirs locaux associés continuent de jouer un rôle primordial pour les laboratoires (KOEHN et CARTER, 2005), le chemin qui va de la campagne de bioprospection à la mise sur le marché d'une nouvelle molécule est généralement si long et chaotique que les populations locales et les pays d'origine peuvent difficilement en suivre les débouchés commerciaux pour réclamer un partage des bénéfices commerciaux (CAPSON et GUÉRIN-MCMANUS, 2009). Les contrats de bioprospection sont donc essentiellement passés entre organismes publics ou dans le cadre de consortiums public-privés qui se déclarent à but non commercial. Ils concernent majoritairement des pays d'Amérique latine qui sont les plus sensibles à la question des droits des peuples autochtones.

Tableau 1.

Nombre de permis d'accès et de contrats APA en 2010 (VIVAS-EUGUI, 2012 : 10).

Pays	Type d'accord	Nombre total	Non commercial	Commercial
Pérou	Permis de prospection scientifique (principalement)	423	422	1
Costa Rica	Permis d'accès à des ressources génétiques pour recherche de base (principalement)	150	135	15
Australie	Permis d'accès à des ressources biologiques	107	106	1
Colombie	Contrats APA	41	40	1
Brésil	Contrats APA	22	(distinction non faite)	
Venezuela	Contrats APA	10	10	0
Philippines	Accord de recherche commercial et académique	6	(distinction non faite)	
Mexique	Accès avec clauses de partage des bénéfices	3	(les deux)	
Afrique du Sud	Accords de partage des bénéfices	2	1	1
Bolivie	Contrat APA	1	0	1
Panama	Permis d'accès	1	1	0
Éthiopie	Contrat APA	1	0	1
États-Unis	Autorisation de bioprospection	1	1	0

Les contrats de bioprospection peuvent prendre des formes très différentes selon les pays, les acteurs qui y prennent part, le contexte et les objectifs des collectes. Les conditions de

négociation et les termes des contrats, en particulier les principes fondamentaux de consentement préalable informé et de termes mutuellement consentis, sont également très variés. Les contextes sociaux et les particularités de chaque projet apportent également une très grande hétérogénéité dans les contrats. Pour toutes ces raisons, il est nécessaire de mener quelques études de cas.

Les accords de partage des avantages (APA) au Mexique

L'APA entre Sandoz-Novartis et l'Uzachi

Au Mexique, seuls deux projets de bioprospection ont véritablement abouti en vingt ans. Le premier, mené par le géant pharmaceutique Sandoz-Novartis et par l'Union des communautés Zapoteco-Chinanteca (l'Uzachi regroupe les quatre communautés de la Trinidad, Santiago Xiacui, Capulalpam de Méndez et Santiago Comaltepec) débute en 1992 avec Sandoz (qui devient Novartis en fusionnant avec Ciba en 1996). Les communautés rassemblées dans l'Uzachi ne sont pas des populations reculées vivant en autarcie, elles se caractérisent au contraire par un important degré d'intégration au marché. Elles participent aussi depuis plus de vingt ans à un projet de gestion communautaire durable des ressources forestières (LARSON-GUERRA *et al.*, 2004). Les premiers contacts avec l'entreprise Sandoz ont été établis par l'intermédiaire d'une ONG locale, Estudio Rural y Asesoría (ERA). L'ONG ERA a constitué un intermédiaire entre les deux parties, elle joue un rôle central de conseil et de traducteur pour l'Uzachi. Francisco Chapela, son directeur, et son frère Ignacio, micro-biologiste, chercheur à UC Berkeley et ancien employé de Novartis, jouent un rôle central dans la construction du projet¹⁸. Avec les communautés, ils fixent quatre conditions pour la mise en œuvre du projet : 1) les plantes et savoirs traditionnels doivent être exclus du projet ; 2) le travail de collecte doit être réalisé par les membres de la communauté et l'accès des scientifiques aux territoires des communautés interdit ; 3) le dépôt de brevet sur les micro-organismes issus du projet doit également être interdit ;

¹⁸ Entretien de Jean Foyer avec Ignacio Chapela, le 24 décembre 2004.

4) les bénéfices à court et moyen termes pour le développement local sont préférés aux bénéfices financiers à long terme comme le partage de royalties (BARUFFOL, 2003).

La deuxième condition constitue l'élément clé de la réussite du contrat en plaçant les communautés locales au centre des activités de bioprospection. Cette condition permet la formation de personnels et le paiement de salaires pour les collectes. Novartis investit sur place 100 000 dollars dans l'installation d'un laboratoire pour la préparation des échantillons. Ce laboratoire a été ensuite reconverti dans la production de spores de macro-champignons comestibles et de fleurs ornementales, pour promouvoir ces cultures et ces usages de la biodiversité dans d'autres communautés de la région¹⁹. La reconversion du laboratoire vers cette initiative de développement durable a permis de donner une continuité originale au projet de bioprospection, en mettant en valeur les nouvelles capacités du personnel et le matériel qui avait été acquis. Pour l'Uzachi, le but ultime du contrat était d'augmenter le capital social des communautés sur la gestion des ressources naturelles. La dynamique endogène du projet et la participation locale ont été privilégiées et c'est par ce biais que le contrat de bioprospection a pu devenir un outil de développement local. De manière générale, les membres de l'Uzachi se sont montrés très satisfaits de leur coopération avec Novartis.

L'APA ICBG Zones arides

Le second exemple de contrat APA est tout à fait différent. Il relève d'un grand consortium américain, l'International Cooperative Biodiversity Group (ICBG), promu par le National Institute of Health, la National Science Foundation, et l'Usaid. L'ICBG a placé à ses débuts le principe de partage des avantages avec les populations locales au centre de ses programmes de bioprospection (qui sont principalement tournés vers la recherche pharmaceutique)²⁰. Tous les cinq ans depuis 1993, l'ICBG lance un appel d'offres pour la mise en place de projets de bioprospection dans des pays de grande biodiversité. Ce consortium joue un rôle de bailleur de

¹⁹ Entretien de Jean Foyer avec Lilia Pérez, le 26 avril 2004.

²⁰ Pour une présentation détaillée des principes de l'ICBG, voir www.icbg.org/pub/principles.php (consulté le 26 juin 2012).

fonds pour des institutions américaines voulant organiser un projet de coopération avec des institutions étrangères. Généralement, les sommes attribuées sont de l'ordre de cinq millions de dollars pour cinq ans.

Le programme ICBG Zones arides est une composante de cette machinerie institutionnelle. Il s'est déroulé dans trois pays d'Amérique latine (Argentine, Chili et Mexique) entre 1993 et 2003 (pour la partie mexicaine à partir de 1995) (DUMOULIN et FOYER, 2004). Ce programme est connu grâce au doctorat de Cori Hayden, une anthropologue de l'université de Berkeley qui a d'abord montré que les communautés locales n'ont pas été associées aux processus de négociation (HAYDEN, 2003). Le noyau dur du contrat a été négocié entre l'université de Tucson (Arizona) et l'université nationale autonome du Mexique (Unam) sous l'égide de l'ICBG, sans la participation des communautés locales. L'accord lui-même se résume à une convention entre deux universités sans lien avec le développement durable des économies locales. Par contre, l'université de Tucson, chargée de coordonner le projet, a passé des contrats bilatéraux associant l'entreprise américaine Wyeth Research en vue de la mise au point de produits pharmaceutiques découlant potentiellement de la bioprospection²¹. L'Unam s'est engagée à fournir des composés purifiés en échange d'appuis financiers, mais les collectes n'ont pas été l'occasion d'associer les populations locales. Elles ont eu lieu dans les principaux marchés où sont vendues des plantes médicinales. Robert Bye, le directeur du jardin botanique de Mexico, a défendu ce choix en précisant qu'aucune recherche n'avait été réalisée sur les savoirs traditionnels, mais seulement à partir de produits et de connaissances relevant du domaine public²². Ce choix, loin d'être innocent, permet d'avoir un accès rapide à un matériel végétal déjà sélectionné pour ses vertus thérapeutiques, puisque présent sur les marchés. Le projet repose donc essentiellement sur la mise en place des revenus fixes pour des institutions universitaires mexicaines souvent en difficulté financière et sur un transfert de savoir-faire ou de technologies en direction du laboratoire de physique de l'Unam. Il stipule aussi que tout le travail

²¹ Dixième corporation pharmaceutique en 2002, avec 12,38 millions de dollars de vente selon ETC Group, 2003.

²² Entretien de Jean Foyer avec Robert Bye, les 15-16 juin 2004.

de collecte soit effectué par le personnel du jardin botanique²³. Il prévoit qu'en cas de développement d'un produit commercial par Wyeth, l'Unam aura droit à des royalties sur les ventes. Pour Cori Hayden, Robert Bye a bien su jouer de l'absence de statut clair de l'herboristerie mexicaine, située entre savoirs traditionnels « purement indigènes » et connaissances taxonomiques « scientifiques », et il a facilement constitué ce corpus de connaissances en un patrimoine national appartenant au domaine public, évitant toute question de droits sur l'usage de ces connaissances (HAYDEN, 2003 : 125-190, 131).

Les responsables de l'ICBG ont critiqué cette approche consistant à collecter sur les marchés, et après les controverses sur l'ICBG Maya²⁴, ils ont demandé à Rober Bye de collecter directement auprès des communautés locales, sur la base de permis clairs, pour éviter toute critique contre le projet (HAYDEN, 2003 : 233). C'est ainsi qu'est né un projet annexe de « mise en valeur durable des plantes de la Sierra de Alvarez, San Luis Potosí », appuyé par le Fonds mexicain pour la conservation de la nature et l'ICBG, dans le but de donner une nouvelle crédibilité à l'ICBG ZA. Tout en prévoyant clairement des modalités de partage des avantages, ce projet affiche comme objectif « la conservation, la gestion et/ou récupération d'espèces ainsi que l'usage durable et la restauration » (BYE, 2004).

La comparaison des accords Novartis/Uzachi et ICBG ZA permet finalement de montrer les conditions nécessaires pour que les contrats de partage des avantages deviennent des outils de développement local durable, notamment la nécessité d'associer, dès les premières étapes, les communautés locales à la formalisation de leurs exigences et des mécanismes qu'elles considèrent elles-mêmes comme des bénéfices directs. La réussite des accords de partage des avantages est également fortement conditionnée à des formes préalables d'organisation associative et communautaire.

²³ Entretien de Jean Foyer avec Robert Bye et Rachel Mata, les 15-16 et 29 juin 2004.

²⁴ L'ICBG Maya est un autre projet ICBG correspondant à la seconde vague des projets ICBG (1998-2003) devant se dérouler dans l'État du Chiapas au Mexique. Il a été annulé en 2001 suite à une très violente controverse (DUMOULIN et FOYER, 2004) qui a aussi eu raison d'un autre projet mené par l'Institut de biotechnologie de l'Unam et par l'entreprise Diversa. Suite à ces controverses, aucun projet formalisé n'a vu le jour au Mexique.

Il apparaît tout aussi clairement que des contrats de bioprospection signés avec des partenaires institutionnels indifférents aux attentes locales ont peu de chances de réussir en termes de développement durable en débarquant *ex nihilo* dans des communautés. Les gros programmes de l'ICBG montrent aussi que le respect des grands principes de la CDB – l'accord préalable informé et le partage des avantages – est le plus souvent très formel, et que ces principes ne constituent pas en soi des instruments solides de développement durable. Ce type de contrats uniquement basé sur des accords préalables supposés informés et des partages hypothétiques de bénéfices incertains à long terme, contribue finalement à contourner la difficile question du droit des populations sur leurs ressources et leurs savoirs.

La flexibilisation des normes APA au nom de la science au Brésil

Au Brésil, beaucoup considèrent que le système d'APA tel que mis en place par les mesures provisoires de 2000 et 2001 complique inutilement l'accès aux ressources génétiques. De l'avis général, le système n'a pas été efficace (SACCARO, 2011), soit parce qu'il n'a pas empêché l'accès non contrôlé aux ressources (selon les ONG), soit parce qu'il a paralysé la recherche (selon les scientifiques). Même si les rapports de force peuvent changer, c'est ce dernier point de vue qui semble aujourd'hui dominant.

Les chercheurs réclament la réforme du système (MARQUES, 2011), en s'appuyant sur une mouvance internationale qui remet en cause le caractère légitime et adapté des règles d'APA (GRAJAL, 1999 ; JINNAH et JUNGCURT, 2009 ; KURSAR, 2011). Par le biais notamment de la Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), les scientifiques réaniment des arguments relativement anciens même s'ils varient : selon certains, la biodiversité n'appartient, sinon à personne, au moins pas uniquement à des propriétaires fonciers, à des communautés locales ou à un appareil d'État. Pour d'autres, il est contestable ou impossible en pratique de donner des droits à des communautés particulières sur des plantes extrêmement diffusées, voire incluses dans la pharmacopée officielle depuis longtemps.

La recherche publique rejoint ainsi dans une certaine mesure les arguments de certaines firmes pharmaceutiques qui arguent que

les plantes médicinales sont un patrimoine national qui appartient à tous les Brésiliens et que leurs bénéfices tangibles se trouvent dans les médicaments qu'elles mettent au point. C'est notamment la position de la firme Aché, dans le procès qui l'oppose à l'Union fédérale pour ne pas avoir demandé d'autorisation ni signé de contrat de partage des avantages pour l'exploitation de l'*erva baleeira* (un arbuste de la famille des verbénacées utilisé dans la production de l'Acheflan, leader des anti-inflammatoires au Brésil).

Les revendications des chercheurs et des firmes ont été entendues dans une certaine mesure (FILOCHE, 2012). Même s'il n'est pas question de libre accès, les temps sont révolus où le CGEN, institution critiquée pour ne pas être au fait des pratiques des scientifiques, avait tout pouvoir pour accorder l'accès. L'octroi de l'accès pour des recherches à but non commercial ou même commercial est désormais délégué (sauf lorsque des savoirs traditionnels sont en jeu) au Conseil national du développement scientifique et technologique (CNPq)²⁵. La mission d'agence de ce dernier auprès du ministère de la Science et de la Technologie le conduit naturellement à être plus proche des demandes des chercheurs et des laboratoires privés que ne l'était le CGEN, même si c'est toujours ce dernier qui doit valider les contrats de partage des avantages.

De même, depuis 2006 les scientifiques menant des recherches non commerciales en taxonomie, phylogénie, etc., disposent d'un accès préférentiel aux ressources génétiques²⁶. En cas de découverte à potentiel commercial, les règles d'APA réapparaissent, et leur respect est appuyé par le fait que les chercheurs et firmes doivent prouver lors d'un dépôt de brevet qu'ils ont bien obtenu l'autorisation et qu'un contrat de partage des avantages a été signé. De même, en cas de recherche à but commercial, la signature d'un contrat de partage des avantages n'est plus requise en amont de la procédure, mais bien lorsque les recherches aboutissent plus concrètement. Ces réformes ont été adoptées sans controverse majeure, mais il semble également que tous ces ajustements ne sont pas encore intégrés dans les pratiques des chercheurs, des entreprises ou des agents publics qui peinent encore à bien savoir

²⁵ Délibération n° 268 du 9 décembre 2010.

²⁶ Résolution n° 21 du CGEN du 31 août 2006.

quelles normes s'appliquent à quelles situations. Par exemple, le souci du CGEN a été d'éviter d'assimiler à de l'accès aux ressources génétiques des activités telles que la confection d'huiles essentielles vendues par des petits producteurs sur des marchés locaux, ou l'utilisation industrielle d'extraits naturels dans des shampoings. Pourtant, dans le cadre d'une opération nommée « *Novos Rumos* » (nouvelles voies), l'Institut brésilien pour l'environnement et les ressources naturelles renouvelables (Ibama), organe public ayant la compétence de constater les infractions à la législation environnementale, a sanctionné (amendes de plusieurs millions de reais) 35 entreprises en juillet 2012, au motif qu'elles avaient utilisé des extraits d'açaí, de cupuaçu ou de castanha do Brasil. Si l'argument est que ces entreprises (brésiliennes ou multinationales) n'ont pas partagé le revenu de leur exploitation avec les localités d'où elles avaient été extraites, l'Ibama ne détermine pas qui sont les titulaires des droits sur ces ressources présentes partout au Brésil, et quelquefois même non brésiliennes (comme le cacao). Dans plusieurs de ces cas, l'Ibama ignore le système tel qu'affiné par le CGEN, soit par méconnaissance, soit pour réaffirmer ses prérogatives en la matière pour compenser sa perte d'influence au plan national en se forgeant une image de défenseur du patrimoine brésilien.

Le parcours du Brésil en vingt ans est saisissant, et sa perception de lui-même a évolué. Il est passé d'un statut exclusif de fournisseur de ressources génétiques à celui, hybride, d'utilisateur autant que de fournisseur (FILOCHE, 2013). Durant les années 1990 et le début des années 2000, l'enjeu a été de faire de la biodiversité un patrimoine national et d'en définir l'allocation en donnant des droits soit à des propriétaires fonciers, soit à des communautés locales, tout en maintenant un fort contrôle de l'État. Aujourd'hui, l'enjeu pour une partie des scientifiques et des firmes est plutôt de faire valoir un « droit à travailler » sur la biodiversité qui soit pris en compte autant que les droits des autres parties prenantes, et de créer plus facilement des partenariats avec les communautés lorsqu'elles le souhaitent (CALIXTO, 2005 ; VÉLEZ, 2010). Ils appuient ces revendications sur des politiques de l'État, comme la *Política Nacional de Plantas Medicinais e Fitoterápicos*²⁷ et la *Política*

| ²⁷ Décret n° 5813 du 22 juin 2006.

de *Desenvolvimento da Biotecnologia*²⁸, argumentant que celles-ci présupposent un accès effectif aux ressources. Pour d'autres, c'est la légitimité même des droits de ces parties prenantes qui est sujette à caution, ceux qui doivent être privilégiés étant ceux qui valorisent ce patrimoine national dans l'intérêt national. Le régime APA ne doit pas, par exemple, constituer un obstacle aux industries pharmaceutiques que les pouvoirs publics soutiennent, par ailleurs, par des politiques de brevetabilité des médicaments qui leur sont extrêmement favorables, afin de permettre aux populations pauvres un accès à des médicaments génériques bon marché, voire gratuit pour les antirétroviraux (CASSIER et CORREA, 2007 ; REZAIÉ *et al.*, 2008) (cf. chapitre 2).

Le protocole de Nagoya au secours des contrats de bioprospection

Ce parcours accompli par le Brésil en vingt ans à l'intérieur de ses frontières en matière d'APA a largement nourri les débats de la CDB au moment de la mise en place du régime international d'accès et de partage des avantages. Le protocole de Nagoya, signé au Japon le 30 octobre 2010, lors de la 10^e Conférence des Parties de la CDB, porte largement la trace des échecs et des évolutions que nous venons d'examiner. Il est ainsi traversé par une tension qui vise, d'un côté, à relancer la dynamique des contrats de bioprospection en mettant en place des dispositifs inédits de surveillance et de suivi des contrats de partage des avantages, et de l'autre, à desserrer l'étau des contraintes d'APA pour la recherche en instaurant un régime d'accès facilité pour la recherche non-commerciale.

Renforcer la surveillance et le suivi des mécanismes de partage des avantages

L'article 5 du protocole de Nagoya réitère l'obligation de la CDB imposant aux demandeurs d'accès de partager les avantages

| ²⁸ Décret n° 6041 du 8 février 2007.

découlant de l'accès aux ressources génétiques avec la Partie pourvoyeuse, mais il précise surtout l'incitation à partager les avantages avec les communautés autochtones et locales (CAL). Certes, l'article 5.2 n'impose aucune obligation de partage avec les populations, quand les États ne reconnaissent pas de droits particuliers à leurs autochtones sur les ressources génétiques locales, mais beaucoup d'États des pays en développement ont déjà élaboré des législations dans ce sens, ce qui contraint alors les demandeurs d'accès à partager les avantages directement avec ces communautés. L'article 6 précise que ce sont les États qui délivrent le consentement préalable informé (CPI) autorisant l'accès aux ressources génétiques (art. 6.1), mais que les communautés autochtones et locales « qui ont des droits reconnus sur leurs ressources génétiques dans les législations nationales » détiennent aussi ce droit de délivrer leur CPI (art. 6.2). Le protocole leur reconnaît aussi logiquement le droit de délivrer un troisième type de CPI pour l'accès à leurs savoirs traditionnels (art. 7). Le protocole de Nagoya institue donc trois types de CPI :

- a) le consentement des États Parties pour l'accès à « leurs » ressources génétiques ;
- b) celui des CAL pour l'accès à « leurs » ressources génétiques ;
- c) celui des CAL pour l'accès à « leurs » savoirs traditionnels.

Le premier a un caractère obligatoire, à défaut, tout prélèvement de ressources génétiques tombe sous la qualification de biopiraterie. Il n'a rien de nouveau par rapport à la CDB. Les deux autres, même si leur existence est conditionnée aux dispositions législatives nationales, constituent en revanche des dispositions nouvelles, susceptibles de faire bouger les positions les plus crispées des pays possédant une culture politique très centraliste et refusant d'accorder des droits particuliers à leurs communautés au nom du principe d'une citoyenneté unique. Du moins vise-t-il cet objectif. La France commence, par exemple, à reconnaître dans ses possessions d'Outre-mer qui ont délégation de compétence en matière environnementale, des droits particuliers aux « communautés locales » sur les ressources biologiques (en Guyane, voir la loi sur le Parc national de Guyane française n° 2006-436 du 14 avril 2006 et les articles L. 331-15-6 du code de l'environnement ; en Nouvelle-Calédonie, voir la délibération n° 06-2009 du 18 février 2009 ; et les articles 311-1 et s. du code de

l'environnement de la Province du Sud ; et plus récemment pour la Polynésie, la « *Loi du pays* » n° 2012-5 du 23 janvier 2012)²⁹.

Ces *obligations* de partage avec les Parties et ces *incitations* au partage avec les populations seront d'autant plus contraignantes que, désormais, chaque Partie doit prendre des mesures afin de vérifier que les ressources génétiques exploitées sur son territoire ont été acquises en conformité avec la législation du pays fournisseur. Durant les négociations, les pays riches ont eu beau jeu d'opposer à cette exigence du suivi de l'utilisation des ressources sur leur territoire la nécessité d'une plus grande transparence sur les conditions d'accès, faisant valoir qu'ils ne pouvaient vérifier la conformité de l'accès avec les règles du pays pourvoyeur si ces règles n'étaient pas claires. Pour sortir de cette tension entre renforcement de la transparence sur les conditions d'accès du côté du pays fournisseur et renforcement du suivi de la conformité du côté du pays de l'utilisateur, le protocole réussit à instituer une reconnaissance mutuelle des règles des pays pourvoyeurs et utilisateurs. C'est là sa plus grande réussite diplomatique. Chaque Partie s'engage donc à « assurer la certitude juridique, la clarté et la transparence de ses exigences » (art. 6.3), en nommant des correspondants nationaux (CN) et les autorités nationales compétentes (ANC) qui délivrent le(s) CPI et précisent le contenu qu'il convient de donner aux termes mutuellement convenus (TMC) (art. 13).

Grâce à ces informations, les Parties doivent être en mesure d'assurer le suivi de la conformité des procédures d'accès de leurs ressortissants à des ressources génétiques ou à des savoirs

²⁹ Signalons aussi le projet de loi de la France sur la biodiversité de 2014 en cours d'examen à l'Assemblée nationale au moment où ce chapitre est rédigé. Dans ce projet, la France réaffirme que les ressources génétiques sont un « patrimoine commun national », manière de rappeler qu'aucune communauté ne saurait revendiquer de droits sur ces ressources. Pour honorer les engagements internationaux de la France, le projet met néanmoins en place la notion de « communautés d'habitants » avec lesquelles des partages d'avantages seraient rendus possibles par la loi. Cependant, la définition très restrictive de ces communautés d'habitants et des circonstances donnant lieu au partage, la représentation de ces communautés par une personne morale de droit public et l'exclusion de l'essentiel des ressources génétiques du champs du partage des avantages montrent bien que la préoccupation centrale du projet de loi est en fait la sécurité juridique du demandeur d'accès pour favoriser la mise en valeur de ce patrimoine par la R&D et non pas le partage des avantages. Sur le fond, la philosophie générale reste la même : les ressources génétiques relèvent du domaine public en vue d'en faire un stock en libre accès pour les développeurs d'innovations (Thomas, 2015).

traditionnels. Elles doivent pour cela mettre en place un ou des points de contrôle (PC) (art. 17.1) qui vérifient l'origine de la ressource génétique, le(s) CPI, les TMC. Elles peuvent aussi s'appuyer sur le certificat de conformité international (CCI) qui est en fait le permis d'accès délivré par les autorités nationales compétentes une fois transmis au centre d'échange APA de la CDB (article 6.3 e). Ce certificat constitue la preuve internationale que l'accès à la ressource génétique a respecté les procédures du pays fournisseur (art. 17.2). Les points de contrôle sont encore chargés de collecter toutes les informations pertinentes « à tous les stades de la recherche, du développement, de l'innovation, de la pré-commercialisation ou de la commercialisation » (art. 17.1 a iv). Ils sont donc chargés de suivre la conformité de l'utilisation des ressources génétiques avec les termes du CPI et le contenu des TMC au cours du processus de mise en valeur de ces ressources.

En fait, pour que les points de contrôle puissent mener à bien cette mission de suivi de l'utilisation de la ressource, il faudrait que le certificat de conformité international (CCI) devienne obligatoire au moment de l'exploitation commerciale de l'innovation découlant d'une ressource génétique acquise dans le cadre du protocole. Il faudrait, par exemple, que les offices de propriété intellectuelle réclament ce certificat lors du dépôt d'une demande de brevet sur une innovation reposant sur des ressources génétiques. Cette obligation de divulguer l'origine des ressources génétiques et biologiques au moment du dépôt d'un brevet est une question très débattue au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Si cette question piétine à l'OMC³⁰, elle progresse un peu depuis le protocole de Nagoya au sein du comité intergouvernemental de l'OMPI sur la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, le savoir traditionnel et le folklore³¹. Le protocole devrait tout particulièrement permettre de lever les réserves de ce

³⁰ L'exigence de divulgation de l'origine a émergé au début du cycle de négociations de Doha en 2002, consécutivement à l'élargissement du mandat de révision de l'article 27.3 b de l'accord Adpic qui prévoit l'examen de la relation entre cet accord Adpic et la CDB (paragraphe 19 de la Déclaration de Doha de 2001).

³¹ Ce comité a été créé en 2001 pour examiner le rapprochement des pratiques de l'OMPI avec l'objectif de la CDB de partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques. Voir le programme d'activités de l'OMPI: *Intergovernmental Committee*, voir www.wipo.int/tk/en/igc/

comité sur la difficulté de disposer d'une source fiable apportant la preuve de l'origine de la ressource génétique. Le CCI (certificat de conformité international) pourrait constituer cette base juridique fiable puisqu'il contient des informations officielles sur l'autorité de délivrance du permis d'accès, la date de délivrance, le fournisseur de la ressource, l'entité à laquelle le certificat a été donné, le sujet et les ressources génétiques couverts par ce certificat, une confirmation qu'un accord de partage a été établi, l'utilisation à des fins commerciales et/ou non commerciales (art. 17.4). Le CCI du protocole de Nagoya constitue donc incontestablement le premier pilier d'un pont juridique à jeter entre les mécanismes APA de la CDB et ceux de la propriété industrielle de l'OMPI. La balle est désormais dans le camp de l'OMPI, qui doit maintenant couler le second pilier : l'exigence de divulgation de l'origine. Inclure les offices nationaux de la propriété intellectuelle au nombre des PC du protocole de Nagoya serait aussi un excellent moyen pour ces offices d'intégrer le recours systématique au CCI dans leurs pratiques d'examen des brevets (THOMAS, 2012).

Le principe d'accès facilité pour la recherche

Comme on l'a évoqué à propos du Brésil, la communauté scientifique internationale, en vingt ans, s'est peu à peu organisée pour soulever les difficultés que posent les principes de partage des avantages pour la recherche scientifique. Le protocole de Nagoya répond en partie à cette « demande des scientifiques » (ou de certains scientifiques) en instituant à l'article 8 la notion « d'accès facilité » pour la recherche non-commerciale. Cet accès facilité constitue une sorte de principe « d'exception de recherche », bien connu des spécialistes des droits de la propriété industrielle, mais qui n'existait pas jusqu'ici dans la philosophie de la CDB. Son introduction dans le protocole de Nagoya est l'aboutissement d'un travail de lobbying des instituts de recherche publique, et particulièrement du *Consortium for Barcode of Life* (CBOL), en vue de ne pas faire du protocole une source de difficultés supplémentaires pour les chercheurs qui ont souvent besoin d'accéder facilement et rapidement aux ressources génétiques³². À cette

³² CBOL est un consortium financé par la Fondation Alfred P. Sloan qui regroupe 200 organisations de plus de 50 pays. À la suite de la COP 9 de Bonn, CBOL

fin, le protocole prévoit des « mesures simplifiées d'accès pour la recherche à des fins non commerciales » (art. 8a) ainsi que des « mesures expéditives d'accès rapide aux ressources génétiques » en cas d'urgence sanitaire (humaine, animale ou végétale, art. 8b).

L'introduction de ce principe d'exception de recherche dans le paysage de la CDB soulève beaucoup d'interrogations. Doit-on comprendre qu'à des fins non-commerciales, un chercheur pourra accéder aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels en dérogeant purement et simplement aux règles d'obtention des différents types de CPI et en s'abstenant de rédiger les TMC avec les ayants droit ? Comment distinguera-t-on la recherche non commerciale de celle qui l'est ? Le couplage entre la recherche publique et les filières privées dans le cadre de consortiums public-privé où le savoir est partagé entre les partenaires rend assez illusoire la séparation entre la recherche marchande et non marchande, particulièrement dans le domaine des sciences de la vie et des biotechnologies (BONNEUIL et THOMAS, 2009).

À lire les codes de bonnes pratiques des instituts publics de recherche, reconnaissant à la fois le principe éthique du partage des avantages tout en militant en faveur du principe d'accès facilité pour la recherche non commerciale, on comprend que la recherche dite publique entend produire ses propres normes éthiques d'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels (voir notamment *Les lignes directrices d'accès aux ressources génétiques et leur transfert* communes au Cirad, à l'Inra et à l'IRD³³). Cette *soft – et self* – gouvernance de l'accès aux ressources reproduit souvent à peu près les mêmes principes :

1. les recherches pour la conservation des espèces en danger et pour la caractérisation et l'évaluation des collections doivent être *a priori* considérées comme non commerciales ;

a organisé un atelier intitulé « La recherche non commerciale et les APA » au cours duquel les institutions publiques ont exprimé leurs craintes que le futur régime international d'accès et de partage des avantages issus des ressources génétiques ne fasse aucune différence dans le traitement des demandes d'accès des taxonomistes, des écologues, des biologistes pour de la recherche de base et celles des bioprospecteurs des industries pharmaceutiques et des multinationales de l'agrochimie.

³³ www.ird.fr/content/download/39705/301949/version/1/file/Lignes_directrices.pdf.

2. s'il y a, au cours du temps, passage d'un stade non-commercial de recherche à un stade commercial, il est toujours possible de réviser les termes de l'accord mutuel de partage ;
3. les résultats de la recherche non commerciale tombant le plus souvent dans le domaine public, les résultats sont directement partagés et donc constituent le partage juste et équitable résultant de l'accès à la ressource ;
4. pour éviter des appropriations des connaissances du domaine public par le secteur privé commercial, il suffit de mobiliser plus systématiquement des instruments comme les licences *Creative Commons* ou d'insérer dans les accords de transfert de matériel des clauses empêchant des appropriations illégitimes de matériel ou de connaissance.

En laissant à l'appréciation des États le soin de décider ce qui est ou n'est pas commercial, le principe d'accès facilité en matière d'APA va donc, on le voit, engendrer la démultiplication de régimes dérogatoires. Le protocole de Nagoya ne débouchera dès lors sans doute pas sur la mise en place du régime international clair et unifié d'accès aux ressources et de partage des avantages qui en découlent qu'il se proposait d'être. Sachant que la majorité des contrats de bioprospection passés depuis vingt ans dans le cadre des mécanismes APA de la CDB concernent principalement la recherche publique (cf. tabl. 1), il devient légitime de se demander si, par cet article 8, le protocole de Nagoya n'a pas tout simplement compromis durablement toutes ses chances de contribuer au rétablissement d'une certaine équité dans la répartition des avantages tirés de la mise en valeur des ressources génétiques.

Conclusion

Vingt ans après Rio, le protocole de Nagoya essaie finalement de trouver un équilibre entre une meilleure transparence des procédures d'accès de la part du fournisseur, un meilleur suivi de l'usage de la ressource par le pays de l'utilisateur et un assouplissement des règles d'accès pour la recherche non commerciale. On peut y voir une certaine rupture avec la philosophie initiale de la CDB, dans la mesure où celle-ci imaginait qu'un marché se

créerait spontanément entre pourvoyeurs de ressources et demandeurs d'accès. Vingt ans après, les trajectoires des pays étudiés et les évolutions du cadre international montrent qu'il n'existe pas vraiment de marché. À l'aune de la théorie économique dominante dans son volet progressiste en ce qui concerne la prise en compte des institutions (GEHL SAMPATH, 2006), cette absence de marché pourrait s'expliquer par une asymétrie d'information, entre pourvoyeurs et utilisateurs de ressources génétiques. Cette dernière serait source de coûts de transaction et ne pourrait être résolue qu'à travers une intervention des États. C'est dans cette perspective, que l'on peut qualifier de « néoinstitutionnaliste », que s'inscrit le protocole de Nagoya dans la continuité de la CDB puisqu'il s'agit de créer les conditions d'une négociation bilatérale, préalable indispensable à la conclusion d'un contrat d'APA (BOISVERT et CARON, 2007), mais en reconnaissant qu'une politique volontariste doit être mise en œuvre dans ce but. On passe d'une représentation coasienne du contrat, émergeant des intérêts spontanés des acteurs, à celle d'un marché plus administré où les asymétries entre les acteurs – réduites à des problèmes d'information – appellent une intervention préalable des États.

Au fond, le problème que pose la CDB en tentant d'instituer des équilibres entre les droits des populations sur leurs ressources locales et ceux des sciences et des industries est un vieux problème colonial que le célèbre théoricien de l'*Indirect rule*, Lord Lugard, formulait déjà en 1922 dans son ouvrage *The Dual Mandate*. Lugard soutenait : « Les tropiques sont l'héritage du genre humain, ni, d'un côté, le pouvoir suzerain n'a le droit de s'arroger l'exclusivité de leur exploitation, ni, de l'autre, les races locales n'ont le droit de refuser leurs dons à ceux qui en ont besoin. » (LUGARD, 1922). *Mutatis mutandis*, en remplaçant « tropique » par « biodiversité », « suzerain » par « État » et « races » par « communautés », on passe du contexte colonial à celui globalisé de la bioéconomie contemporaine, dans laquelle l'équité recherchée par la CDB par le partage des avantages relève bien de la théorie du *double mandat*, puisqu'il s'agit de gouverner deux formes concurrentes d'exploitation de la nature, celle de la technoscience des États et des industries, et celle des usages locaux. Le miroir colonial est d'autant plus saisissant que, dès 1922, Lugard solutionne cette concurrence en plaçant la question de l'accès au centre de

ses réflexions : les populations locales n'ont pas le droit de fermer l'accès à leurs ressources, en retour le droit à l'accès ne doit pas conduire à s'arroger l'exclusivité des ressources. Près d'un siècle plus tard, tandis que les souverainetés nationales et les droits des autochtones sur leurs ressources semblent mieux assurés que pendant la période coloniale, mais que la propriété industrielle sur le vivant reconstruit de nouvelles formes d'exclusivisme et d'impérialisme (JOLY, 2009), ordonner la concurrence du global sur le local et garantir les droits du plus grand nombre contre les titres de quelques-uns constitue plus que jamais l'enjeu central du droit international de la biodiversité s'il veut se donner une petite chance de produire une éthique environnementale globale. Or, de ce point de vue éthique, il paraît évident que les mécanismes APA, difficiles à mettre en place, ne compensent pas le tribut toujours plus grand que les populations paient aux firmes multinationales sous la forme des droits de propriété intellectuelle que la CDB a largement contribué à mettre en place. Ce sera l'objet du chapitre 2. Le partage des avantages constitue donc bien l'éthique du capitalisme contemporain de mise en valeur des ressources génétiques et des savoirs associés, mais, comme son avatar colonial, *l'Indirect rule*, c'est aussi un puissant discours de justification pour légitimer de nouvelles formes d'impérialisme sur les ressources des pays en développement.

Thomas Frédéric, Filoche Geoffroy (2015)

Le partage des avantages, une nouvelle éthique pour la biodiversité ?

In : Thomas Frédéric (ed.), Boisvert V. (ed.). *Le pouvoir de la biodiversité : néolibéralisation de la nature dans les pays émergents*

Marseille ; Versailles : IRD ; Quae, p. 43-64. (Objectifs Suds)

ISBN 978-2-7099-1912-8