

L'INTERACTION ENTRE LE PROTOCOLE DE NAGOYA SUR L'APA ET LE TIRPGAA AU NIVEAU INTERNATIONAL

LES DIFFICULTÉS POUVANT SURVENIR DE LA COMPLÉMENTARITÉ RÉCIPROQUE DANS L'APPLICATION DE CES INSTRUMENTS AU NIVEAU NATIONAL

Jorge Cabrera Medaglia, Morten Walløe Tvedt, Frederic Perron-Welch, Ane Jørem and Freedom-Kai Phillips



FRIDTJOF NANSENS INSTITUTT
FRIDTJOF NANSEN INSTITUTE



Accès et
Partage des
Avantages

L'Initiative pour le renforcement des capacités pour l'APA

L'INTERACTION ENTRE LE PROTOCOLE DE NAGOYA SUR L'APA ET LE TIRPGAA AU NIVEAU INTERNATIONAL

LES DIFFICULTÉS POUVANT SURVENIR DE LA COMPLÉMENTARITÉ RÉCIPROQUE DANS L'APPLICATION DE CES INSTRUMENTS AU NIVEAU NATIONAL

Jorge Cabrera Medaglia, Morten Walløe Tvedt, Frederic Perron-Welch,
Ane Jørem and Freedom-Kai Phillips

March 2013

Ce rapport est une contribution de Le Fridtjof Nansen Institute (FNI), Norvège, faisant partie d'un projet de recherche sur l'accès et le partage des avantages (APA) effectué en collaboration avec l'Initiative de renforcement des capacités pour l'APA. L'Initiative est financée par le ministère des Affaires étrangères de la Norvège, le ministère de l'Environnement du Danemark, le ministère fédéral allemand de la Coopération économique et du Développement (BMZ), l'Institut de la Francophonie pour le développement durable (IFDD) et l'Union européenne. Le travail de l'Initiative est réalisé en partenariat avec le Programme des Nations unies pour l'environnement et le Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique. Le BMZ a chargé la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH avec la mise en œuvre de l'Initiative. Le projet de recherche du FNI a, depuis ses débuts en 2009, visé à améliorer la base de connaissances scientifiques et la gestion des connaissances sur l'APA en Afrique et au niveau international. Voir: www.fni.no/abs

Accès et
Partage des
Avantages

L'Initiative pour le renforcement des capacités pour l'APA

funded by



DANISH MINISTRY
OF THE ENVIRONMENT



implemented by



Copyright © Fridtjof Nansen Institute 2013

Title

L'INTERACTION ENTRE LE PROTOCOLE DE NAGOYA SUR L'APA ET LE TIRPGAA AU NIVEAU INTERNATIONAL: LES DIFFICULTÉS POUVANT SURVENIR DE LA COMPLÉMENTARITÉ RÉCIPROQUE DANS L'APPLICATION DE CES INSTRUMENTS AU NIVEAU NATIONAL

Publication Type and Number
FNI Report 1/2013–French version

Pages
64

Author
Jorge Cabrera Medaglia, Morten Walløe Tvedt, Frederic Perron-Welch, Ane Jørem and Freedom-Kai Phillips

ISBN
978-82-7613-665-4
French version

ISSN
1893-5486

Abstract

Après l'adoption du Protocole de Nagoya (PN) en 2010, la mise en œuvre des nouvelles règles a débuté parallèlement au processus de ratification. Avant Nagoya, deux traités sur l'accès existaient: la Convention sur la diversité biologique (CDB) et le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (TIRPGAA). Ce rapport identifie les articles-clés du PN qui sont pertinents à la mise en œuvre du TIRPGAA, contribuant ainsi à mettre en évidence le chevauchement des régimes et la présence éventuelle de règles de droit conflictuelles. Cette étude analyse également les concepts-clés du TIRPGAA afin d'identifier les failles potentielles et les zones grises entre ces trois régimes d'APA. Il existe déjà un certain nombre d'études qui s'intéressent à l'interprétation et à la mise en œuvre du TIRPGAA, mais les opinions sont toujours partagées quant à l'interprétation de certains concepts-clés du Traité. Ce rapport étudie les critères pour l'incorporation obligatoire d'une ressource phytogénétique dans le système multilatéral d'APA. Que signifie le concept de «domaine public»? Comment les pays peuvent-ils prendre des décisions quant à la gestion et au contrôle de leurs ressources phytogénétiques? Quelle est la relation entre le système multilatéral et les communautés locales et autochtones en ce qui concerne les ressources phytogénétiques? Tout système d'APA et toute initiative visant à rendre accessibles ces ressources et à promouvoir le partage des avantages doit prendre en compte son interaction avec les droits de propriété intellectuelle. Cette étude se penche également brièvement sur les liens entre deux systèmes de propriété intellectuelle dans le secteur phytogénétique, soit le système des brevets et des certificats d'obtention végétale, de même que sur leur interaction avec les ressources génétiques du système multilatéral.

Key Words

Protocole de Nagoya, Convention sur la diversité biologique, Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, difficultés de mise en œuvre, domaine public, système multilatéral

Orders to:

Fridtjof Nansen Institute
Postboks 326
N-1326 Lysaker, Norway

Tel: (47) 6711 1900
Fax: (47) 6711 1910
Email: post@fni.no

Internet: www.fni.no

À propos du Centre de Droit International du Développement Durable (CDIDD)

La mission du CDIDD est de promouvoir des sociétés durables et la protection des écosystèmes par l'approfondissement de la compréhension, du développement et de l'application du droit international du développement durable. Le CDIDD est un centre de recherche juridique indépendant travaillant en collaboration avec la Faculté de Droit de l'Université McGill et qui travaille aussi avec un réseau de Facultés de Droit de pays en développement. Le CDIDD est engagé dans six domaines principaux de recherche en droit du développement durable qui sont: le droit du commercial, des affaires et de la concurrence, le droit des ressources naturelles, le droit de la biodiversité et de la biosécurité, le droit du changement climatique et de la vulnérabilité des territoires, les Droits de l'Homme et l'éradication de la pauvreté en droit du développement durable, et enfin la santé et les risques en droit du développement durable. Les bourses d'étude et les recherches juridiques menées en continu au sein du CDIDD donnent lieu à la publication de livres, articles, documents de travail et mémoires juridiques, en Anglais, Espagnol et Français. Le CDIDD accueille des ateliers académiques, des séances de dialogue, des panels d'experts juridiques, des cours de Droit ainsi que des séries de conférence et de séminaires. Il met à disposition des gouvernements des pays en développement et des organisations internationales, des formateurs, des présentations et du matériel permettant de renforcer leurs capacités dans le domaine du droit du développement durable au niveau national ou international, et travaille avec les États au développement de règles nationales pour l'application des traités internationaux dans ces domaines.

Centre de Droit International du Développement Durable
Chancellor Day Hall, 3644 Peel, Montréal, QC, H3A 1W9
Tel. +1 514 398 8918 / Fax. +1 514 398 8197 / www.cisd.org/fr

Contacts

Mme. Marie-Claire Cordonier Segger, Directeur – mcsegger@cisd.org

Prof. Jorge Cabrera Medaglia, Lead Counsel, Biodiversité et Biosécurité -
jcabrera@cisd.org

M. Frederic Perron-Welch, Coordinateur de Programme,
Biodiversité et Biosécurité- fperron@cisd.org



À propos du Fridtjof Nansen Institute (FNI)

Le Fridtjof Nansen Institute (FNI) est un centre de recherche indépendant situé en Norvège. Le FNI poursuit sa recherche en politique et droit international de l'environnement et en coopération internationale dans le domaine de la gestion de l'énergie et des ressources. Ce faisant, la recherche de l'institut est répartie principalement autour de six pôles:

- La gouvernance mondiale et le développement durable
- Le droit de la mer et les affaires maritimes
- La biodiversité et la prévention des risques biotechnologiques
- Les affaires russes et polaires
- La politique européenne de l'énergie et de l'environnement
- La politique chinoise de l'énergie et de l'environnement

Les disciplines principales sont la science politique et le droit international, mais les chercheurs du FNI sont également titulaires de diplômes en sciences économiques, géographie, histoire et anthropologie sociale. Le personnel de l'Institut compte actuellement environ 35 personnes, dont 25 chercheurs à temps plein et trois à six étudiants. Les activités du FNI comprennent des travaux théoriques, l'analyse de contrats, des enquêtes et des évaluations. Le chiffre d'affaires annuel s'élève à environ 30 millions NOK. Le FNI coopère dans une large mesure avec d'autres centres de recherche et avec des chercheurs à titre individuel, en Norvège et ailleurs. Le FNI s'efforce de rendre son expertise accessible et utile au grand public. Les résultats de recherche du FNI sont publiés dans des monographies et périodiques internationaux spécialisés, de même que dans sa série de rapports de recherche.

Contacts

Morten Walløe Tvedt, chargé de recherche, mwt@fni.no

Ane Jørem, chercheuse, aej@fni.no



FRIDTJOF NANSENS INSTITUTT
FRIDTJOF NANSEN INSTITUTE

Contents

À propos du Centre de Droit International du Développement Durable (CDIDD)	i
À propos du Fridtjof Nansen Institute (FNI)	ii
Acronymes	v
1 Introduction	1
1.1 Structure et caractéristiques des mesures d'APA actuelles et du traitement réservé aux RPGAA et le SML sous le régime du TIRPGAA	2
2 La CDB et le Protocole de Nagoya et le TIRPGAA: quand se rencontrent les deux instruments internationaux: une perspective juridique	11
2.1 Préambule	12
2.2 La relation juridique entre le Protocole de Nagoya et les autres Traités	13
2.2.1 Contexte	14
2.2.2 Contenu de l'article 4. Implications générales du premier paragraphe	16
2.2.3 Le second paragraphe et les négociations de futurs accords (y compris ceux sur l'APA)	18
2.2.4 La complémentarité réciproque	19
2.3 Le paragraphe 4 et le TIRPGAA	20
2.4 L'article 8c) – les ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture et la sécurité alimentaire	23
2.5 Les connaissances traditionnelles et les droits des agriculteurs	24
2.6 L'Article 17 sur la Surveillance de l'Utilisation des RG	29
3 Identifier les problématiques juridiques dans le TIRPGAA pertinentes pour l'APA dans le cadre de la CDB/PN et les questions fondamentales pertinentes dans le DPI droit de la propriété intellectuelle	32
3.1 Introduction au TIRPGAA à la lumière de la CDB	32
3.2 Un regard interprétatif sur l'APA dans le TIRPGAA – qu'est-ce qui est couvert par l'APA dans le SML?	33
3.2.1 Certains espèces et genres	35
3.2.2 Dans le domaine public	36
3.2.3 La gestion et l'administration par les Parties Contractantes	41
3.2.4 Exemples pratiques et zones d'ombre	43
3.2.5 Conclusion sur le critère d'inclusion dans le SML	45
3.2.6 Les zones d'ombre potentielles de free riding	46

3.3	Questions juridiques découlant des RPG à la sortie du SML	46
3.3.1	Les Types d'utilisations juridiques des RPG du SML	47
3.3.2	L'Accord Type de Transfert de Matériel (ATTM)	48
3.3.3	Les liens juridiques vers le système des brevets et des droits des obtenteurs	49
3.3.4	Le partage juridiquement contraignant des avantages	52
3.4	Discussions et découvertes générales pour le TIRPGAA	56
3.4.1	Évaluer l'ATTM du SML comme une réserve commune	56
4	Conclusions et recommandations pour promouvoir une mise en œuvre synergique de la CDB/PN et du TI au niveau national	58
	Bibliography	60

Tables

1	Le cas du CATIE et la législation sur l'APA au Costa Rica	9
2	Dispositions pertinentes du Préambule du Protocole de Nagoya	13
3	Les approches sectorielles et le RI: Quelques conclusion du Groupe d'Experts Juridiques et Techniques	15

Acronymes

APA	Accès et Partage des Avantages
ANC	Autorité Nationale Compétente
ATM	Accord de Transfert de Matériel
ATTM	Accord Type de Transfert de Matériel
CAL	Communautés Autochtones et Locales
CC	Certificat de Conformité
CCCA	Conditions Convenues d'un Commun Accord
CDB	Convention sur la Diversité Biologique
CE	Centre d'Échange
CPCC	Consentement Préalable en Connaissance de Cause
CRGAA	Commission des Ressources Génétiques pour l'Alimentation et l'Agriculture
CT	Connaissances traditionnelles
DF	Droit des Agriculteurs
DPI	Droits de Propriété Intellectuelles
LB	Loi sur la Biodiversité
OD	Organe Directeur du TIRPGAA
PA	Partage des Avantages
RG	Ressources génétiques
RPGAA	Ressources Phytogénétiques pour l'Alimentation et l'Agriculture
SPANB	Stratégies et Plans d'Action Nationaux pour la Biodiversité
TIRPGAA	Traité International sur les Ressources Phytogénétiques pour l'Alimentation et l'Agriculture
TT	Transfert de Technologie
UPOV	Union Internationale pour la Protection des Obtentions Végétales

1 Introduction

Suite à l'adoption du *Protocole de Nagoya sur l'Accès aux Ressources Génétiques et le Partage Juste et Équitable des Avantages découlant de leur utilisation* (Protocole de Nagoya, PN) en Octobre 2010,¹ le développement et la mise en oeuvre de cadres réglementaires sur l'APA au niveau national nécessitera que les mesures législatives, administratives ou toute autre politique soient conformes et dans un esprit de complémentarité réciproque avec d'autres instruments existants sur l'APA. Ce besoin est particulièrement visible en ce qui concerne le *Traité International sur les Ressources Phytogénétiques pour l'Alimentation et l'Agriculture* (TIRPGAA), qui décrit et met en place un régime international multilatéral sur l'APA pour les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (RPGAA). En réponse, l'Initiative pour le Renforcement des Capacités pour l'APA a chargé le CDIDD et le FNI d'identifier certaines des principales difficultés reliant le concept d'APA sous l'angle du Protocole de Nagoya et du TIRPGAA. Cette étude décrit l'interaction entre les traités de droit international et les implications que les États devraient prendre en compte pour mettre en oeuvre les traités de façon harmonieuse. Elle fait aussi ressortir les difficultés à prendre en compte au niveau national pour mettre en oeuvre ces traités dans un esprit de complémentarité réciproque par des mesures législatives, administratives ou politiques.

Il est à noter que le principal outil global permettant la régulation des droits et l'accès aux RG est la Convention sur la Diversité Biologique (CDB). En plus de la Convention en tant que telle, le Protocole de Nagoya deviendra un ensemble de normes précises, juridiquement contraignantes, relatives à la manière de mettre en oeuvre l'APA dans la législation nationale. Parce que le Protocole de Nagoya n'est pas encore entré en vigueur, et parce que de nombreuses Parties à la CDB ne le ratifieront pas dans les années à venir, la CDB continuera d'être l'ensemble de règles le plus largement appliqué en ce qui concerne l'APA. Le fait que la CDB et le Protocole de Nagoya soient deux instruments juridiques différents, et que le Protocole constitue une obligation distincte est mentionné dans un projet de règlement de l'Union Européenne.² L'article 4 du Protocole de Nagoya sur les interactions entre le Protocole de Nagoya et d'autres instruments ne s'applique que dans ce contexte et non aux règles générales stipulées dans la CDB. Par conséquent, les interactions entre la CDB et d'autres textes internationaux ne seront pas directement régies par les règles nouvelles introduites par l'article 4 du Protocole de Nagoya.

¹ Convention sur la Diversité Biologique, Protocole de Nagoya sur l'Accès aux Ressources Génétiques et le Partage Juste et Équitable des Avantages découlant de leur utilisation à la Convention sur la Diversité Biologique, 29 Octobre 2010, Conférence des Parties à la Convention sur la Diversité Biologique (2010: Nagoya, Japon) (CDB, Montréal QC, Canada, 2010), disponible sur: www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf [Nagoya Protocol]

² Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil relatif à l'accès aux ressources génétiques et au partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation au sein l'Union, Préambule section (6) et (9).

1.1 Structure et caractéristiques des mesures d'APA actuelles et du traitement réservé aux RPGAA et le SML sous le régime du TIRPGAA

Depuis 1993, beaucoup d'États et plusieurs régions ont développé des règles sur l'accès et le partage des avantages (APA) pour les ressources biologiques et génétiques grâce à des lois ou des mesures administratives. Une large gamme de mécanismes a été choisie pour régir l'accès aux ressources biologiques et génétiques et au partage des avantages au niveau national, principalement dans les pays fournisseurs. Du côté de l'État utilisateur il y a eu relativement peu d'activité législative, administrative et autres politiques, menant ainsi à un déséquilibre entre les règles régissant l'accès et le partage des avantages.³ Les Parties ont reconnu l'importance des résultats du système d'APA dans les termes de référence qu'ils ont fixés lors de la négociation du Protocole de Nagoya, en s'appuyant sur une analyse des outils légaux et d'autres instruments relatifs à l'APA aux niveaux national, régional et international, y compris l'accès aux contrats, aux expériences et à leurs applications ainsi qu'à la mise en conformité et aux mécanismes de mise en oeuvre.⁴

À la lumière de l'adoption du Protocole de Nagoya et de l'entrée en vigueur du TIRPGAA en 2004, il est important d'analyser la façon dont les États qui ont ou sont en train de mettre en place des mesures nationales d'APA mettent en oeuvre leur système d'APA tout en prenant en compte à la fois les dispositions de la CDB (et maintenant du Protocole de Nagoya) et celles du TIRPGAA.

Une des caractéristiques des régimes ou mesures d'APA les plus courants est qu'ils essayent de traiter les différent(e)s espèces, fournisseurs, utilisateurs, utilisations et secteurs par des réglementations identiques. Certaines législations nationales actuelles ne semblent pas reconnaître les particularités des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture. Cela est prévisible étant donné que la Convention sur la Diversité Biologique ne fait pas de distinction entre les différentes catégories de ressources génétiques dont la conservation et l'utilisation durable varient (selon qu'elles sont sauvages, domestiquées, microbiales, etc.).⁵ Les techniques d'échange et d'appropriation diffèrent cependant, en terme de distribution et de disponibilité, d'un niveau de difficulté en ce qui concerne leur reproduction, et l'existence ou non de mécanismes démarchés pour leur échange (entre autres facteurs).⁶

³ Tvedt et Young, *Beyond Access: Exploring Implementation of the Fair and Equitable Sharing Commitment in the CBD*. Gland, IUCN, 2007. (IUCN Environmental Policy and Law Paper, no. 67/2)

⁴ CDP de la CDB Décision VII/19, Part D, Annexe, par. (a)(i).

⁵ Voir Cabrera Medaglia, Jorge et López Silva, Christian, *Addressing the problems of Access: protecting sources while giving users certainty*; IUCN, Environmental Law and Policy Paper No. 67/1, Gland 2007.

⁶ Ibid. et Andersen, et al. *International Agreements and Processes Affecting an International Regime on Access and Benefit Sharing under the Convention on Biological Diversity – Implications for its Scope and Possibilities of a Sectoral Approach*. Lysaker, Fridtjof Nansens Institute, 2010. (FNI Report 3/2010). Pour des études par secteurs voir: Hiemstra, et al. *Exchange, Use and Conservation of Animal Genetic Resources*.

À quelques exceptions près, il n'y a pas eu de législation différenciant entre le traitement des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture et celui des autres ressources génétiques. Le traitement différencié a été toutefois développé (et devrait être développé dans la législation à venir), en ce qui concerne l'application du Traité sur les Ressources Phytogénétiques pour l'Alimentation et l'Agriculture (RPGAA) de la FAO dans chaque pays membre.

Par exemple, certains États ont déjà développé des dispositions pertinentes sur la législation de l'APA en vigueur pour se conformer aux dispositions juridiquement contraignantes de la CDB, tout en prenant en compte le contenu du TIRPGAA et son approche des RPGAA couvertes par le SML sous l'angle de l'APA.⁷

Le Norway Nature Diversity Act⁸ comprend un certain nombre de dispositions pertinentes sur l'APA. Le Chapitre II comprend les provisions générales essentielles de l'acte, notamment l'utilisation durable, les objectifs de gestion du maintien de la diversité des types d'habitats et d'écosystèmes,⁹ les objectifs de gestion des espèces,¹⁰ les obligations générales de diligence,¹¹ les principes de prise de décision officielle,¹² la connaissance de base pour la prise de décision,¹³ le principe de précaution,¹⁴ l'approche écosystémique,¹⁵ le principe pollueur-payeur,¹⁶ des techniques et modes opératoires compatibles avec la protection de l'environnement¹⁷ et autres intérêts publics ou Lapons importants.¹⁸

La Section 59 régit le matériel génétique dans les réserves publiques, notamment l'obligation pour toute personne recevant un matériel génétique issu d'une collection publique de se retenir de prétendre à un droit de propriété intellectuelle ou tout autre droit sur le matériel, en Norvège ou à l'étranger, qui limiterait l'utilisation du matériel tel que

Wageningen, Centre for Genetic Resources (Netherlands), 2006. (CGN Report, no. 2006/06); Rosendal, et al. "Access to and Legal Protection of Aquaculture Genetic Resources: Norwegian Perspectives" in *Journal of World Intellectual Property* 9 (2006) 4; Olesen, et al. "Access to and Protection of Aquaculture Genetic Resources: Structures and Strategies in Norwegian Aquaculture" in *Aquaculture* 272 (2007) 1 et Tvedt. *Seeking Appropriate Legislation Regulating Access and Exclusive Rights to Forest Genetic Resources in the Nordic Region*. Lysaker, Fridtjof Nansens Institute, 2011. (FNI Report 9/2011).

⁷ Voir, à propos de la législation APA et de la Sécurité Alimentaire, l'étude de Gurdial Singh et al. *Framework Study on food security and access and benefit sharing for genetic resources for food and agriculture*, Background paper No. 42, CRGAA, FAO, Rome, 2009

⁸ Norvège, *Acte relatif à la gestion de la diversité biologique, géologique et paysagère, 2009* [Nature Diversity Act].

⁹ *Ibid.* Article 4

¹⁰ *Ibid.* Article 5

¹¹ *Ibid.* Article 6

¹² *Ibid.* Article 7

¹³ *Ibid.* Article 8

¹⁴ *Ibid.* Article 9

¹⁵ *Ibid.* Article 10

¹⁶ *Ibid.* Article 11

¹⁷ *Ibid.* Article 12

¹⁸ *Ibid.* Article 14

l'utilisation pour l'alimentation et l'agriculture, à moins que le matériel n'ait été modifié de telle façon qu'il ait subi un changement substantiel. Si des DPI sont attachés au matériel génétique en violation du troisième paragraphe, les autorités compétentes selon la Loi devront envisager de prendre des mesures, y compris par voie d'actions juridiques, pour assurer la promotion des objectifs posés dans la section 57. Toute personne peut se prévaloir des dispositions de ce paragraphe contre toute autre personne qui, en violation de ces conditions, chercherait à faire valoir des DPI. Des réglementations peuvent être développées concernant le retrait de matériel des collectes, notamment en élaborant des conditions telles que celles qui sont mentionnées dans la section 58. **Les conditions types prévues par l'accord s'appliquent au retrait du matériel génétique couvert par le TIRPGAA.**

La Loi comprend et décrit une approche très innovante des matériels génétiques en provenance d'autres États, faisant de la Norvège le premier État, parmi les États développés et en développement, à promulguer ce genre de mesure pour l'utilisateur. L'importation en Norvège, pour utilisation, de matériel génétique en provenance d'un État qui requiert un consentement pour la collecte et l'exportation d'un tel matériel ne peut avoir lieu que conformément à ce consentement. La personne qui contrôle le matériel est liée par les conditions établies pour émettre le consentement. L'État peut faire appliquer les conditions au moyen d'actions juridiques de la part de la personne qui les a créées.¹⁹

Quand du matériel génétique en provenance d'un autre État est utilisé en Norvège à des fins de recherche ou à but commercial, il doit être accompagné d'informations concernant l'État en provenance duquel le matériel a été reçu (État fournisseur). Si la loi nationale de l'État fournisseur requiert un consentement pour la collecte de matériel biologique, il doit être accompagné d'informations mentionnant l'obtention du consentement. Si l'État fournisseur est un État autre que l'État d'origine du matériel génétique, l'État d'origine devra aussi être mentionné. L'État d'origine désigne l'État dans lequel le matériel a été collecté *in situ*. Si la loi nationale de l'État d'origine requiert un consentement pour la collecte du matériel génétique, l'information quant à l'obtention ou non d'un tel consentement doit être fournie. Si l'information, en vertu de ce paragraphe, n'est pas connue, cela doit être mentionné. Des réglementations peuvent aussi être adoptées prescrivant que si l'usage implique l'utilisation de CT de communautés locales ou de peuples indigènes, le matériel génétique devra être accompagné d'information à cet effet. Malgré les efforts importants pour rendre la législation de l'État compatible avec celle des États fournisseurs, il y a toujours quelques faiblesses et des défis à la mise en oeuvre d'un contrat d'APA sous le régime de la Loi de Norvège.²⁰

¹⁹*Ibid.* Article 60

²⁰Tvedt et Fauchald. "Implementing the Nagoya Protocol on ABS: A Hypothetical Case Study on Enforcing Benefit Sharing in Norway" in *Journal of World Intellectual Property* 14 (2011) 5.

Lorsque le matériel génétique couvert par le TIRPGAA est utilisé en Norvège à des fins de recherche ou à but commercial, il doit être accompagné d'information mentionnant que le matériel a été acquis conformément à l'Accord Type de Transfert de Matériel élaboré en vertu du Traité.

Le Norwegian Patents Act²¹ régleme, depuis le 1er Février 2004, les obligations incombant au demandeur d'un brevet à la fois en ce qui concerne la divulgation de l'origine du matériel biologique ainsi qu'à l'égard du consentement préalable si cela est requis dans l'État d'origine. L'obligation de divulgation a été étendue au 1er Juillet 2009 pour y inclure aussi les connaissances traditionnelles. Le **Norwegian Plant Variety Act** comprend des dispositions similaires.²² Le Norwegian Patents Act comprend un certain nombre de dispositions relatives à l'APA. Lorsque qu'une invention concerne ou fait usage de matériel biologique ou de connaissances traditionnelles, la demande de brevet doit porter mention de l'État dans lequel le matériel ou les connaissances ont été collectés ou reçus (l'État fournisseur).²³ Il définit le "matériel biologique" comme le matériel qui contient l'information génétique, et peut se reproduire ou être reproduit dans un système biologique.²⁴ Toutefois, l'obligation de divulgation ne s'applique pas au matériel biologique issu du corps humain. Les dispositions sur le matériel génétique humain ne s'appliquent pas aux demandes internationales.²⁵

Si la loi nationale de l'État fournisseur relative à l'accès au matériel biologique ou à l'utilisation des connaissances traditionnelles requiert un consentement préalable, la demande devra établir si un tel consentement a été obtenu. Si l'État fournisseur n'est pas l'État d'origine du matériel biologique ou des connaissances traditionnelles, la demande devra aussi mentionner l'État d'origine. En ce qui concerne le matériel biologique, l'État d'origine est l'État sur le territoire duquel le matériel a été collecté dans son milieu naturel et, en ce qui concerne les connaissances traditionnelles, l'État dans lequel les connaissances se sont développées. Si les informations ne sont pas connues, le demandeur doit le mentionner. Pour le matériel biologique, l'obligation de divulgation des informations s'applique même lorsque l'inventeur a modifié la structure du matériel reçu. **Si l'accès au matériel biologique a été fourni en application de l'Article 12.2 et de l'Article 12.3 du TIRPGAA, un exemplaire de l'Accord Type de Transfert de Matériel (ATTM) stipulé à l'Article 12.4 devra être jointe à la demande de brevet au lieu de l'information mentionnée ci-dessus.** La violation de l'obligation de divulgation est passible de sanctions conformément à la section 166 du Code Pénal Civil Général. Pourtant, l'obligation de divulguer l'information s'applique sans préjudice de l'examen des demandes de brevet ou de la validité des droits

²¹ Le Norwegian Patents Act, accès en ligne:

www.patentstyret.no/en/english/Legal_texts/The-Norwegian-Patents-Act/#chapter%203

²² Section 4(3)

²³ Norwegian Patents Act, s. 8(b).

²⁴ Norwegian Patents Act, Article 1(3).

²⁵ *Ibid.* Article 33(2).

découlant de brevets accordés.²⁶ Bien que les conditions de divulgation dans la loi sur les brevets et dans la loi sur la protection des variétés de plantes soient des plus claires, il n'est pas certain que ces conditions mènent à un partage des avantages efficace.²⁷ En conséquence, la sanction judiciaire est une peine *d'amendes* pour le gouvernement norvégien, et il n'y a pas de référence explicite pour le juge de statuer que celui qui a violé l'obligation de divulgation doit partager un certain montant des gains issus de la demande de brevet sans avoir suffisamment divulgué l'information.

La Norvège présente l'exemple clair d'un État qui intègre dans la législation sur l'APA (le Nature Diversity Act) des éléments pertinents découlant du TIRPGAA non seulement lors de la gestion de l'accès mais aussi pour lors du développement des "mesures pour les utilisateurs" en soutien de la législation nationale ou des conditions posées par d'autres États. Quoiqu'il en soit, une analyse en profondeur montre que ces mesures de première génération pour les utilisateurs peuvent être améliorées maintenant qu'un ensemble d'expériences pratiques s'en dégage.

Le Bhoutan est un autre exemple d'une région différente. La Loi sur la Biodiversité du Bhoutan a été adoptée par l'Assemblée Nationale le 4 Août 2003. La Loi sur la Biodiversité régit trois principaux domaines: l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages; la protection des connaissances traditionnelles et les droits des obtenteurs (et des agriculteurs). Le Préambule reconnaît, entre autre, la valeur des ressources biologiques et génétiques dans le développement des produits, composants et substances qui ont des applications médicinales, industrielles, et agricoles et connexes et le besoin de protéger et d'encourager la diversité culturelle en donnant toute sa valeur aux connaissances, innovations et pratiques des communautés locales du Bhoutan, notamment les principes fondamentaux de consentement préalable en connaissance de cause (CPCC) et de conditions convenues d'un commun accord (CCCA) justifié par le fait que le partage des avantages doit être protégé avant l'étape de l'accès.

Le champ d'application de la Loi est aussi très large, il couvre toutes les ressources génétiques et biochimiques y compris les espèces de flore et de faune sauvages, domestiquées et cultivées, dans des conditions *in situ* et *ex situ* sur le territoire du Royaume du Bhoutan. Aussi, la Loi s'applique aux connaissances traditionnelles, aux innovations et aux pratiques associées à la biodiversité.²⁸ **La Loi ne s'applique pas**, entre

²⁶ La section 166 du Code Pénal Civil Général sanctionne d'amendes et de peines d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 2 ans le faux témoignage devant une cour, un notaire public, de toute déclaration présentée à un tribunal en tant que partie ou représentant légal dans une affaire, verbalement ou par écrit à tout autorité publique en tant que témoin dans une affaire, ou lorsque le témoignage doit servir de preuve. La même sanction s'applique aux personnes qui assistent ou facilitent le faux témoignage.

²⁷ Tvedt. "Elements for Legislation in User Countries to Meet the Fair and Equitable Benefit-Sharing Commitment" in *Journal of World Intellectual Property* 9 (2006) 2

²⁸ Les Connaissances Traditionnelles comprennent toute connaissance qui remplit généralement une ou plusieurs des conditions suivantes: 1) est ou a été transmis de générations

autre, là où le matériel biologique est utilisé comme marchandise à des fins d'utilisation directe ou de consommation tel que déterminé par l'Autorité Compétente (le Centre de la Biodiversité, organe du Ministère de l'Agriculture), basé sur les processus et l'utilisation finale des ressources génétiques, conformément aux dispositions de la Loi; à l'accès, l'utilisation et l'échange de ressources biologiques et génétiques parmi les communautés locales issus de leurs pratiques traditionnelles et coutumières; et **là où l'Autorité Compétente déterminera l'accès aux ressources génétiques végétales et animales, ce qui sera régi par des Règles et Réglements Spéciaux ou par des Conditions tels que ceux établis par par les systèmes multilatéraux pour l'APA, spécialement dans le cas de ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, conformément au droit international.**

Le Bhoutan procède actuellement à la mise en oeuvre d'une nouvelle Politique sur l'Accès et le Partage des Avantages, ce qui donnera lieu à un système juridique d'accès et de partage des avantages plus détaillé et établi sur des bases solides. Cette Politique comprend des règles claires sur l'accès aux RPGAA.

Un autre exemple est la réglementation d'APA du Pérou de 2008 promulguée par la Résolution Ministérielle 087-2008-MINAM (plus tard convertie en Décret National No. 003-2009-MINAM). Les règles suivent de près les dispositions principales de la Décision 391 (ex: les définitions sont similaires à celles de l'article 1 de la Décision). Le champ d'application couvre toutes les ressources génétiques dont le Pérou est l'État d'origine, leurs produits dérivés, leurs composants immatériels et les espèces migratoires trouvées sur le territoire Péruvien pour des raisons naturelles.²⁹

Sont **exclus** de ces règles, entre autres, les ressources génétiques d'origine humaine et leurs produits dérivés; l'utilisation traditionnelle et coutumière des ressources génétiques pour les peuples indigènes et les communautés locales; **les espèces incluses dans l'Appendice I du Traité International sur les Ressources Phytogénétiques pour l'Alimentation et l'Agriculture (TIRPGAA); l'utilisation des ressources génétiques à des fins de culture sur le territoire du Pérou;** et les activités qui nécessitent l'utilisation économique de ressources naturelles non ligneuses pour produire des produits naturels (produits nutraceutiques et aliments fonctionnels).³⁰

Certains doutes sont apparus en ce qui concerne l'espace légalement consacré par certaines mesures d'APA à l'application du Système Multilatéral régi par le Traité International. Le Pérou, par exemple, n'exclut que les cultures et les fourrages de l'Appendice I du champ d'application de leur mesures d'APA locales, mais les cultures non visées par

en générations; 2) est considéré comme appartenant à un groupe traditionnel particulier, clan ou communauté du peuple du Bhoutan; 3) est issu et détenu de façon collective.

²⁹ Article 4.

³⁰ Article 5.

l'Appendice I (indigènes au Pérou). L'Équateur possède des dispositions similaires dans ses règles d'APA.³¹

En fin de compte, certains États semblent faire application du Traité directement (dans le cadre de leur système juridique national) sans développer de mesures spécifiques, d'autres exigences ou d'amendements à des mesures existantes.³² Toutefois, la législation d'APA d'un État n'est pas toujours apparente. Une des raisons mentionnées pour justifier le manque de ratification du TIRPGAA par la Colombie est l'apparente contradiction entre les mesures sur l'APA du TIRPGAA et une autre obligation internationale: la Décision 391 qui appartient au droit communautaire de la Communauté Andine. Toutefois, les auteurs n'ont pas été capables d'identifier d'opinion juridiques écrites spécifiques faisant mention de ces problèmes et fournissant des explications juridiques sur l'interprétation du conflit juridique allégué entre ces instruments. Cela illustre toutefois l'existence d'opinions considérant qu'une contradiction est possible entre la législation d'APA régionale et le TIRPGAA, demandant ainsi un amendement à la Décision régionale pour pouvoir autoriser la ratification du TIRPGAA.³³ C'est pour cette raison que le projet de réglementation sur l'APA de la Colombie ne comprend pas – comme l'Équateur ou le Pérou – d'exception – ou de traitement spécial – quant à la portée des dispositions sur l'APA pour les TIRPGAA et bien sûr il ne fait aucune mention au TIRPGAA et à son SML.

Néanmoins, dans certains cas l'application combinée des dispositions de la CDB sur l'APA et de celles du Traité International ont présenté certaines difficultés au sujet de l'interprétation du TIRPGAA face au cadre juridique de l'APA. L'étude de cas du CATIE au Costa Rica est un bon exemple de quelques difficultés et de différentes visions (ou d'un manque de compréhension) de l'application du TIRPGAA dans un État comprenant une législation sur l'APA et de fortes capacités à la mettre en oeuvre.

³¹ Voir aussi le "transitorio Quinto" de la réglementation péruvienne; les dispositions des règles d'APA ont créé quelques incertitudes en ce qui concerne la compatibilité entre le cadre légal national et le TI et les décisions qui y sont associées; voir Lapeña, Isabel et al, *Incentivos y desincentivos para la participación del Perú en el Sistema Multilateral del Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura*; (Bioversity, Rome, 2010). Équateur, Réglementation Nationale pour la mise en oeuvre de la Décision 391 de la CAN relative à l'APA (2001), article 2.3

³² Selon l'information disponible aucun État n'a développé de réglementation spécifique pour l'application du TI. Un projet de mesures est mentionné au Pérou et d'autres États tels que Madagascar cherchent à créer des mesures d'APA mettant en oeuvre le TI et les dispositions d'APA de la CDB, voir Halewood, Michael et al, *National level of implementation of the multilateral system of access and benefit sharing: notes on progress and points of intersection with the Convention on Biological Diversity*; document de travail présenté lors de l'atelier sur l'Interaction entre le Traité International et le Protocole de Nagoya sur l'APA; Initiative pour le Renforcement des Capacités de GIZ, Rome, Janvier 2013. Voir aussi des exemples d'applications nationales du SML du TI dans López Noriega, Isabel et al, *Assessment of progress to make the multilateral system functional: incentives and challenges at the country level*, in *Crop Genetic Resources s Global Commons. Challenges in international law and governance*, Halewood, Michael, et al (eds), Earthscan and Bioversity International, 2013.

³³ Nieto, Jimena, personal communication, 2012

Table 1: Le cas du CATIE et la législation sur l'APA au Costa Rica**Cas de l'éventualité de l'accord entre les Autorités Nationales Compétentes (ANC) sur l'APA du Costa Rica et le Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza (CATIE) un centre ayant des RPGAA soumises au SML au titre de l'article 15.5 du TIRPGAA.**

Le CATIE est une institution de recherche et d'enseignement importante au Costa Rica et dans sa région. Il possède d'importantes réserves et des matériels principalement situés *ex situ*. En parallèle, le Costa Rica a une vaste législation sur l'APA comprenant la Loi sur la Biodiversité de 1998, le Décret No. 31514-2003 sur l'accès aux ressources génétiques et biochimiques *in situ* et le Décret No. 33697-2007 régissant spécifiquement l'accès aux ressources génétiques *ex situ*.

Parce que le CATIE fait régulièrement des transferts de RPGAA à différentes entités à l'intérieur et à l'extérieur du Costa Rica et au vu de l'importance des réserves,³⁴ il a décidé de signer un accord avec l'Organe Directeur du TIRPGAA au titre de l'article 15.5, en incluant par conséquent des matériels dans le SML. Le CATIE a aussi inclus des matériels non listés en Appendice I du TIRPGAA tels que le café et la noix de macadamia entre autres. En 2008-2009 le CATIE et l'ANC du Costa Rica (le Bureau Technique de la CONAGEBIO) ont commencé le processus de signature d'un accord de coopération (connu dans la législation du Costa Rica sur l'APA comme un accord-cadre et désormais régi par le Décret No. 33697-2007, Annexe II).

Le processus soulève des inquiétudes et des doutes de la part des deux parties concernant le contenu et l'autorité de l'ANC. Au début, le projet de proposition de l'ANC comprenait une disposition exigeant que tous les ATTM soient révisés et qu'ils soient ensuite autorisés par avance par l'ANC dans tous les cas, en plus de la signature par les autorités du CATIE. Il ne régissait, de plus, que les RG incluses dans l'Appendice I et non pas les RPGAA non-visées par l'Appendice I incluses par le CATIE dans le SML (dont le transfert se fait en utilisant le même ATTM suite à une résolution adoptée à la Deuxième Session de l'OD) et restait silencieux sur ce qui concernait des problèmes tels que les conditions *in situ* (conformément aux dispositions de l'article 12.3 H du TIRPGAA).

Après l'opposition initiale du CATIE et plusieurs rencontres et échanges d'informations entre les deux parties, d'autres versions ont circulées supprimant ou modifiant le contenu le plus controversé (l'obligation de présenter l'ATTM au Bureau Technique de la CONAGEBIO pour accord, entre autres). L'accord de coopération a depuis été suspendu pour pouvoir déterminer clairement le cadre juridique existant au Costa Rica pour le fonctionnement du TIRPGAA et du SML en particulier qui est soumis à une analyse juridique indépendante.

³⁴ Voir sur les collections du CATIE Ebert, Andres, *Flujos de germoplasma facilitado por el Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza dentro y fuera de Latinoamérica*, en Revista Ambiente y Recursos Naturales, No 53, CATIE y Bioersivity, Turrialba, Avril 2008.

Cependant, certaines des principales préoccupations juridiques et politiques soulevées pendant les discussions et la négociation de cet accord illustrent les difficultés pratiques auxquelles devra faire face un État muni d'une législation sur l'APA et assez d'expérience institutionnelle pendant la mise en oeuvre des dispositions du TIRPGAA, telles que:

- Dans quelle mesure l'application du TIRPGAA exige-t-elle une modification ou un amendement de la législation de l'APA (lois et réglementations sur la biodiversité) ou les dispositions du TIRPGAA peuvent-elles être appliquées directement et automatiquement en tant que droit international conformément aux dispositions de la Constitution?
- Le cas particulier des cultures non-visées par l'Appendice I incluses par le CATIE dans l'accord avec l'OD et son exclusion de l'application de la Loi sur la Biodiversité et la réglementation de l'accès.
- Quel est le rôle de l'ANC dans le processus d'autorisation d'accès en vertu du TIRPGAA? L'ANC doit-elle approuver par avance l'ATTM avant qu'il soit signé ou y a-t-il une intervention a posteriori? L'ANC a-t-elle un pouvoir d'action prévu par la loi dans le processus / Quel type d'action de l'ANC peut-il être envisagé?
- Comment l'ANC peut-elle surveiller que l'ATTM est conforme avec les dispositions du TIRPGAA (ex: le fait que les cultures soient uniquement utilisées pour l'alimentation et l'agriculture; que les cultures non comprises dans le SML ne soient pas transférées, etc.); comment et par quels moyens et avec quels instruments l'ANC peut-elle surveiller l'utilisation correcte de l'ATTM étant donné que les RG au Costa Rica sont toutes dans le domaine public (elles font toutes partie de la propriété publique appartenant à l'État)?
- Finalement, quelles sont les conséquences du TIRPGAA sur les réserves de ressources génétiques *in situ* (article 12.3. h) sur le fonctionnement du système juridique d'APA? (la LB ne fait pas d'exception pour les collectes *in situ* de RPGAA couvertes par le TIRPGAA et il n'existe pas d'autre norme régissant ce cas précis ou l'accès aux RPGAA comprises dans le SML mais collectées *in situ*. Il existe quelques réglementations sur la collecte de matériels biologiques mais elles exclues expressément de leur portée l'hypothèse dans laquelle l'intention de l'utilisateur et d'obtenir l'accès au ressources génétiques).

Source: Produit par l'auteur

Après avoir analysé ces expériences nationales d'application de l'APA fondées sur la CDB et le TIRPGAA, il est intéressant d'ajouter les nouvelles règles d'APA du Protocole de Nagoya à cette étude, d'identifier les articles pertinents du Protocole qui interfèrent avec le TIRPGAA.

2 La CDB et le Protocole de Nagoya et le TIRPGAA: quand se rencontrent les deux instruments internationaux: une perspective juridique

Les sections qui suivent présentent les dispositions principales relatives à l'application nationale, à la fois du Protocole de Nagoya et du TIRPGAA. Elles tentent d'identifier l'interaction entre les deux traités et l'endroit où leurs obligations se croisent pour promouvoir la complémentarité réciproque dans l'application des traités au niveau national. Cette étude ne prétend donc pas analyser l'application de l'intégralité des dispositions des instruments relatifs à l'APA mais seulement ceux qui nécessitent une prise en compte mutuelle pour atteindre une application synergétique au niveau national, pour les deux traités.

Au cours des négociations du Protocole de Nagoya, les relations entre le Régime et le TIRPGAA (en tant que seuls instruments juridiquement contraignants relatifs à l'APA en dehors de la CDB) ont été le sujet de différentes analyses, à la fois au niveau académique³⁵ et tout en faisant partie de la préparation des négociations.³⁶

Notamment, les questions qui suivent, contenues dans le Protocole de Nagoya, ont été choisies parce qu'elles présentent une relation étroite avec les dispositions du TIRPGAA et sont essentielles – d'un point de vue juridique – pour l'application nationale des deux instruments.³⁷

- Le Préambule
- L'article 4 (Relation avec les autres instruments et par conséquent la détermination de la "portée" du Protocole de Nagoya et la mesure dans laquelle ses dispositions sont applicables ou non aux RPGAA couvertes par le SML).
- Les dispositions sur la protection des connaissances traditionnelles ou CT (et sa relation avec le concept et les instruments juridiques des DA en vertu de l'article 9 du TIRPGAA).
- Les considérations spéciales de l'article 8 (c).
- L'article 17 sur la surveillance de l'utilisation des ressources génétiques et le certificat de conformité reconnu à l'échelle internationale et le rôle éventuel des ATTM régis par le TIRPGAA servant de preuve à la légalité de l'accès aux RPGAA couvertes par le SML aux points de contrôle désignés adéquats (ex: lorsqu'une autorité de

³⁵ Voir Jane Bulmer, *Study on the relationship between an international regimen on ABS and other international instruments and for a which govern the use of genetic resources. The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture and the Food and Agriculture Organization's Commission on Genetic Resources for Food and Agriculture*; UNEP/CBD/WG-ABS/7/INF/3/Part 1, 2009

³⁶ Fridtjof Nansen Institute, *International Agreements and Processes affecting the International Regimen on ABS under the Convention on Biological Diversity. Implications for its scope and possibilities of a sectoral approach*, FNI Report 3/2010, 2010

³⁷ En même temps, le TI pourrait être source d'informations et de leçons pouvant être utiles à l'application éventuelle d'autres articles du PN tels que l'article 10 (Mécanisme Multilatéral Mondial de Partage des Avantages), l'article 19 (Clauses Contractuelles Types) et 30 (Procédures et Mécanismes Propres à Encourager le Respect des Disposition du Présent Protocole) entre autres.

protection de variétés de végétaux est désignée comme point de contrôle au niveau national).³⁸

- L'article 19a mis en place un système permettant de développer deux genres de "Clauses Contractuelles Types": la première est que Chaque Partie encourage, selon qu'il convient, l'élaboration, la mise à jour et l'utilisation de clauses contractuelles types sectorielles et intersectorielles pour les conditions convenues d'un commun accord. Cette option est tout à fait pertinente pour le lien avec la RGAA en général. La seconde option est que la Conférence des Parties siégeant en tant que réunion des Parties au présent Protocole examine périodiquement l'utilisation de clauses contractuelles types sectorielles et intersectorielles. Ici aussi la CdP se voit attribuer un rôle dans le développement et la supervision des clauses types qui pourraient devenir le cœur de la relation avec les RGAA.

La compréhension claire de ces articles pourrait clarifier comment appliquer correctement d'autres dispositions du Protocole de Nagoya tout en prenant en considération les dispositions du TIRPGAA: ex: comment concevoir des mesures juridiques ou des conditions pour le CPCC et les CCCA (articles 5 et 6) et avoir aussi des conséquences juridiques pour l'application correcte d'autres dispositions du Protocole de Nagoya (ex: le contenu précis des mesures prises par les Parties au titre des articles 15 et 16), entre autres.

De plus, au niveau national, il a d'autres occasions de promouvoir une application synergétique des deux traités émanant du contenu du Protocole de Nagoya ainsi que de futures activités, telles que celles relatives au renforcement des capacités et au développement (article 22) et à la sensibilisation (article 23) entre autres. Ceux-ci ne sont pas explorés ici mais peuvent faire partie de l'ensemble des actions de promotion des synergies entre les deux traités au niveau national.

Enfin, toute analyse doit prendre en compte les objectifs des deux instruments, tout particulièrement à la lumière du contenu de l'article 4 du PN.³⁹

2.1 Préambule

Le Préambule du Protocole de Nagoya est une partie intégrante du traité parce qu'il a le même statut légal que le reste du texte en fournissant un contexte pour l'interprétation des termes du traité.⁴⁰ Le but juridique est d'offrir une assistance dans l'interprétation des termes et régler les interprétations litigieuses des dispositions ou du contexte pour de futures

³⁸ Comme cela est déjà requis par certaines Lois sur la Protection des Variétés de Plantes ou par des réglementations telles que celles de l'Équateur ou de l'Inde.

³⁹ L'objectif du Protocole est le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques, y compris par 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.(article 1)

⁴⁰ Convention de Vienne sur le Droit des Traités, 1969, entrée en vigueur en 1980, Article 31(2).

négociations. Tenir dûment compte du langage dans le Préambule peut donc aider les Parties à développer des législations et des politiques cohérentes et complémentaires pour l'application de l'APA sur les RPGAA et en vertu du Protocole de Nagoya.⁴¹ Le texte reproduit ci-dessous offre aux Parties le contexte se trouvant en arrière plan d'un certain nombre de dispositions du Protocole, notamment les Articles 4 et 8.

Table 2: Dispositions pertinentes du Préambule du Protocole de Nagoya

<p><i>Reconnaissant</i> l'importance des ressources génétiques pour la sécurité alimentaire, la santé publique, la conservation de la diversité biologique, et l'atténuation des changements climatiques et l'adaptation à ceux-ci,</p> <p><i>Reconnaissant</i> la nature spéciale de la diversité biologique agricole, ses traits distinctifs et ses problèmes nécessitant des solutions particulières,</p> <p><i>Reconnaissant</i> l'interdépendance de tous les pays en ce qui a trait aux ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture ainsi que leur nature et leur importance particulières pour assurer la sécurité alimentaire à l'échelle mondiale et pour le développement durable de l'agriculture dans le contexte de l'atténuation de la pauvreté et des changements climatiques, et reconnaissant le rôle fondamental du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture et de la Commission des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO à cet égard,</p> <p><i>Reconnaissant</i> les travaux en cours sur l'accès et le partage des avantages dans d'autres instances internationales,</p> <p><i>Rappelant</i> le Système multilatéral d'accès et de partage des avantages créé en vertu du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture développé en harmonie avec la Convention,</p> <p><i>Reconnaissant</i> que les instruments internationaux relatifs à l'accès et au partage des avantages devraient être complémentaires en vue d'atteindre les objectifs de la Convention</p>
--

2.2 La relation juridique entre le Protocole de Nagoya et les autres Traités

L'article 4 est capital pour la compréhension des relations entre le Protocole de Nagoya et les autres traités et instruments. Il est ainsi rédigé:

Article 4. Relation avec les Accords et Instruments Internationaux

1. Les dispositions du présent Protocole ne modifient en rien les droits et obligations découlant pour une Partie d'un accord international existant, sauf si l'exercice de ces droits ou le respect de ces obligations devait causer des dommages graves à la diversité biologique ou constituer pour

⁴¹ Greiber et al *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and Traditional Knowledge*; IUCN, Environmental Law and Policy Paper No. 83, Bonn, 2012

elle une menace grave. Le présent paragraphe n'a pas pour objet de créer une hiérarchie entre le présent Protocole et d'autres instruments internationaux.

2. Rien dans le présent Protocole n'empêche les Parties d'élaborer et d'appliquer d'autres accords pertinents, y compris d'autres accords spéciaux en matière d'accès et de partage des avantages, à condition qu'ils favorisent les objectifs de la Convention et du présent Protocole et n'aillent pas à leur rencontre.

3. Le présent Protocole s'applique dans un esprit de complémentarité réciproque avec les autres instruments internationaux pertinents. Les travaux ou pratiques utiles et pertinents en cours dans le cadre de ces instruments internationaux et organisations internationales compétentes devraient être dûment pris en compte, à condition qu'ils favorisent les objectifs de la Convention et du présent Protocole et n'aillent pas à leur rencontre.

4. Le présent Protocole est l'instrument d'application des dispositions de la Convention relatives à l'accès et au partage des avantages. Lorsqu'un instrument international spécial sur l'accès et le partage des avantages s'applique, est conforme aux objectifs de la Convention et du présent Protocole et ne va pas à l'encontre de ces objectifs, le présent Protocole ne s'applique pas pour la ou les Partie(s) à cet instrument spécial en ce qui concerne la ressource génétique spécifique couverte par ledit instrument et pour les besoins de celui-ci.

2.2.1 *Contexte*

L'article 4 est la disposition la plus importante du Protocole de Nagoya pour comprendre les relations entre le Protocole de Nagoya et le TIRPGAA du point de vue du droit international mais avec des conséquences sur l'application au niveau national. La relation entre le Protocole de Nagoya et le TIRPGAA a été considérée en tant que telle lors des négociations, principalement en ce qui concerne la portée,⁴² et finalement dans les négociations sur l'article 4. La relation entre le régime international sur l'APA et d'autres systèmes d'APA spéciaux, tel que le Traité International sur les Ressources Phytogénétiques pour l'Alimentation et l'Agriculture (TIRPGAA) a été soulevée pour la première fois par les Parties lors du 6ème Groupe de Travail (GT) sur l'APA (ABS WG6), à Genève, principalement sous l'angle de la portée (quelles ressources génétiques sont incluses / exclues du Protocole). La nécessité d'envisager les obstacles à la relation dans la catégorie "portée" a existé jusqu'au GT9 sur l'APA, quand les co-présidents du GT ont déposé un document officieux relatif à un Protocole juridiquement contraignant sur l'APA qui a été accepté par toutes les Parties comme base pour les négociations finales.⁴³

L'idée que "la taille unique ne convient pas à tous" a été soulevée lors des négociations et a aussi été prise en compte par un Groupe d'Experts

⁴² Voir aussi sur l'historique des négociations: Greiber, Thomas, et al; *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and Traditional Knowledge*; IUCN, Environmental Law and Policy Paper No. 83, Bonn, 2012

⁴³ Voir Morguera Elisa, et al, *Draft Commentary on the Nagoya Protocol*, version 2011 versé au dossier de l'auteur

Juridiques et Techniques. La possibilité de développer et mettre en oeuvre de nouveaux accords spéciaux sur l'APA (approche sectorielle) était soutenue par certains États. Ces États ont suggéré l'éventualité pour le Protocole de Nagoya d'inclure une disposition générale reconnaissant les approches sectorielles spéciales sur l'APA existantes ou à venir. Ces accords auraient valeur de *lex specialis* et feraient ainsi sortir du Protocole de Nagoya certains groupes de ressources génétiques pour les ressources génétiques ou les types d'utilisation concernés. Le système de brevets reconnaît dans une mesure beaucoup plus limitée que "la taille unique ne va pas (nécessairement) à tout le monde" et rend moins spécifiques les règles relatives à la façon dont le système juridique doit prendre les différences sectorielles en compte. L'article 27.3.b des ADPIC en est l'exemple mondial le plus remarquable et la Directive Brevets de l'UE est un exemple régional de traitement spécial dans un domaine de l'innovation.⁴⁴

Le Groupe d'Experts Juridiques et Techniques sur les Concepts, les Termes, les Définitions et les Approches Sectorielles⁴⁵ de la CDB créé par la CdP IX est arrivé à certaines conclusions concernant l'importance des approches sectorielles pour la mise en oeuvre du Protocole de Nagoya:

Table 3: Les approches sectorielles et le RI: Quelques conclusion du Groupe d'Experts Juridiques et Techniques

- La CDB ne fait pas de distinction entre les différentes catégories de ressources génétiques ou les différents secteurs. Cependant, en pratique, plusieurs distinctions de base existent qui pourraient être utilisées pour le développement de réglementations nationales ou internationales telles que la nature de la demande ou l'utilisation envisagée (commerciale contre non-commerciale, pour l'alimentation et l'agriculture, à des fins pharmaceutiques, etc.); la nature physique des ressources ou leur localisation (marine, terrestre, plantes supérieures; micro-organismes; trouvées *ex situ* ou *in situ*, etc.). Au niveau international, le TIRPGAA fournit des exemples d'un régime juridique spécial sur l'APA. Ces questions sont liées à la portée du Régime International ainsi qu'aux différents composants (spécialement l'APA).
- Le régime international pourrait offrir un accès et un partage des avantages avec des exigences minimales qui s'appliquerait au delà des secteurs lorsqu'il n'y a pas de systèmes spécifiques mis en place. Ces dispositions d'accès et partage des avantages par défaut ou ces exigences minimales pour l'accès et le partage des avantages couvriraient toutes les activités d'accès et de partage des avantages en l'absence de systèmes plus spécifiques pour des secteurs particuliers.

⁴⁴ *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property (Annex 1C of the Agreement establishing the World Trade Organization)* [TRIPS Agreement], WTO, 15 April 1994 et *Directive 98/44/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 Juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques* [Directive 98/44/CE], 6 Juillet 1998, [1998] OJ, L 213/13, entrée en vigueur le 30 Juillet 1998

⁴⁵ UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, 12 Décembre 2008

- Une clause d’habilitation pourrait autoriser les secteurs à développer leur propre système avec l’accord des parties contractantes dans le but de répondre à leurs besoins spécifiques.
- Le régime international pourrait être un accord-cadre qui établirait une entente et un accord international minimums sur ce qui est nécessaire dans tous les domaines qui fournissent la flexibilité pour que les secteurs développent leurs propres approches d’accès et de partage des avantages, tout particulièrement les approches multilatérales.

Puisque le Protocole de Nagoya s’applique, en principe, à tous les types de ressources génétiques et à toutes les utilisations possibles de celles-ci, et puisque les dispositions pertinentes de l’APA sur différents types sont abordées dans une gamme d’instruments et de processus en dehors de la CDB,⁴⁶ il a été jugé nécessaire d’aborder la relation entre le Protocole de Nagoya et les autres instruments relatifs à son objectif, son contenu et ses mécanismes. Ceci comprend le Traité International sur les Ressources Phytogénétiques pour l’Alimentation et l’Agriculture (le seul instrument spécial sur l’APA existant) et les processus régis par la Commission sur les Ressources pour l’Alimentation et l’Agriculture de la FAO qui sont aussi pertinents pour le Protocole de Nagoya. Pendant les négociations, il a été suggéré d’exclure les groupes de RG de la portée du Protocole. Ces suggestions n’ont toutefois pas fait partie du texte final.

De plus, lors du processus de négociation il a été soulevé qu’un “régime international” sur l’APA existait déjà. Cette **“Gouvernance de l’APA”** est actuellement composée d’une variété d’instruments juridiques, contraignants ou non, de nature nationale, régionale et multilatérale. Étant donné la complexité et le large éventail d’aspects abordés par le RI (et inclus désormais dans le Protocole de Nagoya), il a été jugé indispensable d’établir des synergies appropriées avec certains d’entre eux.⁴⁷

2.2.2 *Contenu de l’article 4. Implications générales du premier paragraphe*

L’article 4 a été l’objet de longues négociations reflétant les différences fondamentales d’approche entre ceux qui considéraient que le Protocole de Nagoya devait être l’instrument fondamental de l’APA et ceux qui considéraient que le Protocole fait partie d’un régime international d’APA plus large, le Protocole étant l’instrument par défaut.⁴⁸ Cet article traite des relations entre le Protocole de Nagoya et d’autres instruments internationaux en général, comprenant des instruments spéciaux sur l’APA. Il va plus loin inclut aussi des travaux et pratiques d’organisations

⁴⁶ Voir Buck M and Hamilton, C., *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising out of Their Utilization Under the Convention on Biological Diversity*, in Review of European and International Environmental Law, 20 (1), Londres, 2011.

⁴⁷ Voir Cabrera Medaglia, Jorge, *The International Regimen on ABS: elements; progress and perspectives*, IUCN Oficina Sur, Quito, 2006

⁴⁸ Buck et Hamilton, *op cit*

internationales compétentes. Une partie du vocabulaire de cet article est directement inspiré de l'article 22 de la CDB.⁴⁹

Certains accords environnementaux multilatéraux récents contiennent une clause, à laquelle on se réfère parfois en tant que “**clause de sauvegarde**” dans le préambule ou dans le corps du texte, définissant la relation entre l'instrument et les autres instruments connexes, dans certains cas spécialement ceux de nature commerciale, tels que l'OMC. L'article 4 reflète cette approche du droit international de l'environnement. Quand une telle clause apparaît dans le corps du texte d'un traité, cela peut indiquer quel traité – le traité existant ou le nouveau traité – les Parties entendent faire prévaloir en cas de conflit avec l'article 30 (2) de la Convention de Vienne qui prévoit que “Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent”. En vertu de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités des traités postérieurs entre les mêmes parties, traitant du même objet, prévalent sur les dispositions ou les traités antérieurs, à moins que le dernier traité n'en dispose autrement.

La première partie de ce paragraphe reprend essentiellement ce qui est déjà inclu dans l'Article 22 de la Convention. Cependant, l'Article 22 inclu aussi un second paragraphe indiquant que les Parties Contractantes doivent appliquer la Convention en respectant l'environnement marin conformément aux droits et aux obligations des États énoncés par le droit de la mer.

Néanmoins, la seconde partie du paragraphe aborde un aspect non couvert par l'Article 22 de la CDB, mais présent dans les accords environnementaux multilatéraux: la précision que le paragraphe n'entend pas créer de hiérarchie entre le Protocole et d'autres instruments. Plusieurs aspects de cette disposition méritent des commentaires spécifiques: a) les ébauches précédentes du Protocole de Nagoya ont adopté une approche différente: au lieu d'établir que l'intention du paragraphe n'est pas de créer une hiérarchie (ex: en faveur du Protocole ou de l'autre accord), elles posaient clairement que l'objet n'était pas de “subordonner” le Protocole à d'autres instruments internationaux; b) malgré le vocabulaire utilisé, il a été débattu que le Protocole créait, en pratique, une hiérarchie en faveur de la diversité biologique;⁵⁰ c) cet article aborde la relation avec d'autres accords internationaux existants, le cas de la création et de l'application de nouveaux accords est régi par le paragraphe suivant et l'hypothèse d'instruments spéciaux sur l'APA est régie par le paragraphe 4.4.⁵¹

⁴⁹ Voir aussi la Décision X/1 qui reconnaît que le régime international est composé de la CDB, du PN et d'autres instruments complémentaires tels que le TI. Elle reconnaît aussi que les objectifs du TI sont pleinement cohérents avec la CDB, en ce qui concerne l'agriculture durable et la sécurité alimentaire et prend note avec satisfaction de la Résolution 18/2009 de la Conférence de la FAO sur les politiques et dispositions relatives à l'APA pour l'alimentation et l'agriculture.

⁵⁰ Buck et Hamilton, *op cit*

⁵¹ Voir aussi le Préambule du TI qui dispose: “Reconnaissant que le présent Traité et les autres accords internationaux pertinents devraient être complémentaires en vue d'assurer

2.2.3 *Le second paragraphe et les négociations de futurs accords (y compris ceux sur l'APA)*

Cet article, en son second paragraphe, réaffirme le droit des Parties de développer et d'appliquer d'autres accords internationaux pertinents en général, et en particulier, d'autres accords spéciaux sur l'APA. La conséquence finale de certains d'entre eux pourrait être un nouvel instrument international ou, en particulier, un nouvel Accord sur l'APA, par exemple, tout nouvel accord éventuel sur d'autres types de Ressources Génétiques pour l'Alimentation et l'Agriculture sous l'égide de la Commission de la FAO sur les Ressources Génétiques pour l'Alimentation et l'Agriculture (CRGAA). Déjà en Juillet 2011 la CRGAA avait demandé l'exploration de l'accès et du partage des avantages dans les secteurs des ressources génétiques pour l'agriculture et l'alimentation. Les débats au sein de la CRGAA se divisent entre le développement de régimes spéciaux pour les ressources génétiques des animaux de ferme (RGA_n), les ressources génétiques des arbres forestiers (RGA_f), les ressources génétiques aquatiques (RGA_{aq}), les ressources génétiques des microorganismes (RGA_{mic}), les invertébrés et l'APA pour les végétaux en dehors de la portée du Système Multilatéral régi par le TIRPGAA. Une possibilité susceptible d'être explorée est de développer un parapluie pour ces groupes de RGAA à la Commission et de développer une clause type d'accord de transfert de matériel (ct-ATM) pour chaque domaine de ressources génétiques. Cette étude ramène aussi aux éventualités des ATM reconnus par l'article 19 du Protocole de Nagoya qui donne la possibilité à la CdP de travailler sur des ATM spéciaux. Des systèmes d'APA spéciaux sont candidats pour être traités par l'Organisation Mondiale de la Santé, en ce qui concerne les Zones Hors des Juridictions Nationales dans l'océan et en Antartique.

Dans l'hypothèse de Systèmes d'APA spéciaux (le TIRPGAA), cette situation est régie par le paragraphe 4. Cependant, en même temps, il y avait une crainte que des nouveaux accords internationaux et leur mise en œuvre, notamment les nouveaux accords sectoriels sur l'APA, puissent aller à l'encontre des objectifs de la CDB et en particulier du Protocole (partage juste et équitable des avantages) créant un échappatoire au sein du Protocole et rendant difficile de satisfaire la demande de partage juste et équitable. Le Protocole contient ainsi un garde-fou; les Parties peuvent négocier et mettre en œuvre tout nouvel accord international dans la mesure où ces accords sont "respectueux et ne vont pas à l'encontre des objectifs de la CDB et du Protocole". Cette qualification s'applique à la fois aux instruments internationaux généraux et aux accords spécialisés sur l'APA.⁵²

une agriculture durable et la sécurité alimentaire; *Affirmant* que rien dans le présent Traité ne doit être interprété comme entraînant, de quelque manière que ce soit, une modification des droits et obligations afférents aux Parties contractantes au titre d'autres accords internationaux; *Considérant* que l'exposé ci-dessus n'a pas pour objet d'établir une hiérarchie entre le Traité et d'autres accords internationaux".

⁵² Greiber, Thomas et al *op cit.*

2.2.4 *La complémentarité réciproque*

Finalement, tout nouvel instrument international développé ou mis en oeuvre doit respecter et suivre le paragraphe suivant et doit être appliqué dans un esprit de complémentarité réciproque comme indiqué au paragraphe 3.

L'expression "complémentarité réciproque" a pris un sens particulier dans le contexte du commerce et de l'environnement. Le terme provient des travaux du Comité de l'OMC du Commerce et de l'Environnement qui a examiné la relation entre l'OMC et les Accords Multilatéraux sur l'Environnement. On le trouve aussi dans les accords multilatéraux sur l'environnement les plus récents.

Il a été soulevé que la "complémentarité réciproque" a évolué en un principe de droit international.⁵³ Cela requiert, sur le plan de l'interprétation, que les États trouvent des solutions aux tensions entre les régimes concurrents, impliquant la subordination d'un régime sur l'autre; et deuxièmement, sur le plan de la création de la loi, les États doivent faire l'effort de négocier de bonne foi et de conclure des instruments qui clarifient la relation entre les régimes concurrents, particulièrement lorsque les efforts de réconciliation interprétative ont été épuisés.⁵⁴

L'article 4(3) semble donc se référer à la première dimension de complémentarité réciproque en exigeant des parties au Protocole de retirer les solutions d'interprétation concernant les tensions entre le Protocole et les autres régimes internationaux pertinents impliquant la soumission d'un régime à l'autre, lors de la mise en oeuvre du Protocole. Ceci est clarifié plus avant par le Préambule, lorsque les parties reconnaissent que les instruments internationaux relatifs à l'APA doivent s'appliquer dans un esprit de complémentarité réciproque dans le but d'atteindre les objectifs de la Convention.⁵⁵

Finalement, ces trois paragraphes devraient être lus ensemble. Le premier paragraphe régit la relation entre les traités antérieurs et le Protocole et insiste sur le fait qu'aucune hiérarchie n'est créée mais aucun droit ou obligation ne doit porter atteinte ou menacer la diversité biologique. Le paragraphe 2 énonce clairement les droits des Parties de développer et mettre en oeuvre de nouveaux instruments de nature différente (commerciale, environnementale, accords spécialisés sur l'APA, etc.) à condition qu'ils soient conformes à la CDB et au Protocole. Le paragraphe 3 inclut l'obligation pour les Parties de mettre en oeuvre les instruments internationaux pertinents et le protocole dans un esprit de complémentarité réciproque.

Quels sont les instruments internationaux pertinents qui ne sont pas mentionnés dans le Protocole.

⁵³ Morguera Elsa et al *op cit.*

⁵⁴ Pavoni, cité de Morguera Elsa, *op cit*

⁵⁵ Voir Morguera, Elsa, et al *op cit.*

Le paragraphe 3 aborde aussi une relation très controversée et très peu commune en droit international: la référence **aux “travaux” et “pratiques” utiles et pertinents dans le cadre de tels accords ou d’organisations internationales compétentes**. Plusieurs aspects peuvent être commentés. Premièrement, le vocabulaire exige seulement des parties qu’elles prennent dûment en compte (voir aussi l’article 8 sur les considérations spéciales). En droit international les “travaux et pratiques” “en cours” n’ont pas de statut. Par exemple, le Statut de la Cour Internationale de Justice (art. 38) ne les considère pas comme source de droit international. Faire le lien entre l’application du Protocole de Nagoya et de tels éléments non contraignants, non écrits, non reconnus et parfois même non publiés, finirait pas accroître l’incertitude juridique du système d’APA.⁵⁶ Une telle disposition lierait essentiellement l’application du Protocole à une ou plusieurs cibles mouvantes, sous la forme de “travaux et pratiques [...] en cours” d’organes et d’instruments internationaux divers en évolution permanente. La référence aux “pratiques” n’a pas d’équivalent en droit international public général. La “pratique générale acceptée comme étant le droit” est une des sources du droit international en vertu de l’article 38 des Statuts de la CIJ, reconnaissant ainsi le droit international coutumier comme source générale de droit. Le droit international coutumier se développe à travers les pratiques répétées et acceptées des États selon ce qui paraît être ou est perçu comme une obligation juridique (*opinio juris*). Il est plus spécifique et bien moins élargi que le terme vaste et général de “pratiques”. La référence inappropriée, non-spécifique aux pratiques signifierait soumettre le Protocole à un ensemble non-défini de pratiques. Cela introduirait aussi un degré considérable d’incertitude juridique et d’imprévisibilité au sein du Protocole.

Toutes les sortes de travaux ou pratiques ne méritent pas d’être prises dûment en compte, seulement ceux qui sont “utiles” et “pertinents”. Les travaux peuvent inclure des négociations, des discussions, des résolutions, etc. et les pratiques tout type concret de mesures prises pour la mise en oeuvre d’un instrument. Dans tous les cas, la distinction pratique entre les deux semble moins pertinente. Il a été suggéré que les Travaux de la Commission de la FAO sur les Ressources Génétiques pour l’Alimentation et l’Agriculture pourraient être soumis à ce paragraphe.⁵⁷

Dans tous les cas, les travaux et pratiques en cours doivent être compatibles et ne pas aller à l’encontre de la CDB et des objectifs du Protocole.

2.3 Le paragraphe 4 et le TIRPGAA

Le paragraphe 4 dispose clairement que le Protocole est l’instrument destiné à mettre en oeuvre les dispositions de la CDB sur l’APA. Bien

⁵⁶ Tvedt et Rukundo, *Functionality of an ABS Protocol*. Lysaker, Fridtjof Nansens Institute, 2010. (FNI Report 9/2010)

⁵⁷ Voir aussi Hamilton et Buck indiquant que les travaux de la Décision de l’OD du TI utilisant les ATTM pour les récoltes non-visées par l’Annexe I en vertu de l’article 15 est un exemple de tels travaux ou pratiques.

qu'il a été reconnu que d'autres instruments pertinents existent à côté du Protocole, le Protocole est considéré comme le mécanisme de mise en oeuvre des dispositions sur l'APA de la CDB. Lors des négociations, il a été suggéré que le Protocole (ou le RI) n'était qu'un instrument de plus traitant de l'APA, de même que, par exemple, le Traité International. Le paragraphe pose clairement la position centrale du Protocole dans le contexte de la Gouvernance de l'APA.

Le paragraphe traite d'une situation spécifique: la relation avec les instruments spéciaux sur l'APA. Jusqu'ici, le seul instrument spécial est le TIRPGAA, une approche plus détaillée des règles pertinentes sur l'APA dans le TIRPGAA fera l'objet de la section B. Toutefois, il n'est pas fait mention du TIRPGAA (sauf dans le préambule). Les textes précédents incluaient une référence spécifique au TIRPGAA, en cherchant spécifiquement à exclure l'instrument de la portée du Protocole. Finalement, toute référence expresse à disparu du texte.

Il y a, toutefois, plusieurs précisions et conditions qui régiront la relation entre les deux instruments.⁵⁸ Premièrement, l'instrument spécial doit être "conforme" et ne pas aller à l'encontre des objectifs de la CDB et du Protocole. Cependant, le vocabulaire utilisé dans les dispositions a moins de force que dans les autres paragraphes (qui utilisent le terme "favoriser"). Il est donc requis que l'instrument spécial ne soit que conforme et non qu'il favorise. C'est peut être la reconnaissance du fait qu'un instrument spécialisé sur l'APA puisse comprendre différentes approches et mécanismes de mise en oeuvre, ce qui peut s'éloigner de l'approche bilatérale de la CDB et du Protocole de Nagoya.

Deuxièmement, l'autre qualification a trait à l'adhésion: lorsqu'une Partie n'est pas Partie à l'instrument spécial, alors les dispositions du Protocole de Nagoya s'appliqueront à toutes les transactions sur les ressources génétiques. Cela est aussi important parce que jusqu'ici le TIRPGAA a 128 Parties et la CDB en a 194. Il y a donc un certain nombre de Parties à la CDB qui ne sont pas membres ou Parties au TIRPGAA.

La priorité donnée à l'instrument spécial sur le Protocole de Nagoya est limitée et définie: seulement aux ressources génétiques couvertes et destinées aux fins de l'instrument spécial. Cependant, la première partie de la phrase n'est pas complètement claire en ce qui concerne ses conséquences. La Portée du TIRPGAA concerne toutes les ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture, mais la portée du Système Multilatéral de l'APA est bien plus réduite: les ressources génétiques comprises dans l'Appendice I (sous la gestion et le contrôle et dans le domaine public des parties contractantes et celles incluses volontairement par des personnes morales et juridiques) et – en pratique – les ressources génétiques non-visées par l'Appendice I incluses pour le GCRAI et d'autres centres en conformité avec l'article 15 sont transférées dans le même ATTM.

⁵⁸ Voir en général Greiber, Thomas et al, *op cit.*

En ce qui concerne, le but, le paragraphe pose clairement que, dans ce cas, l'utilisation de RG couvertes n'est exclu du Protocole de Nagoya que pour les buts de cet instrument, par exemple, dans le cas du TIRPGAA seulement pour l'alimentation et l'agriculture, non pour des utilisations pharmaceutiques ou autres (telles que les utilisations industrielles).

Il est donc essentiel de comprendre quelles ressources sont couvertes (ce qui est lié à ce qui suit).

En résumé, l'article 4.4 n'est pas une exclusion générale pour les instruments spéciaux tels que le TIRPGAA, l'exclusion s'applique plutôt seulement lorsque, et dans la mesure où, les ressources génétiques en question sont utilisées pour les fins de cet instrument spécialisé (alimentation et agriculture).⁵⁹

Il est clair que, dans le contexte du TIRPGAA, les exceptions s'appliquent seulement:

- a) Aux ressources couvertes par l'instrument spécial;
- b) Aux parties aux deux instruments (et non aux parties au Protocole de Nagoya qui ne sont pas parties au TIRPGAA);
- c) Aux fins définies par l'instrument (alimentation et agriculture).

Donc, si un État n'est pas partie au TI, l'accès au RPGAA sera régi par l'approche bilatérale CDB/PN (nécessitant essentiellement des CPCC et des CCCA) à moins qu'un État – se basant sur ses propres priorités et décisions nationales – n'offre un traitement spécial pour les RPGAA. Les mêmes règles s'appliquent pour l'accès aux ressources phytogénétiques à d'autres fins que l'utilisation industrielle ou pharmaceutique.

Dès lors, les problèmes essentiels de l'interaction sont:

- a) Déterminer la portée exacte des composants de l'APA dans le TIRPGAA (quelles ressources sont couvertes)
- b) Comprendre "l'alimentation et l'agriculture" comme l'utilisation, la conservation pour recherche, la sélection et la formation pour l'alimentation et l'agriculture.
- c) Déterminer les autorités/entités nationales compétentes pour délivrer l'accès (en vertu du CDB/Protocole de Nagoya) et pour signer l'ATTM (en vertu du TI) et améliorer la coopération et la quantité d'information échangée pour clarifier et respecter leurs compétences juridiques respectives; établir la confiance et minimiser tout sens de concurrence entre les deux types d'entité.
- d) Élaborer des dispositions appropriées sur les mesures d'APA développées sur la base de Nagoya pour créer un espace juridique pour l'application de l'approche spéciale du TIRPGAA dans le domaine de l'APA envers les RPGAA. Cela peut comprendre non seulement les dispositions appropriées offrant l'espace au SML dans les mesures de l'APA (telles qu'une "clause d'exception" ou l'adoption de législation spéciale pour mettre en oeuvre le système

⁵⁹ Voir Hamilton and Buck, *op cit*

multilatéral) mais aussi des possibilités de contrôler les deux autorités de conformité aux conditions d'accès: ex: de futurs changements dans l'utilisation peut être considéré comme une rupture de contrat mais aussi comme violation des mesures sur l'APA d'un pays dans la mesure où le pays comprend des exceptions limitées et détaillées à l'application de la mesure sur l'APA.

- e) Les parties contractantes au Protocole de Nagoya peuvent dûment tenir compte de certaines pratiques des États dans l'application du SML.⁶⁰ Cependant, la rédaction de l'article n'implique pas une reconnaissance automatique dans le cadre juridique national de ces pratiques, à moins que les États le souhaitent.
- f) Finalement, toute interprétation des dispositions du TI et du PN devraient être réalisée dans le but de créer une complémentarité réciproque entre les instruments.

2.4 L'article 8c) – les ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture et la sécurité alimentaire⁶¹

Le paragraphe 8c) se réfère à l'importance des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture et à leur rôle spécial pour la sécurité alimentaire. Cependant, cette disposition ne constitue pas une obligation forte puisqu'elle exige seulement que les parties “[tiennent] compte de l'importance” de ces ressources génétiques et ne demande aucune action particulière.⁶² L'article 8c) reflète le fait que la plupart des cadres internes sur l'APA qui existent n'abordent pas suffisamment les caractéristiques spéciales des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture. Tout en reconnaissant la nature spéciale des RPGAA, plusieurs pays et régions ne sont pas d'accord avec une exclusion large de ce type de RG par le Protocole. Ils craignaient que la reconnaissance explicite des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture n'entraîne pas une exclusion des RGAA de la portée du Protocole sur l'APA (cela était lié aux discussions sur l'article 4 du TIRPGAA).⁶³

Lire cet article conjointement avec l'article 4 donne à une partie la possibilité d'insérer une clause dans sa législation ou ses exigences réglementaires sur l'APA renonçant à l'Appendice I sur les RPGAA utilisées aux fins énoncées dans le TIRPGAA. Les parties peuvent aussi prendre en compte d'autres ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture qui sont importantes pour la sécurité alimentaire tout en développant et mettant en oeuvre leur législation sur l'APA en conformité avec le Protocole de Nagoya. Les dispositions doivent être lues et appliquées dans le contexte d'autres références liées à l'article 4,

⁶⁰ Voir Hallewood et al *op cit*, indiquant que, par exemple, les États peuvent envisager – à la lumière de l'article 4.3 – l'hypothèse dans laquelle les destinataires des RPGAA en vertu de l'ATTM dans des États qui ne sont pas parties au TI mais sont parties au PN et le transfert des matériels comme prévu par l'ATTM sans obtenir d'autorisation supplémentaire d'une autorité compétente.

⁶¹ Voir Décision II/15 et Décision V/ 5 relatives aux particularités et aux caractéristiques des RPGAA

⁶² Voir Greiber et al, *op cit*

⁶³ Voir Morguera, Elisa, et al, *op cit*.

dans le Préambule et dans la décision de la CdP 10 de la CDB adoptant le Protocole de Nagoya.⁶⁴

2.5 Les connaissances traditionnelles et les droits des agriculteurs

La mise en place des droits des agriculteurs, tels que reconnus dans l'article 9 du TIRPGAA,⁶⁵ est une reconnaissance des immenses contributions faites par les communautés autochtones et locales pour la conservation et le développement des ressources phytogénétiques à l'échelle mondiale.⁶⁶ Tandis que les Droits des Agriculteurs à la protection des connaissances traditionnelles et la participation dans le cadre du partage équitable des avantages et de la prise de décision sont établis par le TIRPGAA, le traité est neutre en ce qui concerne le "privilège des agriculteurs", ou le droit des agriculteurs de conserver, d'utiliser, d'échanger et/ou de vendre les semences de ferme récoltées.⁶⁷ Nonobstant, le TIRPGAA ne pose pas de limites au droit interne des agriculteurs, plutôt, la responsabilité de la protection des droits explicites et implicites est conférée aux gouvernements nationaux.⁶⁸

La protection des Connaissances Traditionnelles (CT) provient principalement de l'Article 8 (j) de la CDB qui oblige les Parties au traité, sous réserve de l'élaboration de la législation nationale, à:

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;⁶⁹

Les liens entre la biodiversité et les moyens de subsistance humains existent depuis des millénaires, offrant la base du développement humain longtemps avant l'émergence de la société moderne.⁷⁰ À travers les âges, avec le développement de la sophistication et la fréquence de

⁶⁴ Morguera, Elisa et al, *op cit.*

⁶⁵ L'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture, Traité International sur les Ressources Phytogénétiques pour l'Alimentation et l'Agriculture, 3 Novembre 2001 (FAO: Rome, Italie 2009) disponible sur: <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/011/i0510e/i0510e.pdf> [TIRPGAA]

⁶⁶ *Ibid*, Art. 9.1; Gerald Moore et Witold Tymowski, *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture* (Union Internationale pour la Conservation de la Nature et les Ressources Naturelles (IUCN): Gland, Suisse, 2005) p.14–15. [Moore & Tymowski]

⁶⁷ *Ibid*, Art. 9.2.

⁶⁸ *Ibid*, Moore & Tymowski, p.15.

⁶⁹ Convention sur la Diversité Biologique, 5 Juin 1992, 31 I.L.M. 818 (entrée en vigueur le 29 Décembre 1993), Art. 8(j). [CDB]

⁷⁰ Lyle Glowka, Françoise Burhenne-Guilmin, Hugh Synge, *et al*, *A Guide to the Convention on Biological Diversity* (IUCN: Gland, Suisse et Cambridge, R.U, 1994), 48, Disponible sur: <http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/EPLP-no.030.pdf>. [CBD Explanatory Guide]

l'engagement humain, un vaste ensemble de connaissances et de pratiques en relation avec l'utilisation des ressources biologiques développées simultanément. Alors que la CDB fait diverses références aux relations entre les communautés autochtones et la biodiversité, y compris le texte du préambule soulignant la dépendance des groupes autochtones à l'utilisation traditionnelle de la biodiversité,⁷¹ le rôle des femmes dans la conservation de la biodiversité,⁷² et dans l'Article 10(c) concernant l'encouragement à l'usage coutumier des ressources biologiques,⁷³ c'est l'Article 8(j) qui offre la base légale pour l'extention de la protection des CT.⁷⁴

Lors de la CdP 4, qui s'est tenue à Bratislava en Slovaquie, en Mai 1998, les Parties mettent en place un groupe de travail spécial intersessions à composition non limitée, pour examiner l'application de l'article 8 j) et des dispositions connexes de la Convention.⁷⁵ Le Groupe de Travail de l'article 8(j) a mis en application des règles de procédure *coutumières* qui donne aux peuples autochtones un statut égal à celui des Parties, il a établi un Fonds d'Affectation Spéciale visant à Faciliter la Participation des Communautés Autochtones et Locales aux Travaux de la CDB,⁷⁶ et il a développé un programme de travail pluriannuel sur l'application de l'article 8(j).⁷⁷ Bien que la protection des CT a été inscrite dans la CDB au travers de l'Article 8(j), la CDB elle-même ne comporte pas de définition formelle des CT, laissant ainsi la clarification de terminologie à l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) en collaboration avec le Groupe de Travail de l'Article 8(j).⁷⁸ En conséquence, après des années de consultation avec divers partenaires à travers le Comité Intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle relative aux Ressources Génétiques, aux Savoirs Traditionnels et au Folklore, l'OMPI a développé un statut complet des CT, le définissant comme:

« [...] du savoir-faire, des techniques, des innovations, des pratiques, des enseignements et de l'apprentissage résultant d'une activité intellectuelle et développés dans un contexte traditionnel [...] Les savoirs traditionnels sont des savoirs dynamiques et évolutifs, qui sont le fruit d'activités intellectuelles transmises de génération en génération et qui comprennent notamment les savoir-faire, les techniques, les innovations, les pratiques, les processus et l'apprentissage et les enseignements, qui subsistent dans des systèmes de savoirs sous une forme codifiée, orale ou autre. Les savoirs traditionnels comprennent également des savoirs qui sont associés

⁷¹ *Ibid*, CDB, Préambule, paragraphe 12

⁷² *Ibid*, CDB, Préambule, paragraphe 13

⁷³ *Ibid*, CDB Art. 10(c)

⁷⁴ Kathryn Garforth et Christine Frison, *Key Issues for the relationship between the Convention on Biological Diversity & the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, (Quaker International Affairs Programme: Ottawa Canada, 2007), 11 [Garforth et Frison]; *Ibid*, CBD Explanatory Guide, 48.

⁷⁵ *Ibid*, Garforth et Frison.

⁷⁶ CdP 8, Décision VIII/5, disponible sur: www.cbd.int/decision/cop/?id=11017

⁷⁷ CdP 10, Décision X/43, disponible sur: www.cbd.int/decision/cop/?id=12309

⁷⁸ CdP 6, Décision VI/10, paragraphes 31–34, disponible sur: www.cbd.int/decision/cop/?id=7184; OMPI, Savoirs Traditionnels – Terminologie et Définitions, WIPO/GRTKF/IC/3/9.

à la biodiversité, à des modes de vie traditionnels et aux ressources naturelles.»⁷⁹

Les Droits des Agriculteurs trouvent une protection spécifique dans l'Article 9 du Traité International sur les Ressources Phytogénétiques pour l'Alimentation et l'Agriculture.⁸⁰ Mettant l'accent sur l'établissement d'un ensemble de droits s'adressant directement aux agriculteurs, l'approche prise par le TIRPGAA harmonise les Droits des Agriculteurs et l'Article 8(j).⁸¹ La justification de la préservation des DA vient de la reconnaissance par les Parties de la contribution substantielle faite par les communautés autochtones et locales à la conservation et au développement des ressources phytogénétiques, des efforts ayant un impact non-négligeable sur l'alimentation et la production et la sécurité agricole dans le monde.⁸² Alors que l'Article 9.1 ne crée aucune obligation juridique, il s'agit de la reconnaissance de l'immense respect pour le rôle joué par les communautés autochtones dans le développement et la préservation de connaissances et pratiques agricoles socialement utiles.⁸³

L'articulation formelle des DA provient de l'Article 9.2 du TIRPGAA qui dispose:

[...] la responsabilité de la réalisation des Droits des agriculteurs, pour ce qui est des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, est du ressort des gouvernements. En fonction de ses besoins et priorités, chaque Partie contractante devrait, selon qu'il convient et sous réserve de la législation nationale, prendre des mesures pour protéger et promouvoir les Droits des agriculteurs, y compris:

- (a) la protection des connaissances traditionnelles présentant un intérêt pour les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture;
- (b) le droit de participer équitablement au partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture;
- (c) le droit de participer à la prise de décisions, au niveau national, sur les questions relatives à la conservation et à l'utilisation durable des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. [...]

Indépendamment du fait que les DA varient énormément de nation en nation en vertu de la nature et de la portée de leur législation interne, les droits contenus dans le TIRPGAA présentent le cœur des DA et ne sont

⁷⁹ OMPI, La Protection des Savoirs Traditionnels: Projets d'Articles, WIPO/GRTKF/IC/21/4 (2012), 6, disponible sur:

www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_21/wipo_grtkf_ic_21_4.pdf

⁸⁰ Organisation pour l'Alimentation et l'Agriculture, Traité International sur les Ressources Phytogénétiques pour l'Alimentation et l'Agriculture, 3 Novembre 2001 (FAO: Rome, Italie 2009) disponible sur:

[ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/011/i0510e/i0510e.pdf](http://ftp.fao.org/docrep/fao/011/i0510e/i0510e.pdf)[TIRPGAA]

⁸¹ Gerald Moore et Witold Tymowski, *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture* (IUCN: Gland, Suisse and Cambridge, R.U., 2005), 68, disponible sur: <http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/EPLP-057.pdf>. [ITPGRFA Explanatory Guide]

⁸² *Ibid*, TIRPGAA, Art. 9.1

⁸³ *Ibid*, TIRPGAA Explanatory Guide, p.68

en aucun cas exhaustifs.⁸⁴ La protection des CT offerte par l'Article 9.2(a), étant donné que la portée du TI se concentre sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et la production agricole, a une portée bien plus limitée en comparaison de l'Article 8(j) de la CDB qui visait à aborder une gamme plus large de ressources biologiques. Cependant, la protection des CT par le TIRPGAA n'est pas limitée aux CT exprimées dans les modes de vie traditionnels tels que décrits dans l'Article 8(j) de la CDB, permettant la sauvegarde des CT relatives à la production agricole et alimentaire.⁸⁵

En développant la législation interne pour protéger les DA, les États ont reconnu une large définition, suggérant que ces droits sont compris dans l'Article 8(j) de la CDB. Au Portugal, le Décret-Loi No.118 du 20 Avril 2002, a mis en place un régime juridique pour la protection de variétés locales et des connaissances traditionnelles associées.⁸⁶ Les CT se voient attribuer par le Décret Portugais une définition large, englobant à la fois les éléments matériels et immatériels associés à l'application commerciale des variétés locales, y compris les savoirs, les méthodes, les processus, les produits et les appellations qui se rapportent à l'agriculture, l'alimentation et les applications industrielles.⁸⁷ De même, la Décision 391 de la Communauté Andines des Nations a développé un Régime Commun d'Accès aux Ressources Génétiques qui offre la protection des connaissances traditionnelles, le savoir-faire et les innovations en parallèle de la protection de la diversité biologique.⁸⁸

À l'opposé de la CDB et du TIRPGAA, le PN offre un niveau élevé de protection des Droits des Agriculteurs et des CT associées via l'Article 5 sur le Partage Juste et Équitable des Avantages, l'Article 7 sur l'Accès aux CT Associées aux RG, et l'Article 12 sur les CT Associées aux RG, en particulier. Cumulativement, le PN établit un cadre de base pour protéger les CT de telle manière qu'il appuie certains droits des agriculteurs.

Le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des CT provient de l'Article 5(5) du Protocole de Nagoya. Durant la mise en oeuvre l'Article 8(j) de la CDB, l'Article 5(5) couvre l'utilisation des CT associées aux RG et reconnaît que l'utilisation de telles connaissances devrait mener au partage équitable des avantages basés sur des ATM. En reconnaissant les CT associées aux RG tout comme l'exigence de l'ATM pour l'accès et l'utilisation, les agriculteurs autochtones qui ont une

⁸⁴ *Ibid*, TIRPGAA Explanatory Guide, p.72

⁸⁵ *Ibid*

⁸⁶ Portugal, Décret-Loi No.118/2002 du 20 Avril 2002, disponible sur: www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-pt-en.pdf. [Décret-Loi 118/2002]; Organisation Mondiale pour la Propriété Intellectuelle, Étude Mixte relative à la Protection des Savoirs Traditionnels, WIPO/GRTKF/IC/5/8 (2003) disponible sur: www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_5/wipo_grtkf_ic_5_8.pdf. [OMPI – Étude Mixte]

⁸⁷ *Ibid*, Décret-Loi 118/2002, Art.3

⁸⁸ Communauté Andine des Nations, Décision 391 – Régime Commun d'Accès aux Ressources Génétiques, Art. 7, disponible sur: www.comunidadandina.org/ingles/normativa/d391e.htm

expertise pratique spécialisée relative aux RPGAA se voient offrir une situation unique dans laquelle le droit d'accès n'est exercé que par les communautés autochtones.

La protection offerte aux CT dans l'Article 5(5), lu conjointement avec l'Article 7, constitue les dispositions fondatrices du Protocole de Nagoya en ce qui concerne les RG.⁸⁹ Conformément à l'Article 7, les Parties sont obligées d'élaborer des mesures pour s'assurer que l'accès aux CT associées aux RG détenues par les CAL ne se fait que par des CPCC ou par l'approbation et l'implication de la communauté, et avec des ATM.⁹⁰ En faisant du CPCC ou de l'approbation et de l'implication l'exigence clé, mise à part la reconnaissance du fait que les CT en question sont attribués à la communauté autochtone, le Protocole de Nagoya met en lumière la nécessité d'accéder aux CT en relation avec les RG sur la base d'un accord véritable de la part de la communauté fournisseur quant aux raisons et objectifs en arrière plan de l'accès.⁹¹ Tandis que le PN oblige les Parties à prendre des mesures relatives à la protection des CT, il offre la flexibilité dans la mise en oeuvre interne quant à savoir si la communauté autochtone doit avoir soit un CPCC, soit une approbation et une implication. Cette distinction permet aux Parties de déterminer si elles concevront un mécanisme basé sur le CPCC en tant que terme technique, exigeant un standard particulier, ou simplement via une approbation et l'implication dans le processus. Nonobstant la distinction entre le CPCC et l'approbation et l'implication, les agriculteurs autochtones en tant que détenteurs de CT importantes pour la découverte, l'extraction, l'utilisation ou l'application de RG se voient attribuer le droit de s'engager dans le processus en vertu de l'ATM s'assurant que leur CT sont préservées et que leur accès ne peut se faire que sur la base de leur approbation.

En contraste avec les exigences générales de l'Article 5, 7 et 12 du PN, le PN trouve un rôle procédural unique.⁹² Tout d'abord, les normes coutumières et les protocoles communautaires et les procédures des communautés autochtones doivent être pris en considération par les Parties dans l'exécution de leurs obligations en vertu du Protocole, conformément à l'Article 12(1). Les Parties doivent consulter, à la fois, les pratiques autochtones codifiées et celles qui ne le sont pas lorsqu'elles créent leur mesures internes pour protéger les CT qui offrent aux communautés autochtones une influence exceptionnelles sur les méthodes et l'élaboration d'un mécanisme de leur choix. Deuxièmement, conformément à l'Article 12(2), la consultation et la participation des communautés autochtones sont explicitement requises dans l'élaboration de mécanismes pour informer les utilisateurs potentiels de CT au sujet de leurs obligations en vertu du protocole. De nouveau, cela place une influence renforcée dans les mains des communautés autochtones, en tant que partie touchée ou concernée, en déterminant les mesures devant être prises. Troisièmement, les Parties doivent soutenir les communautés

⁸⁹ *Nagoya Explanatory Guide*, cf. *supra*, p.88

⁹⁰ Protocole de Nagoya, cf. *supra*, Art.7

⁹¹ *Nagoya Explanatory Guide*, *supra*, p.110.

⁹² *Ibid*, *Nagoya Explanatory Guide*, p.138

autochtones dans le développement de protocoles communautaires en relation avec les CT et le partage juste et équitable des avantages, en établissant des exigences minimum pour les ATM, et en élaborant des clauses contractuelles types pour les accords de partage des avantages relatifs à l'utilisation de CT associées au RG.⁹³ Finalement, et sans doute le plus important, la pratique coutumière et l'échange de ressources génétiques et de CT associées parmi les communautés autochtones doivent être influencées le moins possible par le PN, via l'Article 12(4). Cette exigence protège l'utilisation traditionnelle et les échanges entrepris par les communautés autochtones pendant des générations pour préserver les transferts inter-communautaires de matériel génétique pour la préservation et la sécurité alimentaire.

Ensemble, les Articles 5, 7 et 12 prennent clairement en compte les DA tels qu'ils sont envisagés dans le TIRPGAA. Les communautés autochtones se voient attribuer: (i) des avantages justes et équitables découlant de l'utilisation des RG ou des CT associées, (ii) le droit au CPCC, ou à l'approbation et à l'implication, en vertu de l'ATM dans l'utilisation des RG ou des CT, (iii) se voient attribuer des droits de participation dans la création des mécanismes appliqués au niveau interne et, (iv) les lignes directrices coutumières, l'utilisation et l'échange des RG et des CT développées sur des générations par les agriculteurs autochtones sont préservés et non restreints. Au total, le PN offre une protection claire, convaincante et complète des droits des agriculteurs.

2.6 L'Article 17 sur la Surveillance de l'Utilisation des RG

Un autre article important du Protocole de Nagoya pour l'application du TIRPGAA au niveau national concerne les dispositions du Protocole de Nagoya sur la surveillance et l'utilisation des RG (l'établissement et la désignation de points de contrôle et le certificat de conformité reconnu internationalement).

Le Protocole régit, par l'article 17, une question hautement controversée et pertinente pour les négociations du Protocole de Nagoya: la surveillance de l'utilisation des RG au travers de points de contrôle désignés et le rôle du CC.

La Décision VIII/4C de la CdP à la CDB a établi un Groupe d'Experts (GE) sur un certificat d'origine/source/provenance juridique reconnu internationalement. Le GE a identifié un certain nombre de points communs pour tous les buts d'un certificat, notamment que sa présentation à des points de contrôle spécifiques pourrait être exigée dans le pays de l'utilisateur, entre autres des brevets et en général des demandes de PI. La plupart des propositions de certificats envisage un système de points de contrôle au cours duquel la divulgation du certificat d'origine serait requis pour la gestion des demandes de PI, entre autres choses. La conformité aux exigences de divulgation serait facilitée lorsqu'un certificat internationalement reconnu pourrait valoir preuve de conformité avec la loi nationale et internationale.

⁹³ *Ibid*, Protocole de Nagoya, Art.12(3)(a-c)

Le certificat peut contribuer à la surveillance et à la traçabilité des ressources génétiques. Il peut être requis dans un brevet ou pour une demande de droits sur les variétés de plantes pour fournir une preuve de conformité avec la législation nationale sur l'APA, y compris le consentement préalable en connaissance de cause et les conditions convenues d'un commun accord, jouant ainsi un rôle dans l'exigence de divulgation de l'origine. Cependant, d'après ce qui a été appris des observations à la 23^{ème} rencontre du Comité Intergouvernemental sur les Ressources Génétiques, les Savoirs Traditionnels et le Folklore (CIG-23), à Genève en Février 2013, les avancées sont lentes dans les négociations d'un système exigeant la divulgation du pays d'origine des RG et des CT.

La désignation des points de contrôle aussi bien que la délivrance d'un certificat ont soulevé des questions quant au rôle de l'ATTM comme preuve de la légalité de l'accès aux ressources génétiques spécifiques dans un État membre du TIRPGAA. Le certificat et, en général, la surveillance des RG soulèvent le problème du rôle de l'ATTM dans l'hypothèse de l'accès aux RPGAA en vertu du SML du TIRPGAA. Dans ces cas, au lieu d'un permis formel et du certificat correspondant une fois qu'il est mentionné au CE, il a été suggéré que l'ATTM puisse être considéré comme une preuve de la légalité de l'accès par les points de contrôle désignés.

Selon Chiarolla – citant les GCRAI – l'ATTM peut fonctionner comme un certificat en ce qui concerne la source (maintenant connu comme certificat de conformité, la source de l'origine des RPGAA étant le SML lui-même).⁹⁴ Garthford et Frison ont aussi suggéré que toute ébauche de certificat (lorsque cette éventualité était en discussion lors des négociations du Protocole de Nagoya) devait prendre en compte le traitement spécial des RPGAA en vertu du TIRPGAA.⁹⁵

Cette relation devient plus claire à partir de la lecture de la Loi norvégienne sur la Diversité de la Nature (disponible plus haut dans cette étude) ainsi que la proposition de la Norvège sur la divulgation des dispositions faite à l'OMC. La proposition de la Norvège du 14 Juin 2006 indique que la divulgation de l'origine en vertu de l'OMC doit être conforme avec le SML du TIRPGAA.⁹⁶

En conclusion, un autre lien entre le Protocole de Nagoya et le TIRPGAA peut être la mise en place de points de contrôle et le rôle de l'ATTM dans l'apport d'une preuve juridique de conformité avec la législation sur

⁹⁴ Chiarolla, Claudio, The question of minimum standards of access and benefit sharing under the CBD International Regime: lessons from the International Treaty on Plant Genetic Resources from Food and Agriculture, in *Asian Biotechnology and Development Review*, Vol 10, No. 3 Juillet 2008, Inde et GCRAI Soumis par les Centres de Recherche sur l'Agriculture Internationale du GCRAI au Groupe d'Experts techniques pour l'élaboration d'un certificat d'origine/de source/de provenance. *Compilation of submissions provided by the parties, governments, indigenous and local communities, international organizations and relevant stakeholders*, UNEP/CBD/GTE-ABS/1/3/add2

⁹⁵ Garforth et Frison, cf. *supra*

⁹⁶ Communication de la Norvège, *Relation entre l'accord sur les ADPIC, la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels*, IP/C/W/473 (14 Juin 2006).

l'APA. Dans ce dernier cas, il y a toutefois des difficultés non-négligeables pour l'application au niveau national. Premièrement, le permis relatif à l'APA délivré au point d'accès (article 6) deviendra le certificat reconnu internationalement une fois qu'il aura été notifié au CE. Cependant, l'ATTM n'exige pas un permis formel quelconque pour une ANC conformément aux pratiques actuelles. Deuxièmement, le contenu de l'ATTM ne reflète pas nécessairement les exigences minimum du certificat tel que cela est posé à l'article 17.4.

3 Identifier les problématiques juridiques dans le TIRPGAA pertinentes pour l'APA dans le cadre de la CDB/PN et les questions fondamentales pertinentes dans le DPI droit de la propriété intellectuelle

3.1 Introduction au TIRPGAA à la lumière de la CDB

Les discussions sur l'APA, sont souvent limitées à l'examen de deux approches alternatives: la CDB ou le TIRPGAA. Cette partie examine les éléments du TIRPGAA dans lesquels se trouvent des zones d'ombre réglementaires et des chevauchements partiels avec la CDB/PN. Le but est de contribuer à l'identification des problématiques nécessitant d'être résolues dans la mise en œuvre au niveau national de ces deux systèmes juridiques dans la législation et les politiques internes. En effet, les deux instruments des objectifs généraux qui se recoupent en partie et visent à remplir des buts différents régissent tout de même les mêmes objets. Toutefois, malgré quelques désaccords juridiques entre les deux instruments, les questions sur la manière de faire fonctionner l'APA méritaient une conception plus claire des rapports entre les deux systèmes d'APA et sur le lien envers les droits de propriété intellectuelle – brevets et droits des obtenteurs. Les liens entre l'APA et les droits de la propriété intellectuelle sont souvent explorés au niveau du droit international, alors que les conflits et les convergences intéressants deviennent premièrement évidents lors de la phase de mise en œuvre et dans la législation interne. Aborder le TIRPGAA et l'APA d'un point de vue purement juridique peut facilement devenir une sorte de coquille vide à moins que les perspectives du droit de la propriété intellectuelle ne soient prises en compte.

Le secteur des végétaux est actuellement le seul secteur où l'accès est accordé sous deux régimes de l'APA en combinaison avec deux autres systèmes de sécurisation des DPI (brevets, droits des obtenteurs). Dans ce paysage juridique, il est particulièrement intéressant d'examiner les points juridiques d'intersection des régimes de l'APA, d'une part, et les systèmes des DPI, d'autre part. Dans cette perspective, il est intéressant de noter que les deux derniers livres édités et publiés sur le TIRPGAA et la manière de faire fonctionner le système (Ressources phytogénétiques et Sécurité Alimentaire, Ressources Génétiques des Cultures comme le Patrimoine commun), ne comportent aucune section consacrée à la relation entre le système de brevet et le système des droits des obtenteurs. Ce DPI n'est le sujet d'aucun chapitre, même pas dans la partie intitulée « Critical Reflections », c'est un oubli particulièrement flagrant dans la mesure où le sujet consiste à explorer les « biens communs » comme le dit le titre.

La méthodologie employée pour l'analyse est celle du droit international public, elle comporte une lecture textuelle des traités, les interprétant en conjonction avec des sources du droit les moins contraignantes et à la lumière de celles-ci, telles que les minutes de réunions, d'autres documents et la théorie juridique. Cette section ne prend aucune opinion politique ou questions relatives à la politique; mais fournit une analyse juridique technique et cherche à contribuer à une meilleure compréhension de l'interaction de ces systèmes.

Cette section n'exprime pas d'opinion sur les politiques menées ou relative à des questions politiques. Elle expose une analyse juridique technique et cherche à contribuer à une meilleure compréhension des interactions entre ces systèmes.

Le TIRPGAA diffère substantiellement de la CDB, comme le traité s'applique dans son ensemble à un groupe spécifique d'organismes, c'est-à-dire les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (RPGAA). Alors que les négociations sur le PN ont quelque peu ralenti la mise en œuvre de la CDB, le système de l'APA sur certaines RPGAA du Traité est entré dans sa phase de mise en œuvre. Le système multilatéral pour l'APA est devenu l'instrument juridique pour les échanges déjà entrepris pour l'accès aux RPG dans les collections internationales, tout en ajoutant un nombre de collections nationales au SML.⁹⁷ Une question fondamentale est d'un intérêt fondamental, mais ne sera pas explorée ici, est de savoir si le SML a conduit à plus d'échanges et à un meilleur accès aux RPGAA?

Le Système Multilatéral pour l'APA du traité s'applique seulement aux RPGAA dans des circonstances spécifiques, c'est-à-dire lorsque certaines accessions aux RPGAA sont dans le domaine public pour des utilisations spécifiques, et sous la condition qu'aucun DPI ne gêne les échanges futurs et l'accès au matériel reçu du SML. Ces limitations dans le domaine du SML doivent être bien comprises si l'on veut clarifier la relation de droit entre les deux systèmes. De plus en plus, l'accent est souvent mis sur la portée du soit disant «en mouvement»,⁹⁸ ou «dynamique»⁹⁹ du TIRPGAA, ce qui souligne l'importance d'une image claire du champ d'application du système spécial d'APA du SML pour mieux comprendre les difficultés de la mise en œuvre de la CDB et du PN.

3.2 Un regard interprétatif sur l'APA dans le TIRPGAA – qu'est-ce qui est couvert par l'APA dans le SML?

Le Système Multilatéral d'Accès et de Partage des Avantages (SML) en vertu du Traité a été mis en place pour répondre aux besoins spécifiques concernant les collections internationales d'accessions aux sélections végétales en prenant en compte les « caractéristiques spécifiques des ressources phylogénétiques », qui est souvent citée en référence.¹⁰⁰ Quand la CDB a été finalisée, les parties aux négociations ont reconnu que certaines questions importantes ont été laissées sans solutions

⁹⁷ www.planttreaty.org/inclusions?field_mls_noti_inclu_type_owner_value_many_to_one=Contracting+Party [accessed 18th January 2013.]

⁹⁸ Visser. "The Moving Scope of Annex I: The List of Crops Covered under the Multilateral System" in *Crop Genetic Resources as a Global Commons – Challenges in International Law and Governance*. Edited by Halewood, et al. New York, Routledge, 2013.

⁹⁹ Louafi and Bhatti. "Efforts to Get the Multilateral System Up and Running" in *Crop Genetic Resources as a Global Commons – Challenges in International Law and Governance*. Edited by Halewood, et al. New York, Routledge, 2013, p.187.

¹⁰⁰ For more information of the negotiations that led to the Plant Treaty and the difficult political challenges encountered along the way, see Andersen. *Governing Agrobiodiversity: Plant Genetics and Developing Countries*. Aldershot, Ashgate, 2008, pp. 87–115.

satisfaisantes en droit international. Dans la section 4 de la Résolution 3 de la Conférence de Nairobi, où le texte de la CDB a été convenu, il est stipulé:

4. Reconnaît la nécessité de trouver des solutions aux questions les plus importantes concernant les ressources phylogénétiques dans le cadre du Système mondial de conservation et d'utilisation durable des ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture viable et en particulier aux questions: a) de l'accès aux collections *ex situ* qui n'ont pas été constituées conformément à la Convention; b) des droits des agriculteurs.

Le paragraphe 4 cité est l'unique endroit dans la Résolution 3 où le terme 'accès' est employé; le terme 'partage des avantages' n'apparaît pas dans la Résolution. Le texte indique que la question particulière de l'accès nécessitant d'être résolue était l'accès à des collections *ex situ* non acquises conformément aux règles de la CDB. Ceci situe le contexte pour l'interprétation des règles concernant le SML dans le TIRPGAA, puisque la portée du Traité est beaucoup plus large que ces collections.

Les «collections internationales» (c'est-à-dire le Groupe Consultatif sur la Recherche Agricole Internationale et d'autres organisations pertinentes) ont été reconnues comme ayant un rôle particulier dans le renforcement de la conservation et de l'utilisation durable des RPGAA. Visser se réfère également au 'statut des collections des CIRA qui constitue un élément important de discussions'.¹⁰¹

Il n'y a aucun intermédiaire dans la Résolution indiquant que les RPGAA en tant que telles ont été exclues du champ de l'Article 15 de la CDB, seule l'accession aux 'collections *ex situ*' nécessite une solution spéciale, comparé à la stricte application des droits souverains reconnus dans la CDB. Comme le confirme le préambule de l'Accord Type de Transfert de Matériel (ATTM), le SML fournit un moyen par lequel les pays peuvent «exercer leur droits souverains sur les Ressources Phylogénétiques pour l'Alimentation et l'Agriculture».

Le TIRPGAA, adopté en 2001 et en vigueur depuis 2004, est généralement destiné à la promotion de la conservation et de l'utilisation durable des ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (RPGAA)¹⁰² et le *partage* juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces ressources.¹⁰³ Une des différences principales entre les idées inspirant la CDB et le SML réside dans le fait que le partage des avantages d'après le TIRPGAA est lié à un point de déclenchement spécifiquement défini à partir duquel le partage des avantages prend place. Par conséquent, le partage des avantages est détaché des cas d'accès individuel et du fournisseur individuel. De plus, la plupart des types d'utilisation des RPG ne déclenche pas aussi l'obligation de partage des avantages contrairement à la CDB (la plupart de ce qui concerne le partage des avantages est déclenché plus tard).

¹⁰¹ Visser, "The Moving Scope of Annex I: The List of Crops Covered under the Multilateral System", 2013, p. 274–276.

¹⁰² Les RPGAA sont définies comme 'le matériel génétique d'origine végétale ayant une valeur effective ou potentielle pour l'alimentation et l'agriculture. (Art. 2).

¹⁰³ TIRPGAA Art. 1.1

Le SML est très lié à l'APA parce qu'il est la première approche sectorielle sur l'APA, et pourrait fournir des enseignements utiles pour la mise en œuvre de l'APA, y compris si tel est le cas, comment le secteur de l'APA peut-il être traité afin de répondre aux objectifs de la CDB (en ce qui concerne les articles 4 et 19 du PN). Il a été caractérisé comme un 'cadre global et innovant ... dynamique' par le Secrétariat du TIRPGAA.¹⁰⁴ Cela pourrait indiquer que l'on peut attendre des arguments dynamiques dans l'interprétation des dispositions pertinentes du Traité, qui pourront influencer la relation entre la CDB et le PN.

3.2.1 Certains espèces et genres

Le SML est une composante essentielle du TIRPGAA tel que prévu aux articles 10 à 13.¹⁰⁵ Alors que le TRPGAA en tant que tel couvre toutes les RPGAA, son système d'APA dans le SML ne couvre que certaines espèces de végétaux. L'Article 11.1 du TIRPGAA définit le champ d'application du SML comme "les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture énumérées à l'Appendice I", c'est-à-dire 35 espèces cultivées vivrières et 29 fourrages. Les espèces cultivées de l'Appendice I comprennent les principaux aliments de base, ainsi que d'autres végétaux largement utilisés pour l'alimentation et l'agriculture. L'Appendice I est une liste négociée des espèces qui sont groupées pour des buts particuliers. Au niveau des politiques, l'opinion est divisée sur la question de savoir s'il faut étendre cette liste ou pas.¹⁰⁶ Les différences politiques sur la couverture sont commentées par Visser qui remarque que les pays Africains suggèrent l'inclusion de neuf espèces végétales cultivées alors qu'au même moment les pays Européens n'en proposent pas moins de 287.¹⁰⁷ Des désaccords sur la liste « ont révélés de profondes divisions politiques » sur la façon de gérer les RPGAA, écrit Visser.¹⁰⁸ Ce ne sont que des observations empiriques, mais qui deviennent pertinentes comme argument accessoire à l'argumentaire juridique indiquant que les pays sont seulement liés au libellé de l'Appendice et du Traité pour lesquels ils ont formellement donné leur accord. Au regard du principe général selon lequel les pays ont des droits souverains sur leurs

¹⁰⁴ Bhatti, et al. *Contracting for ABS: The Legal and Scientific Implications of Bioprospecting Contracts*. Gland, IUCN, 2009. (IUCN Environmental Policy and Law Paper, no. 67/4), p. 187.

¹⁰⁵ Same view Louafi and Bhatti, "Efforts to Get the Multilateral System Up and Running", 2013, p. 194.

¹⁰⁶ Fraleigh and Harvey. "The North American Group: Globalization That Works" in *Plant Genetic Resources and Food Security: Stakeholder Perspectives on the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. Edited by Frison, et al. London, Earthscan, 2011, p. 116 refers to the opinion of the US: the list is "far too short and should be expanded". It is an interesting position to take for a country which is not even a party to the Treaty. Europe has expressed a similar view, according to Visser and Borring. "The European Regional Group: Europe's Role and Positions during the Negotiations and Early Implementation of the International Treaty" in *Plant Genetic Resources and Food Security: Stakeholder Perspectives on the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. Edited by Frison, et al. London, Earthscan, 2011, pp. 72–73. See also Visser, "The Moving Scope of Annex I: The List of Crops Covered under the Multilateral System", 2013, p. 265–266.

¹⁰⁷ Visser, "The Moving Scope of Annex I: The List of Crops Covered under the Multilateral System", 2013, p. 266.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 272.

ressources génétiques, y compris les ressources phytogénétiques, ceci fait peut être appel à une lecture du texte plus attentive pour établir ce qu'ils ont laissé dans le patrimoine commun du SML. De toute évidence, les cultures qui ne se trouvent pas dans l'Appendice tombent dans la portée générale de la CDB et du PN lorsqu'il est question de l'APA.¹⁰⁹ Une série de questions autres que l'APA sont règlementées dans d'autres parties du TIRPGAA qui ne régissent pas de SML. Par exemple, les droits des agriculteurs et les sujets de conservation s'appliquent à toutes les RPGAA, alors que la CDB et le PN règlementent l'APA en dehors du SML.

D'un point de vue juridique, l'Article 11.1 en combinaison avec l'Appendice fixe une limite du matériel obligatoire devant être inclus dans le SML. Cela n'empêche pas les collections appliquant l'ATTM et les mêmes termes et conditions à une large variété d'espèces et sous-espèces de s'étendre dans la mesure où il n'y a pas de législation sur l'APA entravant cette action.¹¹⁰ Les Pays et les Collections sont libres (ont la compétence) d'inclure plus d'espèces sous le même régime réglementaire que ces RPGs obligatoires sous le SML.

Encore une fois, Visser remarque l'absence de dispositions ou de système de révision et d'amendement de l'Appendice dans le TIRPGAA.¹¹¹ Ceci, combiné avec les différences politiques, telles que celles entre l'Afrique et l'Europe, indique que le champ d'application de l'Appendice I ne peut pas être facilement déplacé et exigerait un consensus entre les Parties Contractantes.¹¹² Juridiquement parlant, l'on peut se demander si l'amendement de l'Appendice exige un processus de ratification séparé par les Parties Contractantes du TIRPGAA. Les divergences politiques importantes entre les pays, combiné au principe de droits souverains des pays sur leurs RPGAA non incluses dans l'Appendice constituent des arguments solides en faveur d'un processus de ratification séparé si l'Appendice devait prendre de l'ampleur, augmentant ainsi la portée du SML.

La liste de l'Appendice se réfère à différents niveaux de taxonomie et la biologie n'étant pas une science fixée, ceci crée quelque incertitude dans la détermination de la portée exacte du domaine couvert par l'Appendice. Alors que la liste de l'Appendice donne quelque certitude juridique quant aux cultures qui sont couvertes, la mesure dans laquelle sont couvertes les cultures sauvages apparentées à celles qui sont cultivées introduit un certain degré d'incertitude.

3.2.2 *Dans le domaine public*

La prochaine spécification de l'étendue de la couverture du SML est qu'il englobe «toutes les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et

¹⁰⁹ See also Visser, *ibid.*, pp. 268–269.

¹¹⁰ Such wider application has been a topic for e.g. the Nordic Gene Bank.

¹¹¹ Visser, “The Moving Scope of Annex I: The List of Crops Covered under the Multi-lateral System”, 2013, p. 279.

¹¹² Cette vision est partagée par Visser, dans *ibid.*, p. 279.

l'agriculture énumérées à l'Appendice I qui sont gérées et administrées par les Parties contractantes et relèvent du domaine public». ¹¹³ Une interprétation purement littérale du texte, avec sa double utilisation de la conjonction "et", suggère que ces critères doivent être présentes pour que la RPG soit obligatoirement incluse dans le SML. Par conséquent, linguistiquement, le paragraphe impose trois critères *cumulatifs*: la RPG doit être sous le *contrôle* d'un Etat; *dirigée* par un Etat; et reconnue comme faisant partie du *domaine public*. Donc, seules les accessions qui remplissent ces trois critères sont obligatoirement incluses dans le SML par les Parties Contractantes.

Pour les accessions aux cultures de l'Appendice I qui ne remplissent pas ces critères, les pays conservent leurs droits souverains et discrétionnaires pour décider si certaines RPG pourront être incluses dans le SML. Ainsi, les RPGAA qui ne sont pas qualifiées en conséquence ne sont pas obligatoirement régies par le SML.

Le premier critère est que les ressources phylogénétiques 'dans le domaine public' sont obligatoirement incluses dans le SML pour les Parties Contractantes au TIRPGAA. Le terme 'domaine public' n'a pas été défini dans l'énoncé du TIRPGAA, ce qui laisse place à l'interprétation pour déterminer si certaines ressources sont obligatoirement incluses dans le SML ou non. ¹¹⁴ Ici, les sources secondaires du droit international deviennent pertinentes dans l'interprétation. ¹¹⁵ Le *Oxford English Dictionary* (en ligne) définit le «domaine public» comme «l'état d'appartenance ou la mise à disposition du public comme un ensemble, particulièrement en n'étant pas soumis au droit d'auteur ou autres restrictions légales». ¹¹⁶ La première partie de cette définition est vaste et n'est pas liée aux DPI. Ceci est confirmé par la référence à *particulièrement* qui indique un concept plus large que les seuls DPI pour être pertinents dans la compréhension du *domaine public*. Les sources secondaires du droit international deviennent pertinentes pour leur interprétation. ¹¹⁷

Correa est l'une des rares personnes à avoir étudié ce que l'on entend par 'domaine public'. Cependant, il limite l'étendue des interprétations possibles en déclarant qu'il y a deux acceptions possibles du concept de «domaine public». ¹¹⁸ Il identifie le 'bien public' tout d'abord en empruntant au **droit administratif**, puis en se référant à tout ce qui **n'est pas couvert par des Droits de Propriété Intellectuelle**

¹¹³ ITPGRFA Art. 11.2.

¹¹⁴ Convention de Vienne sur le Droit des Traités [CVDT], Nations Unies, 23 May 1969, 1155 UNTS 331, entrée en vigueur le 27 Janvier 1980 Art 31.

¹¹⁵ Statut de la Cour Internationale de Justice [Statut de la CIJ], Nations Unies, 26 Juin 1945, Article 38

¹¹⁶ <http://oxforddictionaries.com/definition/english/public%2Bdomain?q=public+domain> [à jour au 18 Février 2013]

¹¹⁷ *Statuts de la Cour Internationale de Justice* [Statuts CIJ], Nations Unies, le 26 Juin 1945, Article 38.

¹¹⁸ Correa. "Plant Genetic Resources under the Management and Control of the Contracting Parties and in the Public Domain: How Rich Is the ITPGRFA's Multilateral System?" in *Crop Genetic Resources as a Global Commons – Challenges in International Law and Governance*. Edited by Halewood, et al. New York, Routledge, 2013, p. 182.

quelconques.¹¹⁹ Elles sont présentées comme les seules deux alternatives possibles d'interprétation du « domaine public ». Il en conclut que 'le concept de « domaine public » utilisé dans le TIRPGAA doit être compris dans le contexte des droits de la propriété intellectuelle'.¹²⁰

Ces deux manières de comprendre le 'domaine public', comme le soutient Tvedt, l'auteur de cette section, ne peuvent pas être les seules basées sur les sources juridiques appropriées. Tout d'abord, les deux options présentées par Correa sont explorées, avant de chercher d'autres interprétations.

Le 'domaine public' dans le contexte du TIRPGAA doit être compris, selon Correa, dans le contexte des DPI.¹²¹ Examinons l'argument juridique qu'il sous-tend cette idée: il prend comme point de départ le fait que les droits souverains des pays, en vertu de la CDB, incluent la compétence de réglementer les droits de propriété public ou privé des ressources génétiques.¹²² C'est un principe bien établi qui s'applique de façon équivalente aux ressources phytogénétiques. Le gouvernement peut ainsi attribuer une variété de droits publics, semi-publics, privés ou semi-privés.

Une telle manière de réglementer les droits de propriété aux ressources génétiques, ce que Correa prend comme un autre point de départ, consiste à utiliser le droit administratif et déclare que les ressources génétiques appartiennent au public. C'est le cas en Norvège, où, en vertu du Nature Diversity Act déclare que 'le matériel génétique obtenu de l'environnement naturel est une ressource commune appartenant à la société norvégienne dans son ensemble et géré par l'Etat'.¹²³

Marienhoff, un professeur de droit public Argentin, explique le concept juridique de '*Dominio Público*' en droit Argentin comme un régime juridique impliquant que certains biens sont '*inalienable e imprescriptible*'.¹²⁴ Ce concept de droits de propriété public sous-entend que le droit du public d'accéder et d'utiliser le bien est inaliénable et ne peut pas être délimité par ou exproprié au profit d'un droit exclusif de propriété privé. Le *Dominio Público*, en tant que concept de droit administratif, donne lieu à une façon pour l'État de déclarer ses ressources comme étant détenues en commun. Ceci indique que le concept est lié à la réglementation par l'État.

La Loi norvégienne montre que la déclaration des ressources soit dans le domaine public soit sous un autre type de droits est une façon d'exercer les droits souverains sur les ressources. Ce sont des exemples témoignant que le « domaine public » entraîne un degré de liberté pour les gouvernements de réglementer les statuts de certains matériels.

¹¹⁹ Ibid., p. 182–183.

¹²⁰ Ibid., p. 184.

¹²¹ Ibid., p. 184.

¹²² Ibid., p. 182.

¹²³ *Naturmangfoldloven/Nature Diversity Act*, Norway, LOV-2009-06-19-100, Section 57, first para.

¹²⁴ Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de Derecho Administrativo Tomo V: Dominio Público*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 24.

En interprétant le 'domaine public' dans le contexte des autres règles du SML, l'interdiction d'appliquer les DPI sur le matériel 'sous la forme reçue' ressemble à une idée d'établissement d'un domaine public complet ou d'une réserve commune par le SML. Cette interdiction devient, dans ce sens, un argument en faveur de l'interprétation du 'domaine public' comme étant les RPG déclarées ressources communes par l'Etat, en vertu de tout règlementation du droit administratif, comme c'est le cas en Norvège.

Les droits souverains des Pays peuvent être utilisés pour établir d'autres types de statuts de droits de propriété pour les ressources génétiques. Les pays ont le pouvoir de réglementer la propriété de différentes manières. L'une d'elles est d'attribuer le droit de propriété commun des ressources génétiques aux peuples autochtones et locaux. Une autre serait d'attribuer les droits de propriétés privés comme droit successif au seul détenteur du matériel biologique. Dans ces deux cas de figure, interpréter le 'domaine public' en se référant au système du droit administratif de droit commun établirait une distinction et laisserait les RPG régies par d'autres systèmes de déclaration de propriété par les gouvernements en dehors de la portée du SML. Interpréter le concept de 'domaine public' à la lumière des droits souverains sur les ressources génétiques en général offre un argument solide pour lier le 'domaine public' aux ressources déclarées par le gouvernement être appropriées ou détenues par le public.

La seconde manière de comprendre le 'domaine public', selon Correa, est de l'entendre comme toutes les ressources non sujet à une protection du droit de la propriété intellectuelle, soit parce que le droit s'est éteint, soit parce que la connaissance a été divulguée et la propriété ne peut pas être obtenue, ou dans le cas des objets tombant en dehors des DPI, parce qu'elles ne sont pas éligibles à la protection.¹²⁵ La conséquence de cette lecture du 'domaine public' est que le bien commun se définit désormais comme ces ressources qui ne sont pas privatisées en vertu d'un autre système juridique (DPI). Sa portée devient, de plus, dépendante d'un autre système juridique que celui qui est exposé dans le SML. Comprendre le 'domaine public' comme étant en dehors de tous systèmes de DPI n'est pas bien compatible avec l'interdiction du SML de prétendre à des DPI pour tout matériel dans la forme reçue. Si le 'domaine public' était compris de cette façon, le SML apparaîtrait comme un bien commun négativement défini dont les limites seraient posées par un autre système de droit de propriété.

Correa fait référence à Kaul et al 2003 qui soutiennent que le «domaine public» peut être compris comme 'une collection de choses mises à la disposition des gens pour l'accès et la consommation libres.'¹²⁶ Si le «domaine public» est lié à tout ce qui est en dehors du DPI, Kaul et autres doivent avoir tort à ce point car un brevet réduirait la disponibilité pour tous. Dans de nombreux pays, la situation est telle que les ressources

¹²⁵ Correa, "Plant Genetic Resources under the Management and Control of the Contracting Parties and in the Public Domain: How Rich Is the ITPGRFA's Multilateral System?", 2013, pp. 182–183.

¹²⁶ Ibid., p. 183.

génétiques ne peuvent pas être accédées et consommées gratuitement, même si elles se retrouvent en dehors de toute protection de DPI. Ainsi, une lecture du «domaine public» sous cet angle manquerait de reconnaître d'autres droits de propriété privée aux ressources génétiques (en dehors des DPI) et des droits communs aux ressources génétiques, tels que, par exemple, les droits des CAL fondés sur les bases juridiques statutaires ou coutumières du pays. L'argument provenant de Kaul et autres est donc, à notre point, de vue plutôt un argument en faveur de la première que de la seconde alternative développée par Correa.

La «décision administrative» d'interprétation du 'domaine public' donnera aux gouvernements le pouvoir discrétionnaire de définir l'étendue de ce qui constitue le domaine public du pays. Il est peu probable, ajoute Correa, que les parties en négociation aient laissé la détermination de ce que sont les matériels, ce qu'ils ne sont pas, dans le champ du système multilatéral à la discrétion totale des parties.¹²⁷ Encore une fois, il existe des sources juridiques pouvant contredire le point de vue de Correa: depuis le cadre juridique jusqu'aux négociations pré-CDB du TIRPGAA pour résoudre les problèmes en suspens des collections internationales, la situation de fait montre que les pays entendaient originellement maintenir leur liberté de réglementation pour inclure plus ou moins les RPG dans le SML. Cette conclusion est soutenue par le principe des droits souverains en droit international; en raison des négociations politiquement tendues qui ont conduit au Traité, il semble peu probable que les gouvernements aient lié la portée du SML au système de brevets et les autres systèmes de DPI. De plus, ceci est attesté par la reconnaissance du SML dans le Traité comme moyen d'exercer les droits souverains d'un Etat sur les RPG.

Correa montre aussi l'ambiguïté dans le concept de 'domaine public' comme un argument en faveur de l'option 'en dehors du DPI'.¹²⁸ Mais l'argument selon lequel les parties en négociation auraient pu choisir un terme plus clair n'est pas un argument juridique convainquant, comme on pourrait aussi dire que les parties en négociation, se référant au 'domaine public' pour désigner 'en dehors des DPI', pourraient l'avoir exprimé beaucoup plus clairement dans le texte. Cependant, en général, un libellé peu clair indique rarement que les États ont souhaité diminuer leur pouvoir discrétionnaire et leur souveraineté pour le futur. L'ambiguïté est donc plutôt un argument en faveur de l'approche du droit administratif que de la lecture suivant les DPI. Ainsi, cet argument ne peut pas 'faire pencher la balance' comme le suggère Correa.¹²⁹

La principale différence entre relier le 'domaine public' aux choses en dehors des DPI et laisser les gouvernements avec le pouvoir discrétionnaire résultant des droits souverains sur les ressources génétiques, réside dans le fait que le pouvoir de décider de l'étendue du 'domaine public' dépend du système de brevet conformément à la première option, et des gouvernements en ce qui concerne la seconde option. Les conséquences du choix de l'une de ces deux options seront définies ci-dessous quand

¹²⁷ Ibid., p. 184.

¹²⁸ Ibid., p. 184.

¹²⁹ Ibid., p. 184.

nous chercherons à clarifier les questions pratiques de mise en œuvre et les zones d'ombre entre la CDB/PN et le TIRPGAA.

Dans le 'domaine public' pourrait être compris à la fois de façon concrète et pratique, et être interprété à la lumière des 'questions en suspens' que les négociations à la FAO allaient résoudre. Le problème en suspens en attente de résolution était, comme indiqué dans le paragraphe 4 de la Résolution 3 de Nairobi: 'l'accès aux collections ex situ qui n'ont pas été constituées conformément à la présente Convention' était la difficulté à résoudre. Ces collections ex situ pourront être comprises comme étant accessibles au public et donc dans le domaine public de façon plus pratique et moins spécifique juridiquement. Ainsi, il y existe une troisième manière de comprendre le 'domaine public' simplement comme signifiant la « mise à disposition à travers le système de collections ex situ ». Cette troisième possibilité trouve l'appui des objectifs conduisant les négociations pour un SML prenant en compte les besoins des collections ex situ existantes.

Lorsque Correa et Manzella¹³⁰ déclarent que le 'domaine public' *devrait* être compris comme lié à tout ce qui n'est pas couvert par les DPI à un moment donné précis, il s'agit plutôt d'une recommandation politique que d'une conclusion juridique contraignante des sources normatives. En fait, utiliser le terme argumentatif *devrait* indique qu'il existe une grande liberté politique dans le choix de la façon d'utiliser le terme. Comme on le voit dans cette section, les sources normatives sont un soutien plus important à l'approche du droit administratif qu'à celle « en dehors des DPI ». Dans la section d) ci-dessous, nous allons tester ces deux options d'interprétation sur une sélection de cas ou situations pratiques et difficiles.

3.2.3 *La gestion et l'administration par les Parties Contractantes*

Après la question cruciale du statut juridique du matériel dans le 'domaine public', les deux prochains critères d'inclusion obligatoire des ressources phylogénétiques dans le SML sont qu'elles sont 'gérées et administrées par les Parties Contractantes'. Tel que mentionné ci-dessus, l'utilisation de la conjonction 'et' indique que ces deux critères sont cumulatifs (tout comme dans le cas du 'domaine public') et ont des significations indépendantes et font appel à deux évaluations individuelles de la situation de fait.

L'expression 'Parties contractantes' renvoie aux Etats membres du TIRPGAA. En d'autres termes, aucune autre entité autre que les Etats n'est obligée de rendre les RPG disponibles dans le SML en vertu du Traité. En conséquence, les collections privées ne sont pas obligatoirement

¹³⁰ Manzella. "The Design and Mechanisms of the Multilateral System of Access and Benefit Sharing" in *Crop Genetic Resources as a Global Commons – Challenges in International Law and Governance*. Edited by Halewood, et al. New York, Routledge, 2013, p. 153.

incluses dans le SML, et très peu de collections non-gouvernementales le sont.¹³¹

Le prochain critère est que la RPG doit être *administrée* par la Partie Contractante. Ainsi, les RPG administrées par le gouvernement sont obligatoirement incluses dans le SML (à condition que les deux autres critères soient respectés). La question de l'interprétation est de savoir ce que signifie 'administration'. En pratique, l'administration par les Parties Contractantes pourrait être entendue comme la possession ou la détention des accessions à l'endroit où les ressources phylogénétiques sont trouvées. De là, la distinction entre le droit de propriété ou le statut juridique du matériel est établie avec le critère de 'domaine public', et 'sous l'administration' peut être entendue aussi bien réellement et juridiquement comme l'accession sur laquelle chaque Partie Contractante a un pouvoir d'administration aussi bien de droit que de fait. L'administration ne veut pas nécessairement dire *avoir le droit de propriété* d'un certain matériel. Il est facile de convenir avec Correa lorsqu'il écrit que: une «distinction doit être établie entre les droits sur une entité physique en tant que telle (propriété physique) et les droits sur les informations génétiques contenues dans ces ressources (propriété incorporelle).»¹³²

Ceci ressort dans le Nature Diversity Act de la Norvège. Bien que le public ait des droits sur le matériel génétique de la Norvège, la compétence du gouvernement d'accorder l'accès 'ne limite pas le droit de chaque propriétaire ou d'autres ayants droit de refuser l'accès pour d'autres motifs a) sur le matériel biologique, ou b) sur la terre de laquelle le matériel génétique a été obtenu'.¹³³ Ainsi, la compétence *d'administrer* l'accès physique à l'accession revient soit au propriétaire du terrain soit au détenteur d'un certain matériel génétique.

La liaison avec l'interprétation de l'administration par les Parties Contractantes est que ce critère implique que seules les accessions réellement et juridiquement administrées par le gouvernement sont obligatoirement incluses dans le SML.

Correa suggère que l'*administration* '[fasse] appel à la capacité d'exercer des actes physiques sur les ressources'.¹³⁴ Ceci pourrait conduire le critère d'administration dans le sens de signifier que détenir l'accession par le gouvernement est suffisant et exigé pour remplir ce critère. En effet, pour Correa, 'détenir les ressources est suffisant'.¹³⁵ Si, en revanche, la

¹³¹ www.planttreaty.org/inclusions?field_mls_noti_inclu_type_owner_value_many_to_one=Natural+or+legal+person [accessed 18th January 2013]

¹³² Correa, "Plant Genetic Resources under the Management and Control of the Contracting Parties and in the Public Domain: How Rich Is the ITPGRFA's Multilateral System?", 2013, p. 181.

¹³³ *Naturmangfoldloven/Nature Diversity Act*, Norway, LOV-2009-06-19-100, Section 58, second para.

¹³⁴ Correa, "Plant Genetic Resources under the Management and Control of the Contracting Parties and in the Public Domain: How Rich Is the ITPGRFA's Multilateral System?", 2013, p. 182.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 182.

détention physique du matériel par le gouvernement est issu d'un acte de collection illégitime, là où les droits des agriculteurs ont été enfreints ou que d'autres détenteurs n'ont pas consenti à ce que leurs échantillons physiques ou leurs accessions soient 'administrés' par un gouvernement, l'on pourrait certainement dire que le terme 'administration' a un double côté factuel et juridique: le matériel doit être détenu de fait et cette détention ne doit pas résulter d'un acte illégitime ou illégal.

Ceci nous conduit au troisième critère (le premier sur le plan littéral), qui dit que les ressources doivent être 'sous la gestion' des Parties Contractantes pour être obligatoirement incluses dans le SML. Une compréhension purement littérale de 'gestion' d'une ressource génétique indique que certaines étapes de traitement, de prise en charge de conservation et de stockage des ressources doivent être mises en place. Si l'on interprète ce texte à la lumière des questions en suspens mentionnées dans la Résolution 3 de l'Acte de Nairobi, la «gestion» pourrait être comprise comme étant une accession dans une collection *ex situ*.¹³⁶ Correa suggère que 'ces ressources que les parties ne manipulent (ou «gèrent») pas physiquement, directement ou via une tierce personne sous leur instruction, ne font pas partie du système multilatéral'.¹³⁷

La prochaine étape consiste à regarder quelques cas difficiles et de les examiner à la lumière de ces critères en vue d'obtenir une idée plus claire des endroits où se trouvent les enjeux de la mise en œuvre.

3.2.4 Exemples pratiques et zones d'ombre

Il est important, comme le suggèrent Selim et Bhatti, que les «pays—particulièrement les pays en voie de développement—prennent des mesures juridiques et administratives pour identifier les matériels de leurs pays qui font partie du système multilatéral». ¹³⁸ Ceci montre l'importance attachée au test et à la clarification de ces considérations juridiques générales et à l'éclaircissement de toute zone d'ombre par le Secrétariat du TIRPGAA. Du point de vue de la mise en œuvre de la CDB/PN et du TRPGAA, clarifier ces limitations constitue un intérêt crucial car les RPG en dehors du SML sont couvertes, en principe, par les droits souverains (s'il n'y a plus d'autres justifications expliquant pourquoi les ressources sont en dehors de la portée de la CDB).

Un exemple pratique est celui des RPG détenues par les agriculteurs. Les accessions au matériel phytogénétique détenu par les agriculteurs pourraient être dans le domaine public, si l'interprétation de 'en dehors du DPI' est appliquée. Si cette interprétation devient l'interprétation de principe, les RPG des agriculteurs rempliront ce critère d'inclusion obligatoire dans le SML. Si l'approche de 'droit administratif' est choisie, cela

¹³⁶ Article 31.1, CVDT qui fait référence à l'interprétation de se faire 'à la lumière de son objet et de son statut'.

¹³⁷ Correa, "Plant Genetic Resources under the Management and Control of the Contracting Parties and in the Public Domain: How Rich Is the ITPGRFA's Multilateral System?", 2013, p. 181.

¹³⁸ Louafi and Bhatti, "Efforts to Get the Multilateral System Up and Running", 2013, p.188.

dépendrait du régime juridique de ce pays en particulier, selon qu'elles soient dans le domaine public ou non. Si elles sont conservées sur l'exploitation, aucun des critères de 'gestion' ou 'sous administration' n'est rempli, ce qui signifie que les accessions des obtenteurs tombent hors de la portée du SML.

La situation devient moins claire lorsque le gouvernement joue un rôle dans la conservation ou la préservation des RPG des agriculteurs. Indépendamment de savoir quelle d'interprétation du 'domaine public' est appliquée par la Partie contractante, si le gouvernement a joué un rôle dans la conservation d'une collection de secours de semences des agriculteurs, alors les critères de gestion et d'administration sont plus proches d'être remplis. La question fondamentale est celle de savoir si une entente entre les agriculteurs et les collections de RPG que ces derniers détiennent, les RPG détenues pour le compte des agriculteurs ou gardées « en fiducie » est suffisant pour que le matériel se trouve hors de la gestion et de l'administration par les agriculteurs? De telles accessions pourraient être gérées par le gouvernement puisque les collections prendront des mesures différentes en ce qui concerne le matériel. On pourrait aussi facilement les considérer comme étant sous l'administration du gouvernement.

Collecter les RPG des agriculteurs crée d'autres zones d'ombre juridiques d'importance pratique. Prenons l'exemple d'un cas où le collecteur n'est pas un représentant du gouvernement, mais un représentant d'une collection globale ex situ. Disons que le matériel est dans l'Appendice I, ou a trait aux espèces de l'Appendice I, et est collecté et entré dans une des collections déjà définies comme couvertes par le SML. Le collecteur peut cibler les ressources à l'état sauvage, sur la terre des agriculteurs ou, par exemple plusieurs types de collections communautaires parmi les agriculteurs. Dans ces trois exemples, le matériel n'est ni géré par l'Etat, ni administré par un Etat, et n'est pas non plus nécessairement déclaré par l'Etat comme étant dans le *domaine public*. Par conséquent, le matériel sera en dehors du SML obligatoire dans l'Etat. Si un tel matériel est collecté, l'acte de collecte sera techniquement et juridiquement en dehors du SML, au motif que le critère d'inclusion obligatoire dans le SML n'est pas rempli. Selon toute vraisemblance alors, l'accès à ces RPG sera régi par la CDB, les lois nationales sur l'APA, et toutes autres normes coutumières ou juridiques au sein de l'Etat. Si l'Etat dans lequel la collecte a eu lieu n'a pas réglementé l'accès, il sera plus difficile pour les parties de prétendre que la collection est en conflit avec les normes internes du pays fournisseur.¹³⁹ Une telle collecte survient dans la zone d'ombre juridique entre la CDB, le PN et le TIRPGAA. Les pays fournisseurs, dans lesquels les activités ont lieu, ont par conséquent besoin d'envisager s'ils pourraient exercer leurs droits souverains ou leur droit de direction et placer les RPG dans le bien commun global du SML.

¹³⁹ *En passant*, it is interesting to draw a connection to the scope of the draft EU proposal for the NP implementing act as proposed by the Commission. Here, the temporal scope leaves collections of any GR before NP enters into force outside the scope of ABS. Thus, material collected in the past, present and future – until the NP comes into force – in the EU and the providing country would fall outside the scope of the due diligence requirement for collections.

Ici, l'intérêt commun de documenter et de conserver la RPG peut aller à l'encontre de l'intérêt du pays dans lequel les semences sont collectées, d'exercer les droits souverains.

Un autre exemple qui mérite l'attention est lorsqu'un pays détient une collection particulière des végétaux de l'Appendice 1 avec des caractères particulièrement inhabituels. Quand bien même elle est incluse dans une collection gouvernementale et conservée dans des conditions *ex situ*, l'accession remplira facilement le critère de gestion et d'administration. Si le 'domaine public' est compris comme étant «en dehors des DPI», ce critère sera rempli (puisque cette RPG spécifique n'est soumise à aucun DPI) et ce matériel précis sera *obligatoirement* inclus dans le SML. Ici la façon dont le 'domaine public' est compris devient cruciale. A cela, ajoutons que le matériel a été produit pendant des décennies par des groupes identifiables de CAL. Si la définition du 'domaine public' est juridiquement liée aux systèmes des DPI, ces ressources ne seront protégées par aucun DPI, et donc obligatoirement incluses dans le SML, indépendamment du caractère distinctif des accessions. Si le 'domaine public' est compris de manière à permettre aux Etats de définir ce qui est reconnu être dans le domaine public ou pas, un statut juridique distinct peut être lié au matériel. De là, l'idée de l'accès universel du TIRPGAA, en l'absence d'un accord sur le partage des avantages avec les communautés qui ont développé et préservé ces RPG spécifiques, soutiendra les clauses de partage des avantages de la CDB en général. L'ironie c'est que cela pourrait dissuader l'Etat de préserver ces ressources dans une collection au niveau national. Si ces ressources sont laissées dans les plantations sans la gestion et l'administration du gouvernement, elles seront en dehors du domaine d'action des Parties Contractantes.

Un autre groupe de collections, fournissant aussi quelques exemples utiles, est constitué des collections détenues au niveau international. Elles sont typiquement reconnues comme étant dans le domaine public, et en effet, c'est l'une des raisons d'être du SML. D'après le site Internet du TIRPGAA, le nombre d'accessions détenues dans ces centres est élevé.¹⁴⁰

3.2.5 Conclusion sur le critère d'inclusion dans le SML

Juridiquement parlant, un grand nombre d'autres exemples dans la zone d'ombre entre l'inclusion obligatoire dans le SML et là où l'APA est régie par la CDB/PN pourrait être construit. Ces cas techniquement plus complexes requièrent des réflexions additionnelles lorsque les Etats mettront en œuvre le TIRPGAA et la CDB/PN.

Une possibilité de résoudre la relation entre le SML et la CDB/PN consiste pour un Etat à déclarer que toutes les RPG sont en dehors du domaine de l'APA qui reste régi par les lois nationales de mise en œuvre de la CDB/PN. Nous avons vu que le SML ne vise qu'un ensemble de cultures et sous certaines conditions, si une exception générale de

¹⁴⁰ www.planttreaty.org/inclusions?field_mls_noti_inclu_type_owner_value_many_to_on_e-International+Center [Accès le 18 Janvier 2013]

toutes les RPG est faite, les cas de non-acquisitions dans le SML finiront par n'être régis par aucune règles sur l'APA.

3.2.6 *Les zones d'ombre potentielles de free riding*

En ce qui concerne l'inclusion dans le SML, il y a une couverture géographique importante de zone d'ombre qui requiert l'attention. Elle survient parce que tous les Etats du monde ayant des utilisateurs de RPG ne sont pas membres du TIRPGAA. Ce qui soulève la question de savoir si les 'free riders' auraient les mêmes possibilités d'accès au SML que les entités des Etats ayant contribué à l'établissement de la réserve commune en devenant membres du Traité. Certains Etats importants tel que les USA, la Chine, la Russie, l'Argentine, le Chili, l'Afrique du Sud, le Mexique, la Bolivie et la Nouvelle Zélande ne sont pas membres à part entière du Traité. Comment doit alors être traité l'accès aux collections régies par le SML des entités de ces Etats? Juridiquement, il n'existe aucune disposition dans le Traité qui règlemente l'accès aux RPG du SML des entités de tous les Etats. Les non membres peuvent être considérés comme des 'free riders' dans ce système de réserve commune parce qu'ils ne suivent pas nécessairement les mêmes conditions d'accès à leurs RPG énumérées dans l'Appendice I. Donner les mêmes conditions d'accès à leurs entreprises pourrait être entendu comme créer un déséquilibre dans le système, étant donné que ces Etats ne partagent pas leur RPG avec toute la communauté mondiale. Ceci n'est pas nécessairement un problème juridique, mais juste une observation pour bien comprendre le rôle de la réserve commune. D'après les principes juridiques, les Etats non membres détenant des ressources génétiques, continuent d'avoir un pouvoir discrétionnaire pour exercer leurs droits souverains sur elles, y compris les RPGAA. Mais dans le même temps, les utilisateurs des RPG de ces Etats jouissent des mêmes libertés sur les réserves communes que les autres citoyens. Un utilisateur privé du SML sera lié par le l'ATTM car il s'agit d'un accord type dans lequel les parties s'engagent lorsqu'elles reçoivent le matériel. Cela crée une zone d'ombre de fait, que les gouvernements auront à l'esprit au moment de la mise en œuvre du TIRPGAA et de la CDB/PN dans la législation nationale.

3.3 **Questions juridiques découlant des RPG à la sortie du SML**

Les sections antérieures, ont exploré la couverture du SML avec une attention particulière sur les zones d'ombre et sur les questions qui doivent être clarifiées pour établir la relation entre le SML et l'APA dans le cadre de la CDB/PN. La prochaine section explore les problèmes qui surviennent lorsque le matériel est pris en dehors du SML pour une utilisation future. Il existe un ensemble d'organes mis en place pour prendre des décisions politiques et s'occuper des fonctions du SML;¹⁴¹ la structure institutionnelle ne sera pas explorée en détail ici.

¹⁴¹ Manzella, "The Design and Mechanisms of the Multilateral System of Access and Benefit Sharing", 2013, pp. 157-158; Moore. "Protecting the Interests of the Multilateral System under the Standard Material Transfer Agreement" in *Crop Genetic Resources as a*

3.3.1 *Les Types d'utilisations juridiques des RPG du SML*

Il existe une condition essentielle qui cible l'utilisateur qui a bénéficié de l'accès facilité aux RPG du SML que les parties au Traité ont convenu d'offrir aux autres parties. Un tel accès, selon le texte du TIRPGAA en son article 12.3 (a):

... est accordé conformément aux conditions énoncées ci-après: a) L'accès est accordé lorsqu'il a pour seule fin la conservation et l'utilisation pour la recherche, la sélection et la formation pour l'alimentation et l'agriculture, à condition qu'il ne soit pas destiné à des utilisations chimiques ou pharmaceutiques, ni à d'autres utilisations industrielles non alimentaires et non fourragères.

Le texte établit certains objectifs spécifiques ou raisons de demander l'accès et les définit comme les seul(e)s légitime(s) sous le régime du SML. Le SML est établi pour des usages spécifiques, le principal critère étant l'utilisation du matériel 'pour l'alimentation et l'agriculture' comme le but convenu de l'accès. Cela signifie que l'utilisation non alimentaire et non agricole est hors du domaine du SML.

Le but de la production *de l'alimentation* pourrait être interprété, délimité et déterminé par des faits externes vérifiables. Le terme 'agriculture' est largement et moins facilement interprété, déterminé et appliqué. Ici, le biocarburant, la capture du carbone et la culture de rente apparaissent comme des types d'utilisations connectées à l'utilisation de la terre, et donc probablement à l'agriculture dans un sens plus large.

Une question pertinente est celle de savoir si le 'et' entre alimentation et l'agriculture rend les deux éléments cumulatifs dans le sens que l'agriculture doit être interprétée dans un sens restreint et confinée dans le sens où elle contribue à la production alimentaire. Ici, l'objectif du TIRPGAA étant la sécurité alimentaire devient un argument normatif. L'on pourrait dire que comme la sécurité alimentaire est l'un des objectifs fondamentaux du Traité, l'agriculture au-delà de sécuriser la production alimentaire tombe en dehors des intentions juridiques d'accès à travers le système. Aucune interprétation détaillée n'a encore été acceptée. Par souci de clarté entre la CDB/PN et le TIRPGAA, il est important de préciser cette question dès lors que l'accès pour des justifications non-alimentaires et non-agricoles tombe en dehors de la portée du SML et est en principe régi par les règles générales sur l'APA.

Il y a aussi une zone d'ombre juridique entre l'utilisation des accessions des RPG pour la 'recherche, la sélection et la formation' dans le domaine de la biotechnologie technique et le génie génétique. Si un seul gène est identifié dans un matériel du SML, la question est de savoir si cette utilisation est légale sous le SML. Il peut difficilement relever de la 'sélection' ou de la 'formation', donc l'alternative doit être la 'recherche'.

Il pourrait probablement être couvert par la recherche puisque le texte n'utilise aucune qualification désignant le type de recherche projetée.

Une mise en œuvre pragmatique du SML pourrait être un argument pour ne pas prêter beaucoup d'attention à ces subtilités juridiques. Si les Etats membres au TIRPGAA acceptent que les accessions soient utilisées pour une finalité plus large que celle qui suit la formulation du texte du Traité, ce serait une décision politique qui pourrait être informée et prise de façon ouverte. Toutefois, puisque l'ATTM règlemente principalement le partage des avantages lorsque l'utilisation résulte d'une variété de végétaux en tant que produit, la conséquence serait que l'accès à travers le SML pour les utilisations futures non autorisées tombe dans un angle mort du système, et pourrait ne donner lieu à aucun partage des avantages. Pour ces raisons, ces questions juridiques concernant les limitations du SML méritent davantage d'attention que ce n'est actuellement le cas. Les Parties Contractantes au TIRPGAA préféreraient probablement prendre une décision éclairée sur la question de savoir si elles acceptent un angle mort dans un système d'accès ouvert du TIRPGAA.

3.3.2 *L'Accord Type de Transfert de Matériel (ATTM)*

L'**Accord Type de Transfert de Matériel (ATTM)** est l'outil juridique pratique pour tous les transferts de matériel génétique sous le SML. Ceci permet un accès rapide car les négociations ne sont pas nécessaires. Il a été adopté par les Parties en 2006, et fournit des moyens standardisés par lesquels les Etats peuvent exercer leurs droits souverains sur une sélection spécifique et limitée des ressources phytogénétiques pour des utilisations spécifiques. Il implique également une approche standardisée pour obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause et les conditions convenues d'un commun accord. Le Secrétariat estime que l'ATTM est une pierre angulaire du TIRPGAA.¹⁴² L'accès ne comporte aucune charge, et si des frais sont exigés, il ne pourra pas excéder les coûts minimaux engagés (art. 12.3.b.). Toutes les données de passeport disponibles et toute autre information associée sont fournies ensemble avec le matériel (Art.12.3.c).

Techniquement et juridiquement parlant, il y a deux ensembles de normes dans l'ATTM qui sont étroitement liés entre eux et sont d'une importance cruciale pour l'entretien de la réserve commune des RPG: le lien avec les DPI, et le partage des avantages en vertu du SML. Manzella, qui prend sur lui la charge d'expliquer les 'rouages' du SML,¹⁴³ ne mentionne ni le partage des avantages ni la relation avec le droit des brevets parmi les quatre objectifs de l'ATTM.¹⁴⁴

¹⁴² Louafi and Bhatti, "Efforts to Get the Multilateral System Up and Running", 2013, p. 194.

¹⁴³ Manzella, "The Design and Mechanisms of the Multilateral System of Access and Benefit Sharing", 2013, p. 150.

¹⁴⁴ Ibid., p. 154.

3.3.3 *Les liens juridiques vers le système des brevets et des droits des obtenteurs*

La disposition fondamentale qui contribue à déterminer la relation entre le SML et les DPI est l'Article 12.3.d:

Les bénéficiaires «ne peuvent revendiquer aucun droit de propriété intellectuelle ou autre droit limitant l'accès facilité aux ressources phyto-génétiques pour l'alimentation et l'agriculture ou à leurs parties ou composantes génétiques, sous la forme reçue du Système multilatéral. »

Il est en outre précisé à l'Article 6.2 de l'ATTM que:

Le bénéficiaire ne revendique aucun droit de propriété intellectuelle ni aucun autre droit limitant l'accès facilité au matériel fourni en vertu du présent Accord ou à des parties ou composantes génétiques, sous la forme reçue du Système Multilatéral.

À première vue, cela ressemble à une interdiction de l'utilisation des DPI, mais la formulation implique une limitation plus sévère sur le droit du bénéficiaire du matériel de sortir des DPI. Le texte se réfère à trois 'objets' qui ne peuvent pas être l'objet de DPI: les 'ressources phyto-génétiques', 'leurs parties génétiques' et leurs 'composantes'. Avant de commenter et d'interpréter chacun de ces éléments, la qualification du texte se référant à ces objets requiert quelques commentaires. Ce sont seulement ces trois éléments 'dans la forme reçue' qui ne peuvent pas être l'objet d'un DPI. Le droit de brevet et les droits des obtenteurs doivent être expliqués si nous voulons comprendre ce que veut dire limitation apparente. En droit de brevet, tout objet qualifié d'invention, étant nouveau, et comprenant une étape inventive et a une application industrielle peut se voir accorder un brevet. Le concept d''invention' ne correspond à aucune des trois objets décrits dans le Traité. Le droit des brevets n'utilise aucun des trois termes: 'ressources phyto-génétiques', 'leurs parties génétiques' ou leurs 'composantes'. De même, le TIRPGAA n'utilise pas la terminologie du droit des brevets. Il n'y a par conséquent aucune correspondance entre les termes du droit des brevets auxquels l'Art 12.3.d du TIRPGAA adhère. Il n'existe pas non plus un terme en droit des brevets identique à 'dans la forme reçue'. Sur ce point, aussi, les différences linguistiques entre la terminologie du Traité et du droit des brevets présentent un défi d'utilisation du droit des brevets pour sécuriser les règles en vertu du Traité. Ces défis linguistiques font probablement obstacles à la possibilité de rendre les limitations fonctionnelles dans l'utilisation juridique du système de brevets. Le TIRPGAA et l'ATTM pourraient avoir besoin de se conformer plus étroitement à la terminologie du système des brevets pour éviter le brevetage illicite.

En droit des brevets, les critères de nouveauté et d'inventivité sont tous deux évalués à partir d'une base commune: l'*art antérieur*. Dans cette perspective, il est important d'évaluer si l'inclusion de certaines accessions des ressources phyto-génétiques dans une collection gérée sous le SML signifie qu'elles sont incluses dans l'art antérieur. L'*art antérieur* est un terme technique de brevet qui définit ce que le système de brevet reconnaît comme déjà existant et ne peut donc être brevetable. L'inclusion d'un échantillon dans une collection est nécessairement insuffisante pour qu'il soit qualifié automatiquement d'art antérieur en

droit de brevet. Ceci peut être illustré avec le cas de *Biogen*, où la question était de savoir si le dépôt du gène dans une banque de gène pourrait suffisamment être considéré comme 'art antérieur' et ainsi ne pas remplir la condition de *nouveauté*.¹⁴⁵ La Grande Chambre des Recours a fait valoir que le gène 'n'avait pas été mis à la disposition du public à travers cette publication elle-même ou à travers cette publication de la banque de gène'.¹⁴⁶ Il y a un besoin d'examiner la banque de gène, a indiqué la Chambre, alors le dépôt dans une banque de gène ne constitue pas une part d'art antérieur'.¹⁴⁷ Dans ce cas là, l'ADN serait 'caché dans la multitude des clones de' la banque de gènes, et ne pourrait par conséquent faire partie de l'art antérieur'. La Chambre a également exigé une publication beaucoup plus complète des ressources de la banque de gènes pour faire partie de l'art antérieur'. La conséquence de ceci réside dans le fait que le brevet peut être attribué et établir un droit exclusif à un objet que le texte de l'ATTM ne permettrait pas. Il y a des incitations et le travail continue d'améliorer l'accès des examinateurs de brevets aux informations de la base de données des gènes de banque. Les négociations se sont poursuivies pendant longtemps au sein du Comité Intergouvernemental sur les Ressources Génétiques, les Connaissances Traditionnelles et le Folklore de l'OMPI, sur la question de savoir si le système de brevets pourrait inclure une obligation de divulguer l'origine du matériel utilisé dans l'invention.

La principale observation cependant est qu'il y a un manque d'attention sur les mécanismes relevant à la fois du droit des brevets et du SML pour s'assurer que les accessions régies par le SML sont exclues d'être brevetées dans la forme reçue.

En outre, les 'parties génétiques' et les 'composantes' n'ont-elles pas de correspondants terminologiques dans le système de brevets. Une connexion entre ces concepts et le système des brevets pourrait se trouver dans la définition de l'*art antérieur*. Cependant, seules les parties génétiques ou les composantes décrites d'une façon qui sera divulguée dans une recherche de textes sur l'art antérieur qui sera reconnue au tant qu'*art antérieur* comme base d'évaluation de la nouveauté et de l'inventivité. Ces divergences techniques juridiques illustrent l'incapacité actuelle du système de brevets d'assurer dans tous les cas que le matériel du SML n'est pas breveté.

Lorsqu'une certaine RPG, une partie génétique ou une composante est décrite ou publiée de façon à être reconnue comme *art antérieur*, la prochaine question qui se pose est celle de savoir si les critères de nouveauté ou d'inventivité ont été réunis. Le critère de nouveauté implique une simple comparaison entre chaque élément reconnu comme *art antérieur* et la description dans les revendications du brevet. Cette évaluation entraîne une comparaison linguistique dans laquelle le seuil de ne pas remplir le critère de nouveauté dans certains systèmes de brevets

¹⁴⁵ *Biogen v. Boehringer Ingelheim Pharma AG*, [1989] T 0301/87, Board of Appeal, EPO, 16 February 1989, , paragraph 3.3.2.

¹⁴⁶ *Ibid.*, paragraph 5.2.

¹⁴⁷ *Ibid.*, paragraph 5.4.

est que l'élément de l'art antérieur s'est avéré n'être pas identique à l'invention décrite. L'évaluation n'est pas conforme à une évaluation du matériel décrit comme identique au critère de 'dans la forme reçue'. Ceci signifie qu'une légère différence entre les deux sources écrites peut être suffisante pour justifier un brevet – indépendamment de savoir si l'objet est proche de la *forme* dans laquelle il a été *reçu* seulement dans une description légèrement différente. Lorsque l'on sait que les brevets, d'après de nombreux offices de brevets, peuvent être accordés aux gènes, aux virus et autres micro-organismes d'origine naturelle, la simple préexistence du matériel dans la collection régie par le SML n'est pas suffisante pour faire échouer le critère de nouveauté.

L'évaluation de l'inventivité prend une autre approche en évaluant si l'invention dans son intégralité diffère de l'ensemble du corps de l'*art antérieur* avant la demande de brevet. Le contenu de cette évaluation est de savoir si la nouvelle invention n'est pas évidente lorsqu'elle est évaluée à la lumière de l'ensemble de la littérature existante. Cette évaluation est qualitativement différente de celle scellée dans l'évaluation 'dans la forme reçue'. Ici, l'office de brevet examine l'ensemble de l'art antérieur avec l'objet de la demande de brevet.

Ceci a été un bref regard sur le droit des brevets dans le contexte de la tentative d'application dans l'ATTM et dans le SML pour prévenir la privatisation du matériel obtenu des collections d'avoir des effets délétères sur la réserve commune. Les discussions ci-dessus ont révélées des défis fondamentaux dans la relation entre les évaluations du droit des brevets et le critère choisi pour sauvegarder le SML en tant que réserve commune des RPG.

L'autre type de DPI concerne les droits des obtenteurs (DdO). Ces droits sont aussi accordés selon les procédures nationales par lesquelles les mérites des obtentions végétales revendiquées sont évalués. Les critères diffèrent de ceux du système des brevets, et les DdO ne sont applicables que pour un type d'objet particulier: la variété est définie par la Convention Internationale sur la Protection des Obtenteurs végétales de 1991 (UPOV 91) comme étant un 'ensemble végétal d'un taxon botanique du rang le plus bas connu' indépendamment de savoir si l'obtention végétale revendiquée remplit le critère d'être protégé ou pas. Ici, une question fondamentale est celle de savoir si l'obtention végétale revendiquée a été commercialisée ou vendue comme obtention végétale avant. Les parties génétiques ou les composantes ne sont pas protégées en tant que telles sous le système du DdO. Un obtenteur est défini dans l'UPOV-91 comme celui qui a soit créé soit découvert et mis au point une variété (UPOV 91 Art. 1). Pour la première activité, le résultat du processus de création est quelque chose autre que les RPG dans la forme reçue. Le deuxième groupe, cependant, implique un seuil d'activité inférieure sur le matériel reçu. Ici, une accession *dans la forme reçue* peut être considérée comme découverte; c'est une question parallèle à celle soulevée concernant le droit des brevets. Il y aura une évaluation sur la question de savoir à quel point l'accession reçue du SML doit être «développée», afin de ne pas la disqualifier sous le critère de 'dans la forme reçue'. Ici encore aucune connexion n'est nécessaire entre l'interprétation du libellé du TIRPGAA et le critère de l'UPOV 91. La mesure dans laquelle le matériel végétal

doit être modifié avant qu'il ne soit plus vu comme étant 'dans la forme reçue' de cet Article est incertain.

La possibilité qu'un brevet ou qu'un droit d'obtenteur soit accordé dépend de la pratique du système des brevets. La façon dont ces règles vont interagir avec celles de la CDB du TIRPGAA et du PN doit se produire en détail dans la pratique. Il est probable que des différends juridiques concrets se souleveront, mais à notre connaissance, il n'y a aucun procès dans le monde où la question à débattre a été celle du brevet contre les droits basés sur l'APA. La possibilité que de telles questions soient résolues par un tribunal national sous le droit des brevets ou par un mécanisme de règlement des différends du TIRPGAA est encore à voir.

3.3.4 *Le partage juridiquement contraignant des avantages*

L'autre principal sujet de l'ATTM concerne les mécanismes de partage des avantages. Selon le système de la CDB, il y a deux mécanismes contractuels pour décider du partage des avantages: les avantages futurs peuvent être spécifiés au moment de l'accès (CDB, Art 15.4 et 5) ou au moment de l'utilisation, lorsque le succès de l'utilisation est mieux connu (CDB, Art. 15. 7, para 2). Ainsi, en matière d'APA, la règle générale est qu'un contrat entre le fournisseur et l'utilisateur détermine les conditions de partage des avantages. Cette approche est également suivie par le PN.

En ce qui concerne le SML du TIRPGAA, il n'y a pas de système correspondant d'accord au niveau individuel de partage des avantages. Dans le discours concernant le TIRPGAA, il est souvent dit que 'l'accès facilité au RPGAA est en soi un avantage majeur'.¹⁴⁸

De plus, *le partage des avantages monétaires est fixé* en termes de parts issues de la vente des produits développés par l'utilisation du matériel-provenant du système Multilatéral, tel qu'énoncé dans l'ATTM. Au lieu de laisser les parties dans le droit privé des contrats pour déterminer le seuil de déclenchement et le niveau de partage des avantages (comme dans l'APA que nous connaissons dans la CDB), le Traité lui-même a fixé le point de déclenchement. L'article 13.2.d.ii énonce:

(ii) Les Parties contractantes conviennent que l'accord type de transfert de matériel (ATM) visé à l'Article 12.4 doit contenir une disposition au titre de laquelle un bénéficiaire commercialisant un produit qui est une ressource phytogénétique pour l'alimentation et l'agriculture et qui incorpore du matériel auquel ledit bénéficiaire a eu accès grâce au Système multilatéral est requis de verser au mécanisme visé à l'Article 19.3.f une part équitable des avantages découlant de la commercialisation de ce produit, sauf lorsque ce produit est **disponible sans restriction** pour d'autres bénéficiaires à des fins de recherche et de sélection, auquel cas le bénéficiaire qui commercialise le produit est encouragé à effectuer ce paiement. (Emphase ajoutée)

Et en plus, dans l'ATTM, l'article 6.7 énonce:

¹⁴⁸ Manzella, "The Design and Mechanisms of the Multilateral System of Access and Benefit Sharing", 2013, p. 155.

Si le bénéficiaire commercialise un produit qui est une ressource phyto-génétique pour l'alimentation et l'agriculture **incorporant du matériel** visé à l'Article 3 du présent Accord et si ce produit n'est pas disponible sans restriction pour d'autres bénéficiaires à des fins de recherche et de sélection, le bénéficiaire verse un pourcentage fixe des ventes du produit commercialisé au mécanisme établi par l'Organe directeur à cet effet, conformément à l'Appendice 2 au présent Accord. (Emphase ajoutée)

L'obligation des avantages est définie ici comme un pourcentage fixe de 1.1 pourcent sur les ventes nettes du produit protégé durant le temps de protection.¹⁴⁹ Cette obligation de partage des avantages est simplifiée si le produit est disponible pour les recherches et les obtentions futures. Ceci amène à se demander ce qu'on entend par 'disponible sans restrictions'.

De façon alternative, l'utilisateur peut opter de payer en vertu de l'Article 6.11.c de l'ATTM:

'Les paiements seront fondés sur les ventes de tout produit et sur les ventes de tout autre produit constitué par des ressources phyto-génétiques pour l'alimentation et l'agriculture qui appartiennent à la même espèce cultivée, comme indiqué dans l'Appendice 1 du Traité, à laquelle appartient le matériel indiqué à l'Appendice 1 au présent Accord'.

L'Appendice 3 fixe le niveau de paiement ici à 0.5 pourcent¹⁵⁰ des ventes de tout produit appartenant à la même espèce cultivée.¹⁵¹

En vertu de la CDB, l'obligation de mener le partage des avantages est liée à l' 'utilisation' des ressources génétiques. Dans le TIRPGAA, l'utilisation n'est pas vue comme un point de déclenchement. Le point de déclenchement est beaucoup plus étroitement défini dans le Traité et l'ATTM.

Ici, le texte laisse sans réponse deux questions particulières d'interprétation juridique: qu'est-ce qu'on entend par les groupes de mots 'incorporant du Matériel' et (le libellé le plus discuté) 'ce Produit n'est pas disponible sans restriction pour d'autres bénéficiaires à des fins de recherche et de sélection'.

La deuxième question tend à être interprétée ainsi: si un produit résultant de l'utilisation du matériel provenant du SML est protégé par des brevets,¹⁵² alors la part fixée (0,5 pourcent) des ventes doit être payée dans le mécanisme de partage des avantages. Si le résultat de l'utilisation du matériel est protégé par un droit des obtenteurs, alors selon la convention, il est présumé être en dehors de l'obligation de partage des avantages. Le libellé, cependant au lieu de lier l'obligation de partage des avantages à un type spécifique de droits de propriété, repose sur une circonstance particulière (disponible sans restriction). Cette circonstance est *in casu* si le produit n'est pas disponible sans restrictions. Une manière selon laquelle un produit peut être disponible sous certaines

¹⁴⁹ *Standard Material Transfer Agreement [SMTA]*, ITPGRFA Governing Body, 16 June 2006, Resolution 1/2006 Annex 2.

¹⁵⁰ *Ibid.* Annex 3.

¹⁵¹ See also Manzella, "The Design and Mechanisms of the Multilateral System of Access and Benefit Sharing", 2013, p. 156.

¹⁵² Andersen, et al., *International Agreements and ABS*, 2010.

restrictions se fait à travers le DPI, mais il y a des façons autres que le système de brevet qui peuvent établir les restrictions dans ce sens. Par exemple, une obtention végétale enregistrée, selon la *législation semencière*, n'est pas disponible sans restriction (techniquement et juridiquement parlant). Dans ces cas, il y a effectivement des restrictions, mais qui ne sont pas des restrictions basées sur les DPI. Aussi, la manière avec laquelle l'utilisation expérimentale en droit des brevets est pratiquée et la manière avec laquelle les exemptions des obtenteurs sont pratiquées peut rendre le produit plus ou moins restrictif. Un certain degré d'incertitude juridique est par conséquent attaché à ce critère. Il réduit la prévisibilité pour les utilisateurs de matériel génétique provenant du système, dès lors que le point de déclenchement de l'obligation de partage des avantages requiert l'interprétation et peut varier selon les pays en fonction du niveau de restrictions.

C'est le *produit* qui déclenche le partage des avantages. De l'interprétation purement littérale du libellé, il signifie que le processus de brevetage résultant du matériel obtenu du SML ne déclenche pas le partage des avantages. Lier le point de déclenchement à la restriction sur le produit et non sur le matériel de la réserve commune pourrait coïncider avec d'autres changements en droit des brevets qui contribue à la tendance de la demande du processus de brevets (et donc également bénéficie de la protection indirecte du produit). La situation dans ce cas est convaincante dès lors que le texte utilise le terme 'produit', alors, l'argument décisif dans ces cas est que le produit est inaccessible, et donc couvert par l'obligation du partage des avantages.

Si le produit n'est pas protégé ou protégé et encore disponible pour l'utilisation, la recherche et le développement, alors, le partage des avantages est optionnel. L'idée derrière ces règles est de maintenir la réserve commune comme cela a été le cas.

Le premier critère pour déclencher l'obligation de partage des avantages concerne le lien entre le matériel reçu provenant du SML et le *Matériel incorporé* dans le produit final. En déterminant si un utilisateur a déclenché l'obligation de partage des avantages, le lien entre le produit mentionné ci-dessus et la formulation 'incorporant le Matériel' provenant du SML est évalué. Ici, une évaluation concrète est de savoir si tout matériel provenant du SML a été incorporé dans le produit pour lequel la création ou la recherche a été restreinte. C'est là une évaluation très difficile aussi bien dans le droit que dans les faits. Elle est difficile en droit parce que l'on a besoin de déterminer à quel point un certain matériel a été incorporé. Le terme 'incorporé' suggère l'introduction de quelque chose (un élément) dans un ensemble plus grand en sorte qu'il consomme l'élément. Sur le plan linguistique, cela pourrait se comprendre comme une référence à la technologie génétique (ou une combinaison de techniques), comme dans une situation où un gène est modifié et transféré à un autre végétal dans lequel il sera 'incorporé'. S'il est utilisé seulement pour la culture traditionnelle, il est moins évident de dire qu'un certain nombre d'accessions sont incorporées dans le nouveau produit en suivant une interprétation strictement littérale. Et même si l'interprétation du terme 'incorporé' peut être comprise dans un sens un peu large, il reste la question difficile de l'évaluation de la relation entre

les accessions obtenues provenant du SML et le produit final pour lequel le mécanisme de partage des avantages a été évalué. Cette question a été discutée dans le corps du TIRPGAA mais sans aboutir à une conclusion définitive juridiquement contraignante.

‘Le secteur de l’obtention végétale’, selon Van den Hurk ‘a été d’avis que le partage des avantages prendrait seulement place lorsqu’une grande partie des ressources génétiques pourraient être retrouvée dans le produit final; un minimum de 25 pourcent devrait être incorporé.’¹⁵³ En plus, elle soutient qu’il faut apporter la preuve qu’un ‘trait de valeur identifiable ou une caractéristique essentielle’ soit présent(e).¹⁵⁴ Ces liens proposés entre le matériel reçu provenant du SML et le produit final requièrent un degré élevé d’identité. Plus le lien est étroit entre tout matériel reçu provenant du système et le produit requis, moins les nouveaux produits seront obligatoirement couverts par l’obligation de partage des avantages.

En plus des questions purement juridiques, cette évaluation amène également à soulever les questions de la difficile preuve et de l’information. Les questions et les enjeux ne sont cependant pas propres aux situations du SML. Ce sont, en effet, des questions difficiles, et qui n’ont pas encore été résolues par la CDB ou le PN, ou qui ne sont pas conformes à la pratique contractuelle. Une question parallèle est celle de savoir si un demandeur de brevet peut être obligé de divulguer l’origine du matériel utilisé dans le processus d’innovation.

Cette question d’identification et la question du terme *incorporé* arrive également dans une situation différente. Typiquement, un produit sera développé (au moins dans les obtentions végétales traditionnelles) sur la base de plusieurs matériels. Ces matériels viendront typiquement d’un bon nombre de collections. Le SML contribue à résoudre ce défi pour les RPGAA. De plus c’est une question tout aussi difficile et non résolue au sujet du matériel régi par la CDB et/ou le PN. Si le matériel provient des sources comprises en dehors du SML, dans le SML, des sources internes ou provenant d’un certain nombre de pays différents – le problème sera d’évaluer si une incorporation, même insignifiante, ne pourrait pas compter comme le déclencheur du mécanisme de partage des avantages dans l’ATTM.

Selon Manzella ‘les contributions financières provenant d’entités variées ont été faites dans le Fonds de Partage des Avantages’.¹⁵⁵ Ce qu’il oublie de dire c’est que presque aucune contribution de ce fonds n’a été constituée par des avantages partagés comme c’est le cas avec l’ATM où les règles du SML l’exigent, mais plutôt des contributions volontaires du pays. Comme Visser énonce: ‘seule si les ... arrangements de partage des avantages et la stratégie de financement en particulier et non pas les effets

¹⁵³ van den Hurk. “The Seed Industry: Plant Breeding and the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture” in *Plant Genetic Resources and Food Security: Stakeholder Perspectives on the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. Edited by Frison, et al. London, Earthscan, 2011, p. 168.

¹⁵⁴ Ibid., p. 168.

¹⁵⁵ Manzella, “The Design and Mechanisms of the Multilateral System of Access and Benefit Sharing”, 2013, p. 159

négatifs résultant de l'exécution des droits de propriété intellectuelle, apparaissent être plein de succès et pourraient être l'occasion de présenter une expansion de la liste des cultures.¹⁵⁶ Il déclare ceci dans le contexte de discussion de la liste des cultures de l'Appendice; mais ceci a des conséquences plus importantes en termes de succès du mécanisme de partage des avantages de recevoir les avantages économiques des utilisateurs et des bénéficiaires d'un grand nombre d'accessions transférés sous le SML.

Le Partage des avantages non monétaires doit être facilité entre les parties contractantes indépendamment du transfert de matériel. Ceci inclut de rendre disponibles les informations sur les RPGAA; le transfert de technologie pour la conservation et l'utilisation durable des RPGAA; et le renforcement des capacités en termes d'éducation et de formation, l'amélioration des installations et la recherche de coopération pour la conservation et l'utilisation durable des RPGAA (Article 13.2). La ressemblance avec les options trouvées dans la CDB et le PN est plus marquée par le partage des avantages non-monétaires que par le partage des avantages monétaires discuté plus haut.

3.4 Discussions et découvertes générales pour le TIRPGAA

3.4.1 Évaluer l'ATTM du SML comme une réserve commune

Dans ce contexte, le SML a été développé avec les caractéristiques de la **réserve commune des ressources génétiques**, dans laquelle toutes parties contractantes (les Etats) placent une sélection des ressources phytogénétiques des cultures de l'Appendice I qui sont dans le domaine public et sous leur contrôle. En plus, les parties contractantes invitent tous leurs détenteurs de tel matériel de l'inclure dans le SML (Art 11.2). Les accessions des ressources phytogénétiques qui sont en dehors du *domaine public*, telles que les ressources détenues dans les collections privées, ne sont pas incluses dans le SML. Les Etats doivent prendre des mesures appropriées pour encourager leur inclusion, mais ceci reste un facteur limité de succès du SML.

Le SML a donc été caractérisé comme réserve commune.¹⁵⁷ La pensée de la réserve commune est basée sur un équilibre établi entre la volonté des participants de mettre du matériel dans la réserve et leur intérêt d'en prendre d'autre. Le principe du logiciel Open Source rend le code source gratuitement disponible au public pour l'utilisation et la modification, mais de telles modifications et innovations doivent rester à l'intérieur ou être partagées avec la réserve commune sous les mêmes conditions que le modificateur ait obtenu le matériel en premier. Avec ce principe du SML, les Etats ont un droit souverain sur leurs ressources génétiques, c'est-à-dire pour inclure dans la réserve commune une liste limitée et bien

¹⁵⁶ Visser, "The Moving Scope of Annex I: The List of Crops Covered under the Multilateral System", 2013, p. 279.

¹⁵⁷ Halewood, et al. "The Global Crop Commons and Access and Benefit-sharing Laws – Examining the Limits of International Policy Support for the Collective Pooling and Management of Plant Genetic Resources" in *Crop Genetic Resources as a Global Commons – Challenges in International Law and Governance*. Edited by Halewood, et al. New York, Routledge, 2013, pp. 1–36.

définie des RPGAA. Les utilisateurs et les premiers bénéficiaires cependant ne sont pas obligés de partager leurs inventions avec le SML. Il n'existe aucun mécanisme pour demander à celui qui développe un produit provenant d'un matériel retrouvé dans la réserve commune de partager ses inventions ou produits avec la réserve. Dans ce contexte, les principaux bénéficiaires ne contribuent pas à la croissance de la réserve commune. Théoriquement, un obtenteur dans le secteur de l'alimentation ou de l'agriculture pourra être demandé de permettre l'accès aux résultats de la recherche dans les mêmes termes que s'il avait obtenu le matériel en premier lieu. L'ATTM n'impose pas une telle exigence. Et dans tous les cas, il introduirait une incitation négative à utiliser le matériel provenant du SML comme une réserve commune. L'ouverture est simplement une question du côté du bénéficiaire, et n'empiète pas sur les résultats de la recherche.

Le SML diffère du système de l'APA tel que pratiqué dans la CDB jusqu'à présent. Il s'agit d'une réserve commune des ressources génétiques avec des normes d'accès standardisées et un système indépendant pour le partage des avantages avec un ensemble de point de déclenchement. Le détachement du partage des avantages implique que les avantages ne sont pas partagés avec les fournisseurs, mais avec un nombre limité de projets internationalement sélectionnés. Selon les chiffres du partage des avantages jusqu'à présent, l'argent qui a été partagé est venu principalement des pays donateurs. L'idée de départ et la logique était de laisser les utilisateurs partager une part juste et équitable avec les fournisseurs, mais ceci n'est pas encore bien compris.

4 Conclusions et recommandations pour promouvoir une mise en œuvre synergique de la CDB/PN et du TI au niveau national

Les questions essentielles suivantes doivent être prises en considération pour une mise en œuvre dans un esprit de complémentarité réciproque de l'APA issue du PN/CDB et des dispositions pertinentes du TI. Il y a un besoin de:

- Identifier et créer un espace juridique pour la mise en œuvre du SML dans le cadre juridique national, y compris les lois sur l'APA (fournir les exceptions appropriées à la législation nationale sur l'APA; l'évaluation de la mise en œuvre directe du TI comme droit international dans le droit national; anticiper le passage de la législation spéciale dans le cadre juridique actuel, etc.). Lorsqu'on crée un tel espace juridique, il est crucial de clarifier les zones d'ombre et de supprimer les angles morts.
- Déterminer les autorités nationales responsables de la signature de l'ATTM dans le pays (ce qui inclut une détermination claire des ressources nationales incluses dans le SML conformément aux dispositions du TI) et renforcer la coopération et l'échange d'information entre eux et les ACN/APA afin de renforcer la confiance et réduire la concurrence éventuelle entre les deux. Apporter des éclaircissements sur les pouvoirs juridiques de chaque entité dans le processus de traitement de la demande sur l'APA.
- Promouvoir les processus nationaux de protection des CT d'une manière qui inclut la question des droits des agriculteurs, le cas échéant (connaissances traditionnelles associées aux obtentions végétales/pratiques agricoles; groupes des agriculteurs comme bénéficiaires des régimes de CT, y compris les exigences des CPCC/CCCA envisagées dans le PN, etc.).
- Explorer davantage le développement du concept d'utilisation – tel que retrouvé dans le PN – pour mieux déterminer le champ d'application des lois sur l'APA et l'implication pour les obtentions végétales dans le pays.
- Réglementer les accès aux ressources génétiques *in situ* couvertes par le SML (sur les terres appropriées par l'Etat telles que les Aires protégées) dans une voie synergique afin d'atteindre un soutien mutuel entre la CDB/PN et le TI à la lumière des objectifs des deux instruments. Il est crucial pour la mise en œuvre appropriée du PN et du TI (pour éviter le manque de certitude concernant la compétence et le traitement des demandes provenant des autorités environnementales) d'assurer la coordination et la clarification des procédures juridiques (règles de collecte) et par exemple les rôles des autorités environnementales en charge de la gestion des aires protégées (parcs nationaux) lorsque les espèces sauvages apparentées aux espèces cultivées de l'Appendice I sont trouvées.
- Clarifier dans la législation sur l'APA l'espace/droits légaux pour l'inclusion des RPGAA dans le SML (Appendice I) par des personnes physiques ou morales (les parties au TI sont supposées fournir

les incitations à cette inclusion), considérant le régime juridique régissant les droits de propriété sur les ressources génétiques dans chaque Etat et la référence retrouvée dans le TI sur le concept de « détenteurs » des ressources génétiques (article 11.2 et 3).

- Élaborer et appliquer les points de déclenchement du mécanisme de partage des avantages d'une manière qui facilite la circulation des avantages monétaires du principal utilisateur du système au Fonds de partage des avantages.
- Déterminer, à un point de contrôle désigné au niveau national, le rôle potentiel de l'ATM comme preuve de conformité avec la législation sur l'APA conformément au PN. Une fois que le PN entre en vigueur, une décision de la COP/MOP à ce sujet sera nécessaire.
- Améliorer la coopération et l'échange d'information dans les cas de non-conformité avec l'ATTM (entre les entités responsables de la signature et les ACN de l'APA) dans la mesure où la non-conformité dans les termes de l'ATTM peut être comprise comme une non-conformité avec les lois du pays sur l'APA, par exemple, une utilisation illégale d'une exception de l'APA, etc.
- Clarifier la relation entre l'APA dans la CDB, le PN et le TI et leur relation respective envers les systèmes des DPI, le système de patente et les systèmes nationaux de droits des obtenteurs lorsque chacun de ces systèmes est mis en œuvre dans le droit interne et dans pratiques internes.
- Développer les activités conjointes de développement/renforcement des capacités et de sensibilisation par les points focaux nationaux/ANC du PN et du TI (prise en compte du contenu et des objectifs de chaque instrument en renforcement de capacité et d'autres actions connexes promues par la CDB, le TI et les projets et initiatives de développement des capacités). Les comités nationaux comprenant les membres des secteurs environnementaux, scientifiques et agricoles pourront être établis pour promouvoir une bonne compréhension sur les questions fondamentales et améliorer la confiance et la coordination entre les institutions/agences.

Bibliography

- Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property (Annex 1C of the Agreement establishing the World Trade Organization)* [TRIPS Agreement], WTO, 15 April 1994.
- Andean Community of Nations, Decision 391 – Common Regime on Access to Genetic Resources, at Art.7, available at: www.comunidadandina.org/ingles/normativa/d391e.htm.
- Andersen, Regine. *Governing Agrobiodiversity: Plant Genetics and Developing Countries*. Aldershot, Ashgate, 2008.
- Andersen, Regine, Morten Walløe Tvedt, Ole Kristian Fauchald, Tone Winge, G. Kristin Rosendal and Peter Johan Schei. *International Agreements and Processes Affecting an International Regime on Access and Benefit Sharing under the Convention on Biological Diversity – Implications for its Scope and Possibilities of a Sectoral Approach*. Lysaker, Fridtjof Nansens Institute, 2010. (FNI Report No. 3/2010).
- Bhatti, Shakeel, Santiago Carrizosa, Patrick E. McGuire and Tomme R. Young. *Contracting for ABS: The Legal and Scientific Implications of Bioprospecting Contracts*. Gland, IUCN, 2009. (IUCN Environmental Policy and Law Paper, No. 67/4)
- Bhutan, *The Biodiversity Act of Bhutan of 2003*, Adopted at 81st session of National Assembly, 4 August 2003.
- Biogen v. Boehringer Ingelheim Pharma AG*, [1989] T 0301/87, Board of Appeal, EPO, 16 February 1989.
- Buck, M and Hamilton, C., *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising out of Their Utilization Under the Convention on Biological Diversity*, Review of European and International Environmental Law, 20 (1), London, 2011.
- Bulmer, Jane, *Study on the Relationship Between and International Regime on Access and Benefit-Sharing and Other International Instruments and Forums that Govern Genetic Resources. The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture and the Food and Agriculture Organisations' Commission on Genetic Resources. Information paper for the Seventh Meeting of the Ad Hoc Open-Ended Working Group on ABS, UNEP/CBD/WG-ABS/7/Inf/3/Part.1*.
- Cabrera Medaglia, Jorge and López Silva, Christian, *Addressing the problems of Access: protecting sources while giving users certainty*; IUCN, Environmental Law and Policy Paper No. 67/1, Gland 2007.
- Cabrera Medaglia, Jorge, *The International Regimen on ABS: elements; progress and perspectives*, IUCN Oficina Sur, Quito, 2006.
- Chiarolla, Claudio, 'The question of minimum standards of access and benefit sharing under the CBD International Regime: lessons from the International Treaty on Plant Genetic Resources from Food and Agriculture', in *Asian Biotechnology and Development Review*, Vol 10, No. 3 July 2008.
- Communication from Norway, *The Relationship Between the TRIPS Agreement, the Convention on Biological Diversity and the Protection of Traditional Knowledge*, IP/C/W/473 (June 14, 2006).
- Convention on Biological Diversity, Report of the meeting of the group of legal and technical experts on concepts, terms, working definitions and sectoral approaches, UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, 12 December 2008, available at: www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-07/official/abswg-07-02-en.pdf.
- COP 2 Decision II/15
- COP 5 Decision V/ 5

- COP 6 Decision VI/10, available at: www.cbd.int/decision/cop/?id=7184
- COP 8 Decision VIII/5, available at: www.cbd.int/decision/cop/?id=11017.
- COP 9 Decision IX/12
- COP 10 Decision X/1
- COP 10 Decision X/43, available at: www.cbd.int/decision/cop/?id=12309.
- Correa, Carlos M. 'Plant Genetic Resources under the Management and Control of the Contracting Parties and in the Public Domain: How Rich Is the ITPGRFA's Multilateral System?' in *Crop Genetic Resources as a Global Commons – Challenges in International Law and Governance*. Edited by Michael Halewood, Isabel López Noriega and Selim Louafi. New York, Routledge, 2013. pp. 177-186.
- Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions* [Directive 98/44/EC], 6 July 1998, [1998] OJ, L 213/13, entered into force 30 July 1998.
- Ebert, Andres, *Flujos de germoplasma facilitado por el Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza dentro y fuera de Latinoamérica*, en *Revista Ambiente y Recursos Naturales*, No 53, CATIE y Bioversity, Turrialba, abril del 2008.
- Ecuador, Executive Decree No. 905 of October 3, 2011 National Regulation regulating the Common Regime on Access to Genetic Resources in accordance with the Decision of the Andean Community No. 391.
- Food and Agriculture Organization, International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, 3 November 2001 (FAO: Rome, Italy 2009) available at: <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/011/i0510e/i0510e.pdf>.
- Fraleigh, Brad and Bryan L. Harvey. 'The North American Group: Globalization That Works' in *Plant Genetic Resources and Food Security: Stakeholder Perspectives on the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. Edited by Christine Frison, Francisco López and José T. Esquinas-Alcázar. London, Earthscan, 2011. pp. 109-119.
- Garforth, Kathryn and Christine Frison, *Key Issues for the relationship between the Convention on Biological Diversity & the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, (Quaker International Affairs Programme: Ottawa Canada, 2007)
- Glowka, Lyle, Françoise Burhenne-Guilmin, Hugh Synge, *et al*, *A Guide to the Convention on Biological Diversity* (IUCN: Gland, Switzerland and Cambridge, UK, 1994) at 48, available at: <http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/EPLP-no.030.pdf>.
- Greiber et al *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and Traditional Knowledge*; IUCN, Environmental Law and Policy Paper No. 83, Bonn, 2012
- Halewood, Michael et al, *National level of implementation of the multilateral system of access and benefit sharing: notes on progress and points of intersection with the Convention on Biological Diversity*; discussion paper presented to the workshop on the Interface between the International Treaty and the Nagoya Protocol on ABS, ABS Capacity Development Initiative, Rome, January, 2013.
- Halewood, Michael, Isabel López Noriega and Sélim Louafi. 'The Global Crop Commons and Access and Benefit-sharing Laws – Examining the Limits of International Policy Support for the Collective Pooling and Management of Plant Genetic Resources' in *Crop Genetic Resources as a Global Commons – Challenges in International Law and Governance*. Edited by Michael Halewood, Isabel López Noriega and Selim Louafi. New York, Routledge, 2013. pp. 1-36.

- Hiemstra, Sipke Joost, Adam G. Drucker, Morten Walløe Tvedt, Niels P. Louwaars, J. K. Oldenbroek, K. Awgichew, S. Abegaz Kebede, P. N. Bhat and A. da Silva Mariante. *Exchange, Use and Conservation of Animal Genetic Resources*. Wageningen, Centre for Genetic Resources (Netherlands), 2006. (CGN Report, No. 2006/06)
- India and CGIAR Submission by the International Agriculture Research Centres of the CGIAR to the Group on Technical Experts on an internationally recognized certificate of origin/source/legal provenance. *Compilation of submissions provided by the parties, governments, indigenous and local communities, international organizations and relevant stakeholders*, UNEP/CBD/GTE-ABS/1/3/add2.
- Lapeña, Isabel et al, *Incentivos y desincentivos para la participación del Perú en el Sistema Multilateral del Tratado Internacional sobre Recursos Fito-genéticos para la Alimentación y la Agricultura*; (Bioversity, Rome, 2010).
- López Noriega, Isabel et al, 'Assessment of progress to make the multilateral system functional: incentives and challenges at the country level' in Halewood, Michael, et al, eds, *Crop Genetic Resources as Global Commons. Challenges in international law and governance*, Earthscan and Bioversity International, 2013.
- Louafi, Selim and Shakeel Bhatti. 'Efforts to Get the Multilateral System Up and Running' in *Crop Genetic Resources as a Global Commons – Challenges in International Law and Governance*. Edited by Michael Halewood, Isabel López Noriega and Selim Louafi. New York, Routledge, 2013. pp. 189-196.
- Manzella, Daniele. 'The Design and Mechanisms of the Multilateral System of Access and Benefit Sharing' in *Crop Genetic Resources as a Global Commons – Challenges in International Law and Governance*. Edited by Michael Halewood, Isabel López Noriega and Selim Louafi. New York, Routledge, 2013. pp. 150-163.
- Moore, Gerald and Witold Tymowski, *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture* (International Union for the Conservation of Nature and Natural Resources (IUCN): Gland, Switzerland, 2005).
- Moore, Gerald. 'Protecting the Interests of the Multilateral System under the Standard Material Transfer Agreement' in *Crop Genetic Resources as a Global Commons – Challenges in International Law and Governance*. Edited by Michael Halewood, Isabel López Noriega and Selim Louafi. New York, Routledge, 2013. pp. 164-176.
- Morguera, Elisa et al, *Draft Commentary on the Nagoya Protocol*, version 2011 on file with the author.
- Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity*, 29 October 2010, 10th Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, (Montreal, Canada: CBD, 2011), available at: www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf.
- Naturmangfoldloven / Nature Diversity Act*, Norway, LOV-2009-06-19-100.
- Nijar, Gurdial Singh et al, *Framework study on food security and access and benefit sharing for genetic resources for food and agriculture* (Rome: Food & Agriculture Organisation Commission on Genetic Resources for Food & Agriculture, 2009).
- Norway, Act No. 9 of December 15, 1967 on Patents.*

- Olesen, Ingrid, G. Kristin Rosendal, Morten Walløe Tvedt, Martin Bryde and Hans B. Bentsen. 'Access to and Protection of Aquaculture Genetic Resources: Structures and Strategies in Norwegian Aquaculture' in *Aquaculture* 272 (2007) 1. pp. S47-S61.
- Peru, *Executive Decree 003-2009-MINAM Upgrading Ministerial Resolution No. 087-2008-MINAM to Executive Decree status and ratifying approval of the Regulations of Access to Genetic Resources* at Article 4.
- Portugal, Decree-Law No.118/2002 of 20 April 2002, available at: www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-pt-en.pdf.
- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization in the Union*, COM(2012)0576.
- Rosendal, G. Kristin, Ingrid Olesen, Hans B. Bentsen, Morten Walløe Tvedt and Martin Bryde. 'Access to and Legal Protection of Aquaculture Genetic Resources: Norwegian Perspectives' in *Journal of World Intellectual Property* 9 (2006) 4. pp. 392-412.
- Standard Material Transfer Agreement [SMTA]*, ITPGRFA Governing Body, 16 June 2006, Resolution 1/2006.
- Statute of the International Court of Justice [ICJ Statute]*, United Nations, 26 June 1945.
- Tvedt, Morten Walløe. 'Elements for Legislation in User Countries to Meet the Fair and Equitable Benefit-Sharing Commitment' in *Journal of World Intellectual Property* 9 (2006) 2. pp. 189-212.
- Tvedt, Morten Walløe and Ole Kristian Fauchald. 'Implementing the Nagoya Protocol on ABS: A Hypothetical Case Study on Enforcing Benefit Sharing in Norway' in *Journal of World Intellectual Property* 14 (2011) 5. pp. 383-402.
- Tvedt, Morten Walløe. *Seeking Appropriate Legislation Regulating Access and Exclusive Rights to Forest Genetic Resources in the Nordic Region*. Lysaker, Fridtjof Nansens Institute, 2011. (FNI Report No. 9/2011)
- Tvedt, Morten Walløe and Olivier Rukundo. *Functionality of an ABS Protocol*. Lysaker, Fridtjof Nansens Institute, 2010. (FNI Report No. 9/2010)
- Tvedt, Morten Walløe and Tomme R. Young. *Beyond Access: Exploring Implementation of the Fair and Equitable Sharing Commitment in the CBD*. Gland, IUCN, 2007. (IUCN Environmental Policy and Law Paper, No. 67/2)
- Vienna Convention on the Law of Treaties [VCLT]*, United Nations, 23 May 1969, 1155 UNTS 331, entered into force 27 January 1980.
- van den Hurk, Anke. 'The Seed Industry: Plant Breeding and the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture' in *Plant Genetic Resources and Food Security: Stakeholder Perspectives on the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. Edited by Christine Frison, Francisco López and José T. Esquinas-Alcázar. London, Earthscan, 2011. pp. 163-174.
- Visser, Bert. 'The Moving Scope of Annex I: The List of Crops Covered under the Multilateral System' in *Crop Genetic Resources as a Global Commons – Challenges in International Law and Governance*. Edited by Michael Halewood, Isabel López Noriega and Selim Louafi. New York, Routledge, 2013. pp. 265-282.

- Visser, Bert and Jan Borring. 'The European Regional Group: Europe's Role and Positions during the Negotiations and Early Implementation of the International Treaty' in *Plant Genetic Resources and Food Security: Stakeholder Perspectives on the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*. Edited by Christine Frison, Francisco López and José T. Esquinas-Alcázar. London, Earthscan, 2011. pp. 69-80.
- World Intellectual Property Organization, Composite Study on the Protection of Traditional Knowledge WIPO/GRTKF/IC/5/8 (2003) available at: www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_5/wipo_grtkf_ic_5_8.pdf.
- World Intellectual Property Organization, The Protection of Traditional Knowledge: Draft Articles, WIPO/GRTKF/IC/21/4 (2012), at 6, available at: www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_21/wipo_grtkf_ic_21_4.pdf.
- World Intellectual Property Organization, Traditional Knowledge – Operational Terms and Definitions, WIPO/GRTKF/IC/3/12.

The Fridtjof Nansen Institute is a non-profit, independent research institute focusing on international environmental, energy, and resource management. The institute has a multi-disciplinary approach, with main emphasis on political science and international law. It collaborates extensively with other research institutions in Norway and abroad.



**FRIDTJOF NANSENS INSTITUTT
FRIDTJOF NANSEN INSTITUTE**

**Fridtjof Nansens vei 17, P.O. Box 326, NO-1326 Lysaker, Norway
Phone: (47) 67 11 19 00 – Fax: (47) 67 11 19 10 – E-mail: post@fni.no
Website: www.fni.no**