ÉTUDE

PERTINENCE ET FAISABILITE JURIDIQUE ET INSTITUTIONNELLE D'UN DISPOSITIF D'ACCÈS ET DE PARTAGE DES AVANTAGES EN OUTRE-MER, PORTANT SUR LES RESSOURCES GÉNÉTIQUES ET LES CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ASSOCIÉES

RÉSUMÉ EXECUTIF

VOLUME I : PROPOSITIONS DU PANEL D'EXPERTS
VOLUME II : ETUDES DE CAS
VOLUME III : BIBLIOGRAPHIE

À l'attention du Ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement
Commissariat Général au Développement durable
Sous-direction de l'économie des ressources naturelles et des risques Bureau des biens publics globaux

Mai 2011

Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
Ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement

FRB
FONDATION POUR LA RECHERCHE SUR LA BIODIVERSITÉ

Cette étude a été réalisée en réponse à un appel d'offres du Ministère du développement durable, et co-financée par le Ministère du développement durable et la Fondation pour la Recherche sur la biodiversité.
Editeurs : Ministère du développement durable et Fondation pour la Recherche sur la Biodiversité.

LE PANEL D'EXPERTS :
Isabelle Doussan, Pilote du panel, directrice de recherche à l'INRA
Catherine Aubertin, Directrice de recherche à l'IRD
Tamatoa Bambridge, Chargé de recherche au CNRS
Susette Biber-Klemm, Juriste à l'Académie suisse des sciences naturelles
Valérie Boisvert, Chargée de recherche à l'IRD
Philippe Feldmann, Chargé de mission biodiversité et ressources biologiques au CIRAD
Geoffroy Filoche, Chargé de recherche à l'IRD
Maria Francheteau-Laronze, Chargée d'enseignement à la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes
Régis Lafargue, Conseiller référendaire à la Cour de cassation
Fabrice Siiriainen, Professeur à la Faculté de Nice-Sophia Antipolis
Jean-Dominique Wahiche, Délégué à la valorisation de la recherche et propriété intellectuelle au MNHN

L'ÉQUIPE PROJET DE LA FRB :
Claude-Anne Gauthier, Chef de projet, directrice adjointe de la FRB, **Sarah Aubertie**, Chargée de mission droit et ressources génétiques, **Thomas Burelli**, Assistant du panel d'experts.

Le COMITE DE PILOTAGE INTERMINISTERIEL :
Delphine Morandeau (coordination), **Audrey Coreau**, **Elen Lemaître-Curri**, **Anca Leroy**, **Vanessa Nuzzo**, **Jacques Trouvilliez**, **Jules Wizniak** (Ministère du développement durable), **Pascal Sliwanski** (Ministère des affaires étrangères), **Pascal Colin** (Ministère de l'outre-mer), **Michèle Tixier-Boichard** (Ministère de la recherche), **Anne Rouban** (Ministère des finances), **Ygor Gibelind** (Ministère de l'agriculture), **Daphné Debeco** (Institut national de la propriété industrielle), **Jean Leduc** (DEAL Guyane), Cécile Guitet (PAG), **Sylvine Aupetit**, **Anne-Claire Goarant** (Dir. de l'environnement, Province Sud de Nouvelle-Calédonie), **Priscille Frogier** (Délégation à la recherche de Polynésie française), **Pierre Méry** (Haut-Commissariat de Polynésie française).

Cette étude n'engage pas les institutions auxquelles appartiennent les experts du panel ni les personnes consultées. Elle ne constitue en aucun cas la position officielle du MEDDTL. L'objet de la présente diffusion est de stimuler le débat et d'appeler des commentaires et critiques.

Nous souhaitons remercier vivement toutes les personnes rencontrées ou contactées dans le cadre de l'étude, pour le temps et l'attention qu'elles ont bien voulu leur accorder ainsi que celles qui ont enrichi le rapport par leur lecture et leurs commentaires.

CONTEXTE

En 2010, année internationale de la biodiversité, s'est tenue la 10e Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, qui a conduit 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 (APA).

L'APA doit être mis en œuvre au niveau des Etats. En France, l'accès et le partage des avantages est organisé dans certains territoires de l'outre-mer dotés de dispositifs locaux existants (Province Sud de Nouvelle-Calédonie) ou en cours de définition (Parc Amazonien de Guyane), mais il n'existe pas de cadre sur l'APA couvrant l'ensemble du territoire. Ce vide juridique est particulièrement sensible en outre-mer, où la biodiversité donne lieu à de nombreuses activités de recherche et de développement. Il en résulte une absence de prévisibilité et de sécurité juridique préjudiciables à ces activités et aux relations de confiance entre les acteurs concernés.

Dans ce contexte, dans lequel s'inscrivent la stratégie nationale pour la biodiversité et le plan d'action outre-mer de 2006, et dans la perspective de l'adoption du Protocole de Nagoya, le Ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement (MEDDTL), co-point focal national de l'APA avec le Ministère des affaires étrangères et européennes, a lancé en novembre 2009 un appel d'offres pour la réalisation d'une étude sur « la pertinence et la faisabilité juridique et institutionnelle d'un dispositif d'APA en outre-mer, portant sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées ». La Fondation pour la recherche sur la biodiversité (FRB), lauréate de l'appel d'offres, a proposé une approche d'expertise pluridisciplinaire et multi-acteurs afin de produire une analyse de l'ensemble des besoins et demandes exprimés.

Trois phases composaient l'étude :

1- ANALYSE BIBLIOGRAPHIQUE [1];

2- TROIS ÉTUDES DE CAS SUR SITE PORTANT SUR LA GUYANE, LA NOUVELLE-CALÉDONIE ET LA POLYNÉSIE FRANÇAISE[2];

3- PROPOSITIONS DE DISPOSITIFS D'APA POUR L'OUTRE-MER[3].

Pour coordonner ce travail, la FRB a constitué un panel de onze experts scientifiques, siégeant *intuitu personae* et aux champs de compétences complémentaires (anthropologie, biologie, droit, économie). La FRB a aussi mobilisé une centaine de porteurs d'enjeux métropolitains et ultramarins : organismes de recherche, industries, élus, services administratifs et communautés autochtones et locales, qui ont apporté leur concours à la réalisation de l'étude et auxquels les résultats et propositions ont été présentés.

1. L'analyse bibliographique correspond au volume III de l'étude.
2. La compilation des rapports de missions correspond au volume II.
3. Les propositions du panel d'experts correspondent au volume I.

ANALYSE BIBLIOGRAPHIQUE

La phase bibliographique a permis de mettre en évidence certaines caractéristiques institutionnelles et juridiques de l'outre-mer. Départements et régions d'outre-mer (DROM), collectivités d'outre-mer (COM) et Nouvelle-Calédonie en tant que collectivité *sui generis* sont concernés par les engagements internationaux pris par la France (sous réserve d'une mention expresse contraire), mais leur mise en œuvre est liée à la répartition des compétences entre l'Etat et les territoires de l'outre-mer.

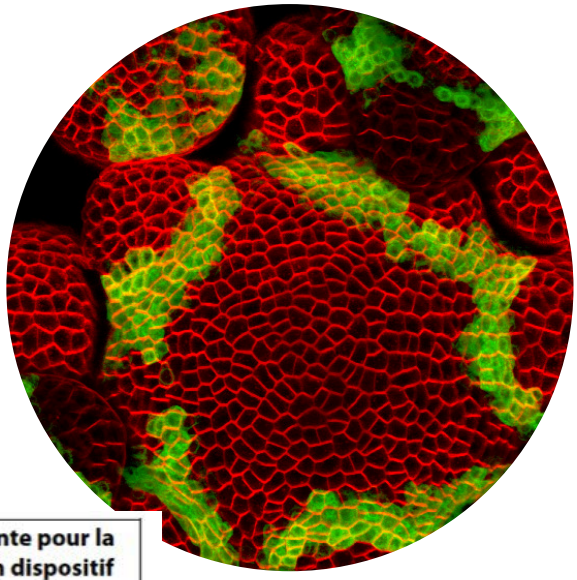
La compétence en matière d'environnement, et notamment de gestion des ressources naturelles, est déterminante pour élaborer et mettre en œuvre un dispositif d'APA. Toutefois, d'autres domaines, tels que la recherche, sont également concernés.

Tableau récapitulatif de la répartition des compétences en matière d'environnement[4]

Territoires	Loi et règlements applicables de plein droit en matière d'environnement	**Autorité compétente pour la mise en place d'un dispositif d'APA[5]**
DROM (Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion, Mayotte)	Oui (1)	**Etat**
Saint-Martin	Oui (2)	**Etat**
Saint-Pierre-et-Miquelon	Oui (3)	**Etat**
COM (Saint-Barthélemy, Polynésie française, Wallis et Futuna)	Non, sauf dispositions rendues expressément applicables pour la Polynésie française (4), Wallis et Futuna (5)	**Les collectivités d'outre-mer : Saint-Barthélemy, Polynésie française, Wallis et Futuna,** sous réserve de se référer au droit national pour l'élaboration de sanctions pénales
Nouvelle-Calédonie	Non (sauf compétence d'attribution) (6)	**Les provinces de Nouvelle-Calédonie,** sous réserve de se référer au droit national pour l'élaboration de sanctions pénales
Clipperton	Oui (7)	**Etat**
Terres Australes et Antarctiques Françaises (TAAF)	Non, sauf mention expresse à cette fin (8)	**Etat, en prévoyant une mention expresse à cette fin**

(1) Constitution du 4 octobre 1958, art.73, alinéa 1. Il est nécessaire de préciser que certaines mesures ne sont toutefois pas applicables en outre-mer : le réseau Natura 2000, par exemple, ne couvre pas les DROM. (2) Code général des collectivités territoriales, art. L.O. 6313-1. (3) Code général des collectivités territoriales, art. L.O. 6413-1. (4) Loi organique n°2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, art. 7. (5) Loi n°61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer, art.4. (6) Loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, art. 21. (7) Loi n°55-1052 du 6 août 1955 portant statut des Terres Australes et Antarctiques Françaises et de l'île de Clipperton, art. 9. (8) Loi n°55-1052 du 6 août 1955 portant statut des Terres Australes et Antarctiques Françaises et de l'île de Clipperton, art. 1-1 alinéa 1er.

Au vu de la répartition des compétences en France, l'Etat ne peut pas mettre en place un dispositif applicable dans l'ensemble de l'outre-mer. Il est compétent, et peut transférer ses pouvoirs le cas échéant, pour les cinq DROM (Guyane[6], Guadeloupe, Martinique, Réunion, Mayotte), Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon, Clipperton ainsi que les TAAF (« DROM+ »). De leur côté, la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française, Saint-Barthélemy, Wallis et Futuna peuvent adopter leur propre dispositif d'APA. C'est d'ailleurs déjà le cas pour la Province Sud de Nouvelle-Calédonie.



4. Voir tableau complet dans le volume I.
5. L'autorité compétente visée dans le tableau est à distinguer de celle qui délivre les autorisations d'accès (permis ou équivalents), au sens du Protocole de Nagoya.
6. La compétence de l'Etat dans les DROM doit tenir compte des autorités et procédures déjà prévues. En Guyane, où le principe de l'APA est prévu pour le Parc Amazonien, l'autorité compétente pour délivrer les autorisations d'accès est le conseil régional (art. L331-15-6 du code de l'environnement).

TROIS ÉTUDES DE CAS
GUYANE, NOUVELLE-CALÉDONIE POLYNÉSIE FRANÇAISE

Trois territoires de l'outre-mer ont été identifiés (Guyane, Nouvelle-Calédonie et Polynésie française) comme constituant un échantillon emblématique, mais non exhaustif, de situations observables dans l'outre-mer français.

Chacun de ces trois territoires a fait l'objet d'une étude sur site, basée sur des entretiens entre les experts du panel et des acteurs locaux concernés par l'APA (autorités administratives et politiques, chercheurs, entreprises, communautés autochtones et locales). Au cours de ces entretiens, près d'une centaine de personnes ont été invitées à s'exprimer sur leurs propres pratiques, leurs attentes et intérêts à voir adopter un cadre juridique. En métropole, des entretiens avec des porteurs d'enjeux ainsi qu'un atelier de travail avec les organismes de recherche ont été organisés. Il est ressorti des entretiens une forte demande pour la mise en place d'un dispositif d'APA.

Les **autorités administratives et politiques** de chaque territoire souhaitent disposer d'une base juridique claire pour autoriser l'accès aux ressources génétiques, puis suivre et contrôler les utilisations des ressources auxquelles elles ont permis l'accès. Elles désirent pouvoir bénéficier du partage des avantages au profit de leur territoire.

Les principaux **organismes de recherche français**[7] sont présents en outre-mer. Les chercheurs sont souvent amenés à travailler avec du matériel biologique et/ou génétique ; leurs travaux s'inscrivant généralement dans le cadre de partenariats locaux et internationaux, publics et privés. Un dispositif d'APA leur garantirait une sécurité juridique et les guiderait dans leurs démarches de demandes d'accès, notamment auprès des communautés autochtones et locales. Il leur donnerait des indications sur les modalités d'échanges dans le cadre des collections *ex situ*, comme sur la manière de prévoir et de procéder au partage des avantages, monétaires ou non monétaires. Un cadre permettrait par ailleurs d'éviter certaines accusations de « biopiraterie » (acquisition frauduleuse), en favorisant la poursuite des relations de coopération constructives avec les acteurs locaux. Les chercheurs souhaitent pouvoir poursuivre leurs activités de recherche pour la connaissance, leurs activités de conservation, de développement et de coopération, sans être contraints par un dispositif d'APA trop rigide qui y ferait obstacle. Ils ont fait part des difficultés pratiques rencontrées lorsque certaines réglementations existaient en matière d'APA (longueur et lourdeur des procédures), pouvant amener à un effet non souhaité, à savoir limiter l'investissement de la recherche et limiter la création de nouvelles connaissances.

L'activité de certaines **entreprises**, locales et étrangères, est liée à la recherche sur la biodiversité et la valorisation de certains de ses éléments. Les entreprises ont fortement exprimé un besoin de sécurité juridique pour continuer à développer leurs activités.

Les entrepreneurs peuvent avoir à fournir à leurs partenaires, parfois métropolitains, une garantie quant à la légalité de l'obtention des ressources objets de l'exploitation. Ils doivent alors prouver que l'accès aux ressources génétiques s'est fait conformément à la réglementation en vigueur. Or, une telle certification est impossible à obtenir en l'absence de cadre juridique.

7. Notamment Cirad, CNRS, Ifremer, INRA, IRD, MNHN.

Il est apparu pour les trois territoires étudiés que des « **communautés autochtones et locales** »[8] conservent des liens étroits avec leurs environnements respectifs, dont découlent des connaissances[9]. Elles voient un intérêt à un dispositif d'APA en termes de reconnaissance de leurs connaissances traditionnelles et de partage juste et équitable des avantages liés à leur utilisation.
Les études de cas ont également permis de dégager certaines spécificités, telles que la diversité de la situation juridique des communautés autochtones et locales, ou l'existence, à différents niveaux d'avancement, de dispositifs ou pratiques d'APA sur chacun des territoires[10]. Des dispositifs d'APA s'appliquent, ou sont en cours de définition, sur deux territoires, respectivement en Province Sud de Nouvelle-Calédonie et au sein du Parc amazonien de Guyane (voir encadré ci-dessous).

Dispositifs d'APA existants en outre-mer

- **Dans le Parc Amazonien de Guyane (PAG) :** Loi du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, dont le dispositif d'APA est codifié à l'article L331-15-6 du code de l'environnement : le conseil régional de Guyane est l'autorité compétente pour autoriser l'accès, après avis conforme du conseil général et consultation de l'établissement public du parc. Les modalités du dispositif restent à définir : dans l'attente des orientations sur l'APA que devrait décrire la charte du parc d'ici fin 2012 et de la définition d'un régime d'autorisation par la région et le département, un projet de code de bonne conduite a été proposé par le parc à l'attention des utilisateurs. En dehors du PAG, il n'existe pas de réglementation sur l'APA en Guyane.

- **Dans la Province Sud de Nouvelle-Calédonie :** Délibération 06-2009 du 18 février 2009 relative à la récolte et à l'exploitation des ressources biochimiques et génétiques, codifiée aux articles 311-1 et suivants du code de l'environnement de la Province Sud.

En Polynésie française, le processus de négociation d'un dispositif d'APA (projet de loi du pays de 2006) n'a pas donné lieu à l'adoption d'une loi. Cependant, des pratiques existent pour encadrer l'APA au cas par cas. Pour réaliser des recherches en Polynésie française, les chercheurs étrangers (y compris les ressortissants de l'Union européenne) doivent obtenir un protocole d'accueil des autorités locales. Ce dispositif de contrôle d'entrée et de séjour des chercheurs étrangers permet de disposer d'informations sur les projets de recherche menés localement et d'assurer un certain suivi. Il ne s'agit toutefois pas d'un dispositif d'APA en ce qu'il ne traite pas de tous ses éléments clés, tels que le partage des avantages ou le consentement préalable donné en connaissance de cause.
Par ailleurs, des conventions précisant les conditions d'accès et de partage des avantages sont parfois signées entre la Polynésie française et des utilisateurs étrangers. Les critères pour la conclusion ou non d'une convention portent notamment sur la nature de la ressource demandée (endémisme) et la probabilité que son utilisation donne lieu à des avantages.

Les entretiens et l'analyse des dispositifs et des pratiques existants ont montré quelques limites au **fonctionnement actuel** de l'APA dans les trois territoires, notamment en termes de champ d'application, d'autorité compétente, de participation des personnes concernées, de partage des avantages et enfin de suivi et de contrôle.
L'interprétation du **champ d'application** apparaît comme une difficulté majeure pour l'ensemble des acteurs, pour déterminer notamment si une activité est incluse ou non dans le dispositif, et quel facteur déclenche sa mise en œuvre (la collecte ou l'utilisation par exemple).

8. L'étude reprend l'expression « communautés autochtones et locales » de la CDB et du Protocole de Nagoya. L'emploi de cette expression ne préjuge pas du choix du terme qui pourra être retenu pour la mise en œuvre de l'APA en France.
9. De nombreux ouvrages attestent de l'existence de ces connaissances, qui référencent des usages traditionnels. Voir notamment Pétard P., Plantes utiles de Polynésie et Raau Tahiti, Haere po no Tahiti, 1986 et Association culturelle Te Reo o te Tuamotu, Naku teie Hakari : le cocotier aux Tuamotu, Editions Haere Po, 2006.
10. Les dispositifs et pratiques existants sont détaillés dans le volume II.

La **multiplicité des personnes** (autorités compétentes, personnes privées) pouvant autoriser l'accès ou accorder leur consentement préalable peut rendre les démarches des utilisateurs compliquées. Concernant les communautés autochtones et locales, leur identification n'est pas toujours évidente, au vu de leur degré de structuration notamment. En pratique, les utilisateurs ont des difficultés pour identifier les communautés concernées par leurs projets de recherche et pour respecter le processus d'autorisation (par exemple, l'existence ou non d'un représentant de la communauté). Ces difficultés rendent la participation des communautés problématique, voire impossible.

Enfin, les études de cas ont montré une **absence de consensus des acteurs sur les notions d'avantages et de partage**, source possible de tensions et d'incompréhensions. Les dispositifs existants ne donnent pas de définition de ces termes. Pour certains, la connaissance nouvelle résultant de l'utilisation d'une ressource génétique ou d'une connaissance traditionnelle est un avantage, et sa publication est le partage. Pour d'autres, l'avantage serait le produit développé à partir de cette connaissance et le partage serait un accès, gratuit ou à prix préférentiel, au produit.
Les données recueillies au cours des deux premières phases ont servi de matériaux aux travaux du panel d'experts et à l'élaboration de ses propositions pour des dispositifs d'APA en outre-mer. La réflexion des experts a également intégré les dispositions du Protocole de Nagoya sur l'APA adopté au cours de l'étude, en octobre 2010.

PROPOSITIONS POUR DES DISPOSITIFS D'APA EN OUTRE-MER

Après avoir confirmé la pertinence d'un dispositif[11] d'APA en outre-mer, le panel d'experts a défini un ensemble de propositions, parfois alternatives, autour de trois axes clés : le champ d'application ; les acteurs concernés ; les procédures d'accès et de partage des avantages et leur contrôle.
Ces axes traduisent les préoccupations des acteurs rencontrés en outre-mer et en métropole, et s'appuient sur le Protocole de Nagoya.

1- LE CHAMP D'APPLICATION

> Les ressources génétiques

Le champ d'application d'un dispositif d'APA est fondé sur celui du Protocole de Nagoya quant aux ressources génétiques et leur utilisation. Le Protocole vise les ressources génétiques entendues comme les composés génétiques (unités fonctionnelles de l'hérédité) et les composés biochimiques de la ressource génétique[12]. Les ressources génétiques humaines et celles hors juridiction nationale (haute mer) sont exclues d'un dispositif d'APA.
Certaines ressources génétiques constituent des cas particuliers. Le Protocole prévoit que les ressources génétiques couvertes par un régime d'APA spécifique n'entrent pas dans son champ d'application (art. 4-4). C'est le cas des **ressources génétiques végétales figurant à l'annexe 1 du Traité international pour les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture** (TIRPGAA), dès lors que leur usage est agricole ou alimentaire. Le Protocole prévoit également que les ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture, étant donné leur nature et leur rôle pour la sécurité alimentaire, bénéficient de considérations et de solutions spéciales dans le cadre des dispositifs d'APA (art. 8c).
Le Protocole de Nagoya n'est pas rétroactif, ce qui signifie qu'il ne couvre pas les ressources génétiques acquises avant son entrée en vigueur. Un dispositif d'APA pourrait cependant prévoir des considérations spéciales et des dispositions volontaires pour la période « grise », c'est-à-dire entre l'entrée en vigueur de la CDB et celle du Protocole, notamment pour les ressources génétiques ex situ.
Au vu de leurs enjeux particuliers, le Protocole prévoit la possibilité d'une procédure d'APA accélérée pour les ressources génétiques **pathogènes** en cas de menaces pour la santé humaine, animale et végétale (art. b).

11. Le terme « dispositif » au singulier est utilisé comme terme générique, étant entendu que selon les conclusions de l'étude, la mise en œuvre de l'APA en outre-mer devra nécessiter l'élaboration de plusieurs dispositifs.
12. Il précise ainsi l'article 2 de la CDB, selon lequel les ressources génétiques sont « le matériel génétique ayant une valeur effective ou potentielle » ; le matériel génétique étant défini comme « le matériel d'origine végétale, animale, microbienne ou autre, contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité »

Le champ d'application du Protocole est également précisé par l'**utilisation** faite des ressources génétiques. Le texte vise, mais sans les définir, les « activités de recherche et de développement »[13].
Celles-ci peuvent être entendues comme toutes les activités de recherche et de développement dès lors qu'elles portent sur des composés génétiques et/ou biochimiques (par exemple recherche fondamentale, recherche appliquée, recherche pour le développement, R&D à des fins de commercialisation, etc.).
Au regard de l'article 8a du Protocole, qui prévoit la possibilité d'une procédure simplifiée pour la recherche non commerciale, et compte tenu des risques d'interprétation de cette notion, deux options peuvent être proposées :

Une dualité de procédures entre recherche commerciale et recherche non commerciale
Certains types de recherche bénéficient d'un accès simplifié, sur la base de critères de distinction (établissement difficile)

OU

Une procédure unique pour l'ensemble des activités de recherche et de développement
Un dispositif simple et rapide assorti de mesures de suivi et de contrôle efficaces

> Les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques

Le Protocole de Nagoya porte également sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques et rappelle leurs liens d'interdépendance avec les communautés autochtones et locales.
Dans le contexte de la CDB et de son Protocole, ne sont concernées que les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, incarnées dans un mode de vie traditionnel et détenues par des communautés autochtones et locales.

En pratique, la définition même des communautés autochtones et locales et des connaissances traditionnelles associées, qui n'existe pas en droit français, peut soulever de grandes difficultés selon les territoires. De plus, un lien juridique entre les communautés et les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dont elles sont « détentrices » est nécessaire pour permettre la participation des communautés au dispositif d'APA. Or, un tel lien n'existe pas en l'état actuel du droit et reste donc à établir. Sous cette réserve, des propositions ont été formulées par le panel d'experts, visant à reconnaître un droit d'antériorité aux communautés sur ces connaissances.
Un certain nombre de connaissances traditionnelles a déjà été diffusé dans la littérature scientifique ou encore par les travaux des grandes missions d'ethnographie. Ces connaissances ne font pas partie du champ d'application du dispositif, le Protocole n'étant pas rétroactif. Il peut néanmoins être proposé, dans la mesure du possible, une information des utilisateurs sur leurs activités vers la communauté autochtone et locale détentrice de la connaissance déjà publiée et qu'ils ont utilisée.
Pour les connaissances traditionnelles associées non diffusées, deux axes de protection actuellement discutés à l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) sont retenus dans l'étude[14]:
- une protection « défensive », avec un aménagement des effets du droit de propriété intellectuelle et l'élaboration de bases de données relatives aux connaissances traditionnelles ;
- et/ou une protection « positive » par l'élaboration d'un régime sui generis, reconnaissant des droits sur ces connaissances et prenant en compte leurs spécificités.

Protection « défensive » des connaissances traditionnelles associées
Aménagement des effets du droit de propriété intellectuelle (par ex. divulgation de la source dans les demandes de brevet), constitution de bases de données sur les connaissances traditionnelles.

Protection « positive » des connaissances traditionnelles associées via un régime *sui generis*
Reconnaissance de droits sur les connaissances traditionnelles associées et prenant en compte leurs spécificités.

2- LES ACTEURS CONCERNÉS

La CDB et le Protocole visent les **fournisseurs** et les **utilisateurs** de ressources génétiques ou de connaissances traditionnelles associées. La terminologie de ces textes, reprise dans l'étude, ne doit pas être entendue dans un sens exclusivement mercantile, les relations entre les acteurs étant le plus souvent de coopération et de partenariat, notamment avec les organismes de recherche implantés localement.

13. L'article 2 du Protocole définit l'utilisation des ressources génétiques comme « les activités de recherche et de développement sur la composition génétique et/ou biochimique des ressources génétiques, notamment par l'application de la biotechnologie, conformément à la définition fournie à l'article 2 de la Convention ».

Il revient aux Etats de préciser, selon leur ordre juridique national, les personnes considérées comme utilisateurs mais surtout fournisseurs au niveau national.
Le champ du Protocole, en termes de ressources génétiques et d'utilisations visées, permet d'identifier les utilisateurs : il s'agit, selon l'étude, des chercheurs du secteur public et privé, de leurs structures et des acteurs économiques (secteurs pharmaceutique, biotechnologique, cosmétique, agroalimentaire, horticole par exemple).
L'identification des fournisseurs relève quant à elle largement de choix nationaux, en vertu du principe de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles, et du droit en vigueur. L'enjeu pour les fournisseurs est de délivrer un consentement préalable en connaissance de cause, nécessaire pour accéder aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées de l'outre-mer, et de bénéficier du partage des avantages.
En l'état actuel du droit, selon l'étude, les fournisseurs sont les personnes publiques et privées habilitées à accorder ou autoriser l'accès aux ressources génétiques, ainsi que les communautés autochtones et locales concernées au titre de leurs connaissances traditionnelles associées ou des ressources génétiques lorsque des droits explicites leur sont reconnus (cf. infra).
Les études de cas ont mis en avant les principaux défis d'un dispositif d'APA auxquels ces acteurs font face : la multiplicité et l'identification des personnes fondées à donner leur consentement, l'instauration de relations de confiance, et les capacités humaines et matérielles pour traiter les demandes d'accès.

> Autorité(s) compétente(s) et correspondants outre-mer

Selon le Protocole de Nagoya (art. 13), l'autorité compétente autorise l'accès en connaissance de cause et délivre un permis ou document équivalent attestant que les conditions d'accès et de partage des avantages ont été respectées.
Pour l'outre-mer, la désignation de l'autorité compétente doit s'insérer dans un dispositif d'APA assurant la plus grande **harmonisation des procédures** (gestion du risque de « dumping » et de création de barrières à la coopération entre collectivités, mutualisation des moyens) et les plus grandes **capacités** humaines et techniques, tout en prenant en compte les **spécificités locales**.
Selon l'étude, l'autorité compétente pourrait prendre la forme d'une **mission interservices** réunissant les services concernés ou d'un **organisme ad hoc** agissant comme guichet unique et représentant l'ensemble des parties prenantes, soit au niveau de chaque territoire, soit à un niveau centralisé s'agissant notamment des DROM+ pour lesquels l'Etat est compétent.
Le Protocole prévoit également, près de la ou des autorité(s) compétente(s), la désignation par chaque Etat d'un correspondant national chargé de fournir de l'information sur les procédures d'APA (art. 13). Au vu des particularités institutionnelles françaises, des **correspondants APA outre-mer, présents dans chaque territoire**, pourraient être désignés pour travailler en réseau avec le correspondant national. L'intérêt de la désignation de correspondants APA dans l'outre-mer est double : d'une part envisager la situation où l'autorité compétente serait centrale (dans le cas des DROM+), et d'autre part échanger avec l'ensemble de l'outre-mer, dont les COM pour lesquels l'Etat n'est pas compétent.

Une mission interservices APA au niveau territorial compétent
Services concernés par l'APA (environnement, recherche, agriculture, économie, culture, etc.), appui d'organes scientifiques existants

OU

Un organisme ad hoc au niveau territorial compétent
Indépendant, composition collégiale (tous les acteurs représentés), mutualisation des capacités, guichet unique

ET

Un réseau de correspondants APA outre-mer
Autour du correspondant national, désignation de correspondants APA dans chaque département et collectivité outre-mer, dont la fonction pourrait être cumulée avec celle de l'autorité compétente le cas échéant

14. A l'OMPI, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore a engagé des négociations pour parvenir à un accord sur le texte d'un ou plusieurs instruments juridiques internationaux garantissant une protection efficace des savoirs traditionnels et des ressources génétiques.

> Modalités de participation des communautés autochtones et locales et autres personnes concernées

Le Protocole prévoit la participation des communautés autochtones et locales dans deux cas : l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dont elles sont détentrices (art. 7) et l'accès aux ressources génétiques, dans la mesure où elles ont le droit établi par la législation nationale d'accorder cet accès (art. 6).

Des difficultés pratiques peuvent entraver la participation effective des communautés à un dispositif d'APA. D'une part, bien que mentionnées dans la loi d'orientation pour l'outre-mer de 2000, les communautés autochtones et locales ne sont pas définies en France. Il est dès lors difficile de définir précisément ce que la notion recouvre concrètement en outre-mer. Toutefois, des droits fonciers ou d'usage collectifs ont été attribués sur une base communautaire dans certains territoires[15]. D'autre part, la question de leur représentativité doit être prévue. Là encore, certains exemples de structures représentatives existent déjà : les clans et conseils d'aire en Nouvelle-Calédonie, les familles en Polynésie française, la forme associative (loi 1901) dans les DROM[16]. La solution doit être propre à chaque territoire et ne peut se faire sans une concertation et une appropriation des enjeux par les communautés autochtones et locales.

Il convient également de considérer la situation juridique des ressources génétiques en droit français : selon l'étude, celles-ci sont soumises par défaut au droit commun des biens, car elles ne bénéficient pas d'un régime spécifique en l'état actuel du droit[17]. A ce titre par exemple, actuellement les personnes titulaires de droits fonciers sont amenées à accorder l'accès à leur propriété pour y collecter les ressources, et pourraient participer au processus d'APA en tant que fournisseurs.

L'enjeu est ici d'assurer le respect des droits, notamment des droits de propriété des personnes privées, tout en mettant en place un système d'accès aux ressources génétiques.

Etant donné que l'identification des communautés autochtones et locales et des personnes privées fondées à donner leur consentement constitue un défi dans l'élaboration d'un dispositif d'APA, il est proposé par l'étude que l'autorité compétente guide les utilisateurs dans cette identification[18].

3- LA PROCÉDURE D'ACCÈS ET DE PARTAGE DES AVANTAGES ET SON CONTRÔLE

L'enjeu est à la fois de permettre aux fournisseurs de contrôler l'accès et d'avoir un suivi sur l'utilisation et le partage des avantages, et aux utilisateurs de mener à bien leurs projets, en leur garantissant un accès sécurisé et simple dans des délais raisonnables. Il s'agit de ne pas entraver les activités de recherche et de développement concourant aux objectifs de la CDB et le développement de filières économiques locales par les entreprises. Les utilisateurs comme les fournisseurs doivent être associés à l'élaboration des procédures d'APA (concertation lors de l'élaboration du dispositif et de clauses modèles contractuelles).

> Procédures d'accès

Pour obtenir une autorisation d'accès, l'utilisateur doit fournir à l'autorité compétente des éléments d'information (art. 17), pouvant contenir des clauses de confidentialité, notamment sur le projet, la nature des ressources visées, l'utilisation envisagée, l'intérêt pour la biodiversité et le territoire, ou encore les avantages attendus. Selon l'étude, la demande pourrait être évaluée selon des critères prédéfinis (par exemple, l'intérêt pour le territoire). Une fois délivrés, les permis d'accès sont enregistrés dans le Centre d'échange pour l'APA de la CDB (art. 14 du Protocole), qui deviennent alors des certificats de conformité reconnus à l'échelle internationale.

Afin que l'autorité compétente puisse suivre et contrôler l'utilisation des ressources génétiques ou des connaissances traditionnelles associées, selon l'étude, une obligation d'information de la part de l'utilisateur devrait être prévue. L'autorité compétente peut ainsi assurer un contrôle sur la base d'une obligation d'information simple (rapports d'étape) ou d'une obligation d'information préalable en cas de changement substantiel des conditions de l'utilisation (transfert à des tiers ou nouvelle utilisation non prévus, etc.). Ces éléments lui permettraient de prendre en compte les évolutions possibles d'une utilisation et de surmonter l'incertitude existante lors de la demande d'accès quant aux avantages à venir.

15. Les terres coutumières en Nouvelle-Calédonie ; les communautés d'habitants et les zones de droits d'usage en Guyane.
16. En Guyane, la forme associative existe déjà pour les concessions, cf. volume II.
17. L'étude n'aborde pas la question du statut de la ressource génétique (hors champ du cahier des charges).
18. La faisabilité de cette proposition devra être étudiée au regard du nombre de demandes d'accès à traiter et de la structure foncière.

> Réduire l'incertitude en encadrant des éléments clés du partage des avantages

Le partage des avantages est réalisé selon des conditions convenues d'un commun accord entre le fournisseur et l'utilisateur au moment de la demande d'accès. Ces conditions définissent notamment la nature des avantages et les modalités du partage.
Les utilisateurs (français, ressortissants UE et hors UE) sont soumis au partage. Les avantages peuvent être monétaires, non monétaires, immédiats ou à venir. Certaines recherches ne déboucheront jamais sur des avantages monétaires, mais cela ne signifie pas l'absence totale d'avantages (par exemple collaboration de recherche, formation, transfert de technologies). Les modalités de partage constituent par ailleurs un élément clé dans le choix du fournisseur de donner ou non son consentement à l'accès.
L'incertitude quant aux résultats et avantages à venir ne devrait pas empêcher la réalisation du projet : une information sur l'évolution du projet et les avantages générés devrait permettre de faciliter les conditions et les délais de l'autorisation d'accès.
Un dispositif d'APA pourra réduire l'incertitude en encadrant certains points clés du partage des avantages, en définissant le type d'avantages potentiels à partager et les modalités temporelles. Une liste indicative d'avantages pourrait être constituée, en reprenant l'annexe du Protocole et en laissant la possibilité de l'adapter aux situations locales d'outre-mer et aux communautés autochtones et locales.

> Mesures de suivi et de contrôle

La traçabilité et le suivi des activités de recherche et de développement sont nécessaires pour assurer le partage des avantages générés le long de la chaine d'utilisation.
Le Protocole prévoit la possibilité de désigner des points de contrôle, chargés de recueillir ou collecter de l'information pour suivre et assurer la transparence de l'utilisation des ressources génétiques (art. 17). Selon l'étude, il pourrait s'agir par exemple : des structures publiques et privées menant des activités de recherche et de développement, des structures de financement de la recherche, des structures autorisant la commercialisation de produits, ou encore des offices de propriété intellectuelle, sous réserve d'en avoir la capacité (administrative, financière, etc.). D'autres outils peuvent également être envisagés, comme une veille des travaux des activités de recherche et de développement ou la constitution d'un registre de connaissances traditionnelles consultable par les offices de brevet.

CONCLUSION

Les travaux du panel d'experts, enrichis par la rencontre dans les trois outre-mer (Guyane, Nouvelle-Calédonie et Polynésie française) et en métropole d'un grand nombre d'acteurs concernés par la mise en œuvre d'un dispositif d'APA, se sont également inscrits dans le cadre du Protocole de Nagoya sur l'APA. Si l'objectif d'un dispositif d'APA est d'organiser l'accès aux ressources génétiques et de fournir un cadre pour le partage juste et équitable des avantages en outre-mer, il doit aussi être opérationnel et ne pas entraver les activités de recherche et de développement qui concourent aux objectifs de la CDB et au développement des territoires. Des procédures d'autorisations longues et difficiles auraient des conséquences négatives aussi bien pour les utilisateurs que pour les fournisseurs de ressources génétiques et connaissances traditionnelles associées.
Cette première étude réalisée en France sur un dispositif d'APA en outre-mer montre la complexité des enjeux. Les propositions ouvrent des pistes pour l'action dont les impacts ne sont pas nécessairement prévisibles à ce stade. Aussi cette phase exploratoire nécessite une phase opérationnelle d'adaptation et de test avec tous les acteurs concernés. Ce travail peut porter sur certains points particuliers (par exemple les ressources génétiques ex situ, le statut des ressources génétiques, les modalités d'implication des communautés autochtones et locales) et doit être réalisé en associant directement les acteurs clés de l'APA dans l'outre-mer, y compris dans les collectivités hors des trois cas d'études.
Enfin, il va de soi que la faisabilité d'un tel dispositif repose sur une ambition et une volonté politique à tous les niveaux capables de mobiliser et mettre en œuvre les moyens nécessaires pour répondre à ces enjeux.