
L. CONTRAT ET VIVANT

~~Florence BELLIVIER (professeur à l'université Ouest Nanterre La Défense),
Christine NOIVILLE (directeur de recherche au CNRS, Centre
de recherche droit, sciences et techniques, université Paris I, Panthéon-
Sorbonne) et Frédéric THOMAS (UMR Patrimoines locaux (IRD-Mnhn))~~

Le protocole de Nagoya au secours des contrats d'accès à la biodiversité ¹

– Référence à compléter

Comment, vingt ans après le sommet de Rio, le protocole de Nagoya tente de redonner un souffle aux contrats de bioprospection en instituant un suivi de la mise en valeur des ressources génétiques pour mieux assurer le partage des avantages qui en découlent ?

Bioprospection ; savoirs traditionnels ; ressources génétiques ; consentement informé ; partage des avantages

En 1992, la convention sur la diversité biologique (CDB) a tenté d'instituer à l'échelle internationale un régime contractuel d'accès et de partage des avantages entre fournisseurs et utilisateurs de ressources génétiques. L'article 1 faisait du partage des avantages qui découlent de la mise en valeur des ressources génétiques et des savoirs traditionnels des communautés autochtones et locales, un des trois objectifs de la CDB ; l'article 15 précisait que l'accès aux ressources génétiques devait être soumis au consentement préalable informé de l'État pourvoyeur de la ressource et devait se faire selon des termes mutuellement convenus ; l'article 8 j encourageait enfin le respect, la préservation et la diffusion des savoirs traditionnels et le partage des avantages découlant de l'utilisation de ces savoirs avec les communautés autochtones et locales qui en sont détentrices. Ce cadre contractuel d'accès et de partage des avantages constituait un tournant important dans l'économie des ressources génétiques, jusqu'ici considérées comme un patrimoine commun de l'humanité dans lequel les industries et la recherche puisaient en général sans contrepartie², multipliant ainsi ce que les pays en développement et les organisa-

1. Ce texte est le résultat du suivi de la 10^e réunion de la conférence des parties à la convention sur la diversité biologique (COP-10) qui s'est tenue du 16 au 30 octobre 2010 à Nagoya (Japon) dans le cadre de l'Agence nationale de la recherche (ANR), programme de recherche publique BioTEK, « Nouvelles formes de socialisation du vivant dans les pays en développement » (www.bioteksuds.org), appel ANR, « Les Suds, aujourd'hui ».

2. F. Thomas, « Biodiversité, biotechnologies et savoirs traditionnels. Du patrimoine commun de l'humanité aux ABS » : Revue Tiers Monde, 2006, 188, 825-842.

tions non gouvernementales internationales dénonçaient alors être des actes de biopiraterie³.

Vingt ans plus tard, le cadre contractuel imaginé par la CDB n'a pas donné lieu à la multiplication espérée de contrats de bioprospection entre les pays en développement et les firmes multinationales des industries du vivant⁴ ; seuls 39 pays sur les 189 parties à la CDB ont établi des législations nationales sur l'accès et le partage des avantages⁵ ; les contrats de bioprospection sont rares et surtout passés avec des organismes publics⁶. Le troisième objectif de la CDB – partage juste et équitable des avantages résultant de la mise en valeur des ressources génétiques – est donc resté en panne.

Sans entrer dans l'analyse des causes de cette panne, notamment le fait que la biodiversité entre mal dans la théorie du marché⁷ ou le constat que le partage des avantages construit artificiellement les contours des communautés récipiendaires des retours sans englober la totalité des collectifs assurant la conservation de la biodiversité⁸, cette chronique examine comment le protocole de Nagoya – signé au Japon le 30 octobre 2010, lors de la 10^e conférence des parties de la CDB – espère relancer la dynamique des contrats d'accès et de partage des avantages : premièrement, en renforçant et en élargissant les mécanismes de partage des avantages de la CDB (I) ; deuxièmement, en mettant en place des dispositifs inédits de surveillance et de suivi des contrats d'accès et de partage des avantages (II) ; troisièmement, en instaurant un régime d'accès facilité pour la recherche non commerciale (III) ; et enfin, en poursuivant la mise en commensurabilité des savoirs traditionnels avec les savoirs scientifiques (IV).

I – Élargir le partage des avantages

En première lecture, le protocole de Nagoya n'ajoute pas grand-chose aux mécanismes de partage des avantages déjà prévus par la CDB. Les parties doivent mettre en place « des mécanismes dans les législations nationales qui permettent le partage des avantages de l'utilisation d'une ressource génétique avec l'État qui a fourni ladite ressource » (art. 5.1), ce que prévoyait déjà l'article 15.7 dans les mêmes termes. Elles doivent aussi prendre des mesures législatives de partage,

3. V. Shiva, *Biopiracy. The Plunder of Nature and Knowledge*. South End Press, Cambridge, 1997.

4. G. Filoche et J. Foyer, « La bioprospection au Brésil et au Mexique, un eldorado ? Entre instabilité des pratiques et permanence des représentations » : *Revue d'anthropologie des connaissances*, 2011, 5(2), 234-59.

5. M. Buck et C. Hamilton, « The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity » : *Review of European Community & International Environmental Law*, 2011, 20(1), p. 48.

6. D. Vivas-Eugui, « Bridging the Gap on Intellectual Property and Genetic Resources in WIPO's Intergovernmental Committee (IGC) » : *ICTSD Programme on Innovation, Technology and Intellectual Property*, note thématique n° 34, International Centre for Trade and Sustainable Development, Genève, janv. 2012, p. 10.

7. C. Aubertin, F. Pinton et V. Boisvert (dir.), *Les marchés de la biodiversité*, IRD Éditions, 2007.

8. C. Hayden, « Taking as Giving : Bioscience, Exchange, and the Politics of Benefit-Sharing » : *Social Studies of Science*, vol. 37, n° 5, oct., 2007, p. 729-758.

avec les populations autochtones et locales, des avantages découlant à la fois de l'utilisation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés, ce que l'article 8 j de la convention recommandait déjà.

Toutefois, la nouveauté réside dans le fait qu'avant Nagoya, le partage des avantages découlant de l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels relevait de deux articles différents entraînant des contraintes différentes pour les parties. Il y avait, d'un côté, l'obligation de partager avec l'État pourvoyeur dans le cas de l'accès aux ressources génétiques (CDB, art. 15.7) et, de l'autre, l'incitation au partage en cas d'accès aux savoirs traditionnels (CDB, art. 8 j), sans préciser avec qui devait être réalisé ce partage (les États ? les populations ?). L'article 5 du protocole de Nagoya gagne en précision. Il vient renforcer l'obligation des États de partager avec la partie pourvoyeuse les avantages découlant de l'accès aux ressources génétiques, mais surtout il renforce l'incitation à partager les avantages avec les communautés autochtones et locales, détentrices non seulement de savoirs traditionnels mais aussi de ressources génétiques.

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

- le consentement des États parties pour l'accès à « leurs » ressources génétiques ;
- celui des communautés autochtones et locales pour l'accès à « leurs » ressources génétiques ;
- celui des communautés autochtones et locales pour l'accès à « leurs » savoirs traditionnels.

Le premier a un caractère obligatoire. À défaut, tout prélèvement de ressources génétiques tombe sous la qualification de « biopiraterie ». Les deux autres, même si leur existence est conditionnée aux dispositions législatives nationales, contraignent non seulement le demandeur d'accès à obtenir le consentement des communautés quand celui-ci est nécessaire, mais aussi les administrations locales à ne pas escamoter les droits de ces dernières parce que le demandeur d'accès portera un regard extérieur nouveau sur la réelle redistribution du partage des avantages par les administrations envers les communautés autochtones et locales. Enfin, notons que le protocole de Nagoya est susceptible de faire bouger les positions les plus crispées des pays possédant une culture politique très centraliste et refusant d'accorder des droits particuliers à leurs communautés au nom du principe d'une citoyenneté unique. Du moins vise-t-il cet objectif. La France commence, par exemple,

à reconnaître en Nouvelle-Calédonie et en Guyane des droits particuliers aux « communautés locales » sur les ressources biologiques de ces territoires.

Ces obligations de partage avec les parties et ces incitations au partage avec les populations seront d'autant plus contraignantes que le protocole oblige désormais les États dont sont ressortissants les demandeurs d'accès à vérifier que l'accès à la ressource s'est bien fait en conformité avec les conditions d'accès et de partage des avantages du pays fournisseur. C'est le chapitre « conformité » du protocole qui, dès qu'a émergé l'idée de mettre en place un régime international d'accès et de partage des avantages, a constitué le véritable enjeu des négociations.

II – Surveiller la conformité de l'accès

Chaque partie doit désormais prendre des mesures afin de vérifier que les ressources génétiques exploitées sur son territoire ont été acquises en conformité avec la législation du pays fournisseur. Durant les négociations, les pays riches ont eu beau jeu d'opposer à cette exigence du suivi de l'utilisation des ressources sur leur territoire, la nécessité d'une plus grande transparence sur les conditions d'accès, faisant valoir qu'ils ne pouvaient vérifier la conformité de l'accès avec les règles du pays pourvoyeur si ces règles n'étaient pas claires. Pour sortir de cette tension entre renforcement de la transparence sur les conditions d'accès du côté du pays fournisseur et renforcement du suivi de la conformité du côté du pays de l'utilisateur, le protocole réussit à instituer une reconnaissance mutuelle des règles des pays pourvoyeurs et utilisateurs. C'est là sa plus grande réussite diplomatique.

Chaque partie s'engage à « assurer la certitude juridique, la clarté et la transparence de ses exigences » (art. 6.3). Pour cela, elle doit nommer un ou des correspondants nationaux (CN) et désigner clairement quelles sont les autorités nationales compétentes (ANC) qui délivrent le(s) consentement(s) préalable(s) informé(s) (CPI) (art. 13). Les correspondants nationaux ont pour mission de mettre à disposition des demandeurs les informations concernant les modalités d'obtention du CPI auprès des autorités nationales compétentes, et, s'il y a lieu, auprès des communautés autochtones et locales, et les informations concernant les termes mutuellement convenus exigés par les autorités nationales compétentes et, le cas échéant, par les communautés. Les autorités nationales compétentes, de leur côté, ont pour mission de répondre aux demandes d'accès en diffusant également un certain nombre d'informations aux demandeurs d'accès pour obtenir le(s) CPI et elles précisent le contenu des termes mutuellement convenus. Après examen, elles accordent ou non l'accès. Pour parfaire cette transparence, le protocole met en place le centre d'échange sur l'accès et le partage des avantages, dont la mission est de centraliser et de diffuser les informations sur les mécanismes « accès et partage des avantages » de chaque État. Il centralise donc toutes les données relatives aux contenus des CPI et des termes mutuellement convenus, aux correspondants nationaux, aux autorités nationales compétentes. Il recueille aussi les informations sur les autorités compétentes représentant les communautés autochtones et locales,

sur les clauses contractuelles modèles existantes, sur les codes de bonne conduite et les meilleures pratiques (art. 14).

Grâce à ces informations, les parties doivent être en mesure d'assurer le suivi de la conformité des procédures d'accès de leurs ressortissants à des ressources génétiques ou à des savoirs traditionnels. Elles vérifient notamment que ces derniers disposent du (des) CPI et d'un accord de partage conforme à la législation du pays fournisseur (art. 15), de même en ce qui concerne l'accès aux savoirs traditionnels (art. 16). Les parties doivent pour cela mettre en place un ou des points de contrôle (art. 17.1). Ces points de contrôle vérifient l'origine de la ressource génétique, le(s) consentement(s) préalable(s) informé(s), les termes mutuellement convenus, ainsi que l'existence éventuelle d'un certificat de conformité international auprès du centre d'échange sur l'accès et le partage des avantages. Le certificat de conformité international est en fait le permis d'accès délivré par les autorités nationales compétentes une fois transmis au centre d'échange « accès et partage des avantages » de la CDB (art. 6.3, e). Il constitue la preuve internationale que l'accès à la ressource génétique a respecté les procédures du pays fournisseur (art. 17.2). Les points de contrôle sont encore chargés de collecter toutes les informations pertinentes « à tous les stades de la recherche, du développement, de l'innovation, de la précommercialisation ou de la commercialisation » (art. 17.1, a, iv). Ils sont donc chargés de suivre la conformité de l'utilisation des ressources génétiques avec les termes du CPI et le contenu des termes mutuellement convenus au cours du processus de mise en valeur de ces ressources et, le cas échéant, d'informer les autorités compétentes et les correspondants nationaux du pays pourvoyeur de tout changement dans l'utilisation des ressources ou des savoirs, dès lors qu'un tel changement est susceptible de justifier la révision des termes mutuellement convenus (en cas de passage d'une recherche non commerciale à une application commerciale, par exemple).

On peut toutefois douter de la capacité des points de contrôle à mener un tel suivi, et ce pour de nombreuses raisons. Quel intérêt les laboratoires auront-ils à leur déclarer qu'ils ont atteint une phase de mise en valeur qui, par équité pour le pays pourvoyeur, nécessite une révision de l'accord de partage ? Comment les points de contrôle pourront-ils réclamer ce type d'information à leurs ressortissants ? Pourquoi les points de contrôle nationaux seraient-ils plus solidaires avec un pays tiers qu'avec une entreprise nationale en signalant au premier que la seconde a atteint un stade de commercialisation qui nécessite la révision des termes mutuellement convenus ? En réalité, pour que les points de contrôle mènent à bien leur mission, il faudrait que le suivi qu'ils assurent devienne, à un quelconque moment du processus d'utilisation de la ressource génétique, une véritable contrainte. À cet égard, la piste la plus sérieuse serait que les offices de propriété intellectuelle réclament le certificat de conformité international lors de tout dépôt d'une demande de brevet sur une innovation reposant sur des ressources génétiques. Rappelons que l'obligation de divulguer l'origine des ressources génétiques et biologiques au moment du dépôt d'un brevet est une question très débattue au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et de l'Organisation mondiale de la propriété

intellectuelle (OMPI). Si cette question piétine à l'OMC⁹, elle progresse fortement depuis le protocole de Nagoya au sein du comité intergouvernemental de l'OMPI sur la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, le savoir traditionnel et le folklore¹⁰. Le protocole devrait tout particulièrement permettre de lever les réserves de ce comité sur la difficulté de disposer d'une source fiable apportant la preuve de l'origine de la ressource génétique. Le certificat de conformité international pourrait constituer cette base juridique fiable puisqu'il contient des informations officielles sur l'autorité de délivrance du permis d'accès, la date de délivrance, le fournisseur de la ressource, l'entité à laquelle le certificat a été donné, le sujet et les ressources génétiques couverts par ce certificat, une confirmation qu'un accord de partage a été établi, l'utilisation à des fins commerciales et/ou non commerciales (art. 17.4). L'exigence de divulgation de l'origine au niveau des offices des brevets renforcerait en retour le pouvoir des points de contrôle dans leur mission de suivi de l'utilisation de la ressource et de contrôle de la conformité des consentements préalables informés et des termes mutuellement convenus jusqu'au stade de l'innovation. Le certificat de conformité international du protocole de Nagoya constitue donc incontestablement le premier pilier d'un pont juridique à jeter entre les mécanismes « accès et partage des avantages » de la CDB et ceux de la propriété industrielle de l'OMPI. La balle est désormais dans le camp de l'OMPI, qui doit maintenant couler le second pilier : l'exigence de divulgation de l'origine. Inclure les offices nationaux de la propriété intellectuelle au nombre des points de contrôle du protocole de Nagoya serait aussi un excellent moyen pour ces offices d'intégrer le recours systématique au certificat de conformité international dans leurs pratiques d'examen des brevets¹¹.

Le protocole de Nagoya a finalement réussi à trouver un équilibre délicat entre une meilleure transparence des procédures d'accès de la part du fournisseur et un meilleur suivi de l'usage de la ressource par le pays de l'utilisateur. Cet équilibre est beaucoup plus qu'un bon compromis, comme la plupart des commentateurs se sont d'abord contentés de l'observer ; c'est un réel succès au vu de la relative lourdeur des mécanismes administratifs à mettre en place et des nouvelles perspectives qui s'ouvrent entre la CDB et l'OMPI. On peut y voir une certaine rupture avec la philosophie initiale de la CDB dans la mesure où celle-ci imaginait naïvement qu'un marché se créerait naturellement entre pourvoyeurs de ressources et

9. L'exigence de divulgation de l'origine a émergé au début du cycle de négociations de Doha en 2002, consécutivement à l'élargissement du mandat de révision de l'article 27.3, b, de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), qui prévoit l'examen de la relation entre cet accord ADPIC et la CDB (Déclaration Doha 2001, § 19).

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

11. V. dans ce sens le projet de décision visant à renforcer le lien de complémentarité entre l'accord sur les ADPIC et la convention sur la diversité biologique, présentée à l'OMC par le Brésil, la Chine, la Colombie, l'Équateur, l'Inde, l'Indonésie, le Pérou, la Thaïlande, le groupe ACP et le groupe africain (TN/C/W/59, 19 avr. 2011), qui est le premier texte à faire un lien entre les dispositions nouvelles du protocole de Nagoya et les discussions à l'OMC autour de la révision de l'article 27.3, b. V. aussi D. Vivas-Eugui, « Bridging the Gap on Intellectual Property and Genetic Resources in WIPO's Intergovernmental Committee (IGC) », précité.

demandeurs d'accès. Vingt ans après, le protocole de Nagoya marque, au contraire, la reconnaissance que ce marché est soumis à des coûts de transaction très élevés, notamment pour créer les conditions d'une relative égalité d'information entre pourvoyeur et utilisateur de la ressource, et que c'est aux États de prendre en charge ces coûts de transaction. Néanmoins, dans cette perspective « néo-institutionnaliste », le protocole de Nagoya s'inscrit dans la continuité de la CDB puisqu'il s'agit de créer les conditions d'une négociation coasienne, préalable indispensable à la conclusion d'un contrat d'accès et de partage des avantages. En d'autres termes, Nagoya met sous oxygène la croyance essoufflée en l'existence, via le contrat, d'un marché international des ressources génétiques comme instrument de conservation de la biodiversité, et ce au moment où la troisième édition des Perspectives mondiales de la diversité biologique constate que les outils de la CDB n'ont absolument eu aucun effet pour ralentir le rythme de l'érosion de la biodiversité. Il y a là une sorte d'acharnement thérapeutique (voire d'aveuglement dogmatique) de la part de la CDB qui, pour ne pas renoncer à son paradigme marchand de la conservation de la biodiversité, s'évertue à construire, quel qu'en soit le prix, les dispositifs institutionnels qui pourraient permettre l'épanouissement de contrats d'accès et de partage des avantages.

III – Faciliter l'accès pour la recherche non commerciale

Une autre innovation importante du protocole est de prévoir un certain nombre de règles dérogatoires aux principes d'accès et de partage des avantages. Il institue à l'article 8 la notion d'« accès facilité » pour la recherche non commerciale. Cet accès facilité constitue une sorte de principe d'« exception de recherche », bien connu des spécialistes des droits de la propriété industrielle, mais qui n'existait pas jusqu'ici dans la philosophie de la CDB. Son introduction dans le protocole de Nagoya est l'aboutissement d'un travail de lobbying des instituts de recherche publique, et particulièrement du *Consortium for the Barcode of Life* (CBOL), en vue de ne pas faire du protocole une source de difficultés supplémentaires pour les chercheurs qui ont souvent besoin d'accéder facilement et rapidement aux ressources génétiques¹². À cette fin, le protocole prévoit des « mesures simplifiées d'accès pour la recherche à des fins non commerciales » (art. 8, a), ainsi que des « mesures expéditives d'accès rapide aux ressources génétiques » en cas d'urgence sanitaire (humaine, animale ou végétale) (art. 8, b). La notion de « non-interférence » du protocole de Nagoya avec les règles des organisations internationales spécialisées comme l'Organisation mondiale de la santé, l'Organisation mondiale pour la santé

12. CBOL est un consortium financé par l'*Alfred P. Sloan Foundation* qui regroupe 200 organisations de plus de 50 pays. À la suite de la 9^e réunion de la conférence des parties à la convention sur la diversité biologique (COP-9) de Bonn de mai 2007, CBOL a organisé un atelier intitulé « La recherche non commerciale et les APA », au cours duquel les institutions publiques ont exprimé leurs craintes que le futur régime international d'accès et de partage des ressources génétiques ne fasse aucune différence dans le traitement des demandes d'accès des taxonomistes, des écologues, des biologistes, pour de la recherche de base, et celles des bioprospecteurs des industries pharmaceutiques et des multinationales de l'agrochimie.

animale et la convention internationale sur la protection des végétaux (art. 4.4), élargit ce principe d'accès facilité, particulièrement pour les pathogènes humains.

L'introduction de ce principe d'exception de recherche dans le paysage de la CDB soulève toutefois beaucoup d'interrogations. S'il s'est imposé principalement pour des questions de bon sens, l'article 8 le pose en des termes trop généraux, qui ne précisent pas ce que signifie « accès facilité » par rapport aux mécanismes d'accès et de partage des avantages et ne définissent pas ce qu'est la recherche non commerciale. Doit-on comprendre qu'à des fins non commerciales, un chercheur pourra accéder aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels en dérogeant purement et simplement aux règles d'obtention des différents types de consentement préalable informé et en s'abstenant de rédiger les termes mutuellement convenus avec les ayants droit ? Comment distinguera-t-on la recherche non commerciale de celle qui l'est ? La sociologie de l'innovation a montré que les processus d'innovation ne suivent pas une trajectoire linéaire qui conduit de la recherche fondamentale jusqu'à la commercialisation, mais passent par de nombreuses boucles de rétroaction intégrant les savoirs des usagers dans le processus de recherche, ce qui ne permet plus guère de séparer la recherche fondamentale et appliquée¹³. Le couplage entre la recherche publique et les filières privées dans le cadre de consortiums public-privé, où le savoir est partagé entre les partenaires, rend de plus illusoire la séparation entre recherche marchande et recherche non marchande, particulièrement dans le domaine des sciences de la vie et des biotechnologies¹⁴. Réflexifs, les chercheurs membres du CBOL auraient pu trouver dans leur propre assemblée la preuve que leur conception d'une démarcation simple entre commercial et non commercial n'a rien d'évidente¹⁵.

À lire les recommandations et les codes de bonnes pratiques des instituts publics de recherche, reconnaissant à la fois le principe éthique du partage des avantages tout en militant en faveur du principe d'accès facilité pour la recherche non commerciale, on comprend que la recherche publique entend produire ses propres normes éthiques d'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels. On trouve ainsi sur le site du *Kew Garden* britannique les grands principes auxquels adhèrent vingt-deux jardins botaniques « pour un accès éthique et une utilisation éthique des ressources génétiques végétales »¹⁶. L'Académie suisse des sciences naturelles a également édité un vade-mecum des « Bonnes pratiques de la recherche académique sur les ressources génétiques », ainsi qu'une très belle brochure pour guider les chercheurs dans les étapes importantes d'accès rapide aux ressources génétiques

13. M. Callon, C. Méadel et V. Rabeharisoa, « L'économie des qualités » : Politix, 2000, vol. 13, n° 52, 211-213 ; E. von Hippel, *Democratizing Innovation*, MIT Press, 2005.

14. C. Bonneuil et F. Thomas, *Gènes, pouvoirs et profits. Recherche publique et transformations des régimes de production des savoirs et des innovations en génétique végétale de Mendel aux OGM*, Éditions Quae, 2009.

15. Les organisations regroupées dans ce consortium sont loin d'être toutes des instituts publics, à côté du *Kew Garden* pour le Royaume-Uni, du Muséum national d'histoire naturelle pour la France, de la Fondation pour la recherche pour l'Allemagne, de l'Office fédéral pour l'environnement pour la Suisse, du *Smithsonian Institute* pour les États-Unis, on trouve aussi d'autres consortiums public-privé comme *Diversitas*, *European Distributed Institute of Taxonomy* (EDIT), ou encore des programmes régionaux comme *Moorea Biocode Project*.

16. <http://www.kew.org/conservation/principles.html>.

pour la recherche non commerciale¹⁷. De même, la Fondation allemande pour la recherche a publié des orientations pour les projets de recherche entrant dans le champ d'application de la CDB¹⁸. Cette soft et self-gouvernance de l'accès aux ressources reproduit souvent à peu près les mêmes principes :

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

- s'il y a, au cours du temps, passage d'un stade non commercial de recherche à un stade commercial, il est toujours possible de réviser les termes de l'accord mutuel de partage ;

- les résultats de la recherche non commerciale tombant le plus souvent dans le domaine public, les résultats sont directement partagés et donc constituent le partage juste et équitable résultant de l'accès à la ressource ;

- pour éviter des appropriations des connaissances du domaine public par le secteur privé commercial, il suffit de mobiliser plus systématiquement des instruments comme les licences *Creative Commons* ou insérer dans les accords de transfert de matériel des clauses empêchant des appropriations illégitimes de matériel ou de connaissances.

En laissant à l'appréciation des États le soin de décider ce qui est ou ce qui n'est pas commercial, le principe d'accès facilité en matière d'accès et de partage des avantages va donc, on le voit, engendrer une multitude de régimes dérogatoires. Le protocole de Nagoya ne débouchera dès lors sans doute pas sur la mise en place d'un régime international clair et unifié d'accès aux ressources et de partage des avantages qui en découlent, comme initialement recherché. Sachant que l'immense majorité des contrats de bioprospection passés depuis vingt ans dans le cadre des mécanismes « accès et partage des avantages » de la CDB concernent principalement la recherche publique, il devient légitime de se demander si, par cet article 8, le protocole de Nagoya ne s'est tout simplement pas « tiré une balle dans le pied ». On peut, pour finir, s'étonner que la recherche publique, qui devrait être exemplaire en matière de partage des avantages, cherche à s'abstraire de ce principe qui constitue pourtant un alternative sérieuse au principe du don gratuit qui ne fonctionne plus dans un contexte où la science privatise les résultats de ces dons¹⁹.

IV – Poursuivre la mise en commensurabilité des savoirs traditionnels

Le dernier point qu'il est utile de commenter est la poursuite et le renforcement de l'approche relativement postmoderne que la CDB institue entre savoirs scientifiques et savoirs traditionnels. Parce que la CDB est devenue l'arène privilégiée pour

17. <http://abs.scnat.ch>.

18. http://www.dfg.de/forschungsfoerderung/forumulare.download/1_021e.rtf.

19. C. Hayden, « Taking as Giving : Bioscience, Exchange, and the Politics of Benefit-Sharing », précité.

que les conceptions non occidentales de la nature s'expriment en vue de les faire participer à la conservation de la biodiversité, la coupure ontologique moderne plaçant, d'un côté, les sciences qui produiraient une nature objectivée, et de l'autre, les savoirs traditionnels qui produiraient des cosmographies dans lesquelles la culture se mêle à la nature, se brouille. Le protocole de Nagoya et le code éthique de Tkarihwaïé :ri (autre résultat notable de la conférence de Nagoya) poursuivent et renforcent cette conception postmoderne de l'environnement en affirmant hautement que les savoirs traditionnels peuvent coopérer à égalité avec les savoirs scientifiques à l'objectif de conservation de la biodiversité.

Le Code de conduite éthique Tkarihwaïé :ri, qui a pour objectif d'assurer le respect des patrimoines culturels et intellectuels des communautés autochtones et locales relatifs à la conservation et à l'utilisation durable de la biodiversité, affirme dans son préambule que « le respect des connaissances traditionnelles nécessite que leur soit attribuée la même valeur qu'aux connaissances scientifiques occidentales et qu'elles soient jugées complémentaires de ces dernières, et que ce principe est essentiel à la promotion du respect intégral du patrimoine culturel et intellectuel des communautés autochtones et locales présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique ». Le point 12 de ce code mentionne encore « *a plurality of existing knowledge systems* »²⁰ et affirme qu'il est « hautement souhaitable que les personnes qui entretiennent des relations avec les communautés autochtones et locales respectent l'intégrité, la moralité et la spiritualité des cultures, des traditions et des relations des communautés autochtones et locales, et évitent d'imposer des concepts, des normes et des jugements de valeur dans le dialogue entre les cultures. Le respect du patrimoine culturel, des sites cérémoniaux et sacrés, des espèces sacrées et des connaissances secrètes et sacrées mérite une attention particulière dans toute activité/interaction. » Le code de conduite énumère ensuite les acteurs avec lesquels les communautés autochtones et locales peuvent avoir des conflits d'usage sur les ressources, parmi lesquels on trouve les chercheurs, les industriels, mais aussi les administrations locales, les ministères, etc., autant d'acteurs que le code invite à ne pas imposer leurs représentations des usages légitimes de la nature contre celles des communautés autochtones et locales, qui doivent être traitées avec considération.

Bien sûr, un code éthique n'est pas contraignant, et l'on peut considérer que cette reconnaissance de l'efficacité des savoirs traditionnels en matière de gestion de l'environnement et le respect qui en résulte restent symboliques. On peut inversement y voir le socle philosophique d'une sortie du pilotage des biens publics mondiaux par la science et le marché pour y substituer un pluralisme épistémique. Le protocole de Nagoya, qui, lui, est contraignant, reprend du reste dans son article 12 ce positionnement ; il demande aux parties (certes selon les dispositions de leur droit national) de tenir compte du droit coutumier des communautés autochtones et locales, de garantir si possible ces droits coutumiers sur les ressources et les savoirs traditionnels, d'informer les demandeurs d'accès sur leurs obligations

20. Nous prenons la version anglaise, car la traduction française : « pluralité de bassins de connaissances », écrase l'idée de systèmes de connaissance par celle d'aires culturelles qui ne vaut pas grand-chose du point de vue de la philosophie et de l'histoire des sciences.

relativement à ces droits coutumiers. Cet article encourage encore les parties à écrire avec la participation des communautés autochtones et locales leur protocole communautaire d'accès aux savoirs traditionnels, les conditions minimales de négociation, voire des clauses contractuelles modèles sur ces conditions d'accès.

Il reste toutefois à éviter de tomber dans un irénisme béat abolissant toutes les dissymétries de pouvoir qui perdurent par-delà ce positionnement postmoderne et à ne pas esquiver la nécessité d'interroger la signification de la résurgence d'un certain vocabulaire colonial (indigènes, droits coutumiers, mise en valeur, etc.). Les études postcoloniales des sciences peuvent y aider²¹. Elles ont montré que l'attitude des pouvoirs coloniaux à l'égard des savoirs locaux a été à la fois annexionniste, les sciences coloniales étant le plus souvent la reformulation des connaissances locales dans les formes des savoirs scientifiques occidentaux, et disqualifiante, les formes de la scientificité occidentale consistant précisément à expurger les traces indigènes des sciences coloniales en naturalisant leurs contenus²². La mise en commensurabilité des savoirs traditionnels avec les savoirs des technosciences du vivant produit aussi de nombreuses annexions disqualifiantes des savoirs traditionnels environnementaux par le capitalisme cognitif des sciences du vivant²³. Les résistances toujours fortes des pays développés à mettre en place l'exigence de divulgation de l'origine d'une ressource au moment d'une demande de brevets et la drôle d'exception de partage des avantages réclamée par la recherche publique disent bien le chemin qui reste à accomplir pour passer du partage des savoirs au partage des avantages.

*

**

Au fond, le problème que pose la CDB en tentant d'instituer des équilibres entre les droits des populations sur leurs ressources locales et ceux des sciences et des industries, est celui que Lord Lugard a formulé dans son ouvrage *The Dual Mandate*. Lugard soutenait : « Les tropiques sont l'héritage du genre humain, ni, d'un côté, le pouvoir suzerain n'a le droit de s'arroger l'exclusivité de leur exploitation, ni, de l'autre, les races locales n'ont le droit de refuser leurs dons à ceux qui en ont besoin »²⁴. La théorie du « double mandat » s'inscrit certes dans une tradition juridique surannée, le « droit des gens », qui n'est plus de mise, mais *mutatis mutandis*, en remplaçant « tropique » par « biodiversité », « suzerain » par « État » et « races » par « communautés », on passe du contexte colonial à celui globalisé du biocapitalisme contemporain dans lequel la raison de la CDB relève bien de la théorie du « double mandat » puisqu'elle tente de gouverner deux formes *a priori*

21. V. not. P. Petitjean, C. Jami et A.-M. Moulin (dir.), *Science and Empires*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992.

22. F. Thomas, « Protection des forêts et environnementalisme coloniale : Indochine 1860-1945 » : *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2009, 56 (4), 104-136.

23. Sur le nouvel esprit du capitalisme absorbant les savoirs subalternes et la notion de « capitalisme cognitif », v. L. Boltanski et E. Chiapello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, 1999, et Y. Moulier Boutang, *Le capitalisme cognitif. La Nouvelle Grande Transformation*, Éditions Amsterdam, coll. Multitudes/Idees, 2008.

24. F. Lugard, *The Dual Mandate in British Tropical Africa*, Frank Cass & Co. Ltd., Londres, 1922, rééd. 1965, 643 p.

légitimes d'exploitation de la nature, celle de la technoscience des États et des industries et celle des usages locaux. Le miroir colonial est d'autant plus saisissant que, dès 1922, Lugard solutionne la concurrence entre ces deux formes légitimes d'usage de la nature en plaçant la question de l'accès au centre de ses réflexions : les populations locales n'ont pas le droit de fermer l'accès à leurs ressources, en retour le droit à l'accès ne doit pas conduire à s'arroger l'exclusivité des ressources. Près d'un siècle plus tard, tandis que les souverainetés nationales et les droits des autochtones sur leurs ressources semblent mieux assurés que pendant la période coloniale, mais que la propriété industrielle sur le vivant reconstruit de nouvelles formes d'exclusivisme et d'impérialisme, ordonner la concurrence du global sur le local et garantir les droits du plus grand nombre contre les titres de quelques-uns constitue plus que jamais l'enjeu central du droit international de la biodiversité s'il veut se donner une petite chance de produire une éthique environnementale globale. Le contrat entre deux parties également informées et librement consentantes ne saurait d'évidence relever à lui seul la globalité du problème et des politiques juridiques sont nécessaires pour les encadrer²⁵. Par le protocole de Nagoya, la CDB commence à en prendre acte.

Frédéric THOMAS

25. F. Bellivier et C. Noiville, *Traité des contrats, Contrats et vivant. Le droit de la circulation des ressources biologiques*, LGDJ, 2006, 321 p.