

"Même le meilleur argument en faveur du bilatéralisme confirme la nécessité d'un Mécanisme multilatéral mondial de partage des avantages, un terrain d'entente sur une « ouverture limitée à l'information naturelle » comme modalité pour l'APA"

En réponse à la NOTIFICATION relative à la soumission de points de vue et d'informations suite aux décisions NP-3/13 sur l'article 10 du Protocole de Nagoya
(SCBD / NPU / DC / VN / KG / RKi / 87805)

28 juin 2019

Soumission simultanée en anglais, français, portugais et espagnol
Traduit en français par Nicolas Pauchard

Société péruvienne de droit de l'environnement / Sociedad Peruana de Derecho Ambiental
Collaborateurs: Joseph Henry Vogel, Manuel Ruiz Muller, Klaus Angerer et Nicolas Pauchard¹
Licence Creative Commons (CC) par SPDA 2019

Partie I. Introduction:

La nécessité qu'un mécanisme multilatéral mondial de partage des avantages (MMMPA) soit mis en place est presque absolue. Il convient à tous les cas d'utilisation d'une ressource génétique où des droits de propriété intellectuelle obtenus sur la valeur ajoutée à cette ressource se sont révélés être un succès commercial. C'est la notion de « juste et équitable » qui qualifie les termes d'« accès » et de « partage des avantages » (APA) dans l'article 1. (« Objectifs ») de la Convention sur la diversité biologique (CDB) qui rend ce mécanisme nécessaire. Ce besoin, le Protocole de Nagoya (PN) le réaffirme à environ 25 reprises. La justice et l'équité commencent par une égalité de traitement. En termes réductionnistes, la valeur ajoutée à une ressource génétique est une information artificielle, tandis que la ressource elle-même est une information naturelle. Alors que les DPI permettent aux détenteurs d'informations artificielles de bénéficier de « rentes économiques »², la CDB ne confère aucun privilège équivalent aux détenteurs d'informations naturelles. Le prix des ressources génétiques s'effondre lorsque les Utilisateurs comparent l'offre qui leur proposée

¹ Affiliation de chacun dans l'ordre de collaboration : Université de Porto Rico-Rio Piedras; Justus-Liebig-Universität Gießen; Société péruvienne de droit de l'environnement; Université de Lausanne. E-mail : josephvogel@usa.net

² La rente économique est la différence entre le prix payé et ce qui aurait été payé si le marché avait été concurrentiel. Par conséquent, les revenus varient proportionnellement au pouvoir monopolistique de les extraire. Les droits de propriété intellectuelle justifient ce pouvoir en tant que moyen de récupérer les coûts fixes de l'innovation. De même, les coûts d'opportunité de la conservation des habitats sont immenses, tandis que les coûts de prélèvement d'échantillons sont négligeables.

par les Fournisseurs d'une même ressource. Le Brésil illustre parfaitement ce niveling par le bas. Une disposition légale y fixe le pourcentage des redevances à 0,1%³. Ces proportions comptent. Des redevances insignifiantes empêchent de facto la réalisation du troisième objectif de la CDB, autrement dit, l'APA, entravant du même coup les deux premiers, respectivement, la conservation et l'utilisation durable.

Pour explorer « la nécessité d'un MMMPA » en lieu et place du modèle bilatéral, on peut, par exemple, analyser ce qui constituerait le cas le plus favorable pour le bilatéralisme. Si, en pareil cas, la nécessité persiste, elle n'en serait que plus absolue pour tous les autres! L'endémisme est le seul scénario envisageable pour lequel des Fournisseurs concurrents ne peuvent s'engager dans une guerre des prix mutuelle. Identifier un tel cas de bioprospection d'une d'espèce endémique se révèle néanmoins difficile. Les travaux de Paul Oldham montrent que la plupart des espèces obtenues à travers des activités de bioprospection sont, au contraire, cosmopolites⁴. Même pour les rares cas qui concernent des espèces endémiques, le principe actif qui est l'objet de la bioprospection peut, en réalité, être diffusé au sein d'autres taxons, qui appartiennent à des espèces transfrontalières. Ainsi, le meilleur cas pour le bilatéralisme est celui pour lequel ce principe actif, et non pas nécessairement l'espèce, se trouve dans un seul et unique Etat partie. La grenouilles à flèches empoisonnées (*Epipedobates anthonyi*), qui a fait l'objet de nombreuses études, répond à ce critère. La deuxième partie montre que même dans ce cas, le plus favorable pour le bilatéralisme, la nécessité d'un MMMPA se confirme, sans équivoque⁵.

Pour penser de manière abstraite, il faut identifier l'objet de l'accès de manière abstraite. La troisième partie explore le phénomène qui répond au qualificatif générique d'« information de séquençage numérique sur les ressources génétiques » (ISN), puis analyse une communication conjointe de griefs à l'encontre de l'élargissement de la portée des obligations en matière d'ABS. Les avis sur ces objections se partagent selon le clivage habituel entre Utilisateurs et Fournisseurs. L'« ouverture limitée » comme modalité d'un MMMPA offre un terrain d'entente susceptibles de les réconcilier. La quatrième partie met en évidence les éléments juridiques du MMMPA tirés du projet de loi proposé par les auteurs. La cinquième et dernière partie s'achève par la recommandation faite aux Parties à la CDB et au PN de considérer la littérature pertinente, qui propose une solution non seulement juste et équitable, mais aussi efficace.

³ Brésil: Loi. 13.123 du 20 mai de 2015, article 20, <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/br/br161pt.pdf>. Voir aussi M. Brown, « La nouvelle loi brésilienne sur le patrimoine génétique donne un an aux entreprises pour rendre compte de leurs activités passées ayant utilisé le patrimoine brésilien » (7 décembre 2017), <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3f8fb766-b4f0-437d-80ee-ae2ee742f360>

⁴ Voir par exemple Paul Oldham, Hall, Stephen y Forero, Oscar, “Biological Diversity in the Patent System” PlosOne (2013), <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0078737>

⁵ Le cas montre également comment le raisonnement économique devrait remplacer l'appel continu à des études de cas. Les études de cas sur l'ABS, menées depuis 25 ans et toujours dans l'espoir de trouver la norme, sont devenues une tâche de Sisyphe.

Deuxième partie: La grenouilles à flèches empoisonnées (*Epipedobates anthonyi*)

L' « Étude de cas 1: *Epipedobates anthonyi* sous un régime d'ouverture limitée »⁶ est un scénario contrefactuel de ce qui est, apparemment, l'exemple le mieux adapté au régime ABS bilatéral. Étant donné que les événements se sont déroulés avant l'entrée en vigueur de la CDB, en 1993, il s'agit d'une expérience de pensée, très parlante, de ce qui aurait pu se produire. Comment le mécanisme de l'APA s'y serait appliqué si les événements s'étaient produits après 1993?

Angerer commence par résumer le cas :

L'épibatidine, un alcaloïde, a d'abord été isolé des sécrétions d'*E.Anthonyi*, une espèce de grenouille endémique du sud-ouest de l'Équateur et du nord du Pérou. Cette découverte a été considérée comme une contribution décisive à la recherche pharmaceutique et comme « une première étape potentielle vers la production d'un médicament très recherché: un puissant analgésique non sédatif et non opioïde » (Bradley 1993: p.1117). Dans les années 1990, des activités de recherche et de développement sur les propriétés ces grenouilles miniatures ont fait l'objet de nombreuses publications dans les journaux scientifiques traitant de la bioprospection. Dans *L'avenir de la vie*, E.O. Wilson a célébré cette découverte, comme un exemple de l'énorme valeur potentielle de la biodiversité, tandis que les ONG l'ont condamnée comme un exemple flagrant de biopiraterie et d'une « invasion de voleurs de grenouilles » (Saavedra 1999) (Angerer, 2018, p.101).

E. anthonyi étant présent en Équateur et au Pérou, on peut se demander si ce cas correspond ou non à celui d'un fournisseur unique. Est-ce que chacun des deux pays aurait pu s'engager dans une enchère inversée – un nivellement du prix par le bas? La réponse est négative car le principal composant actif n'a pas été détecté dans les populations du Pérou ni, de manière surprenante, en Équateur lors de visites ultérieures, sur le terrain .

Comme chez la plupart des grenouilles venimeuses, les toxines sécrétées par *E. anthonyi* se constituent à partir de son approvisionnement alimentaire, ce qui conduit à des profils variables d'alcaloïdes, au travers des différentes populations de la même espèce. La source alimentaire qui permet à la grenouille de produire l'épibatidine n'a pas encore été identifiée, mais elle pourrait probablement se trouver parmi les arthropodes tels que les fourmis ou les acariens, susceptibles d'accumuler des toxines

⁶ Aux pages 101-112, dans Manuel Ruiz Muller, *Recursos genéticos como información natural: Implicaciones para el Convenio de la Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya*, 2e édition, Lima: SwissAid, 2018 ou Manuel Ruiz Muller, *Genetic Resources as Natural Information: Implications for the Convention on Biological Diversity and Nagoya Protocol* (London: Routledge, 2015).

d'origine végétale (Saporito et al 2012: p.164). Malgré plusieurs excursions effectuées pendant plus de dix ans, certaines sur les exactes mêmes sites, les chercheurs n'ont détecté des quantités importantes d'épibatidine qu'à deux reprises. Qu'est ce que peut nous apprendre une telle pénurie? Des conditions propres à l'environnement naturel locale, qui ne persistent pas dans le temps, sont peut-être essentielles à la découverte. Dans le cas de l'épibatidine, l'alcaloïde reflète les proies disponibles pour des populations spécifiques de grenouilles, à un moment donné. En termes d'économie de l'information, Daly avait eu accès à des informations naturelles éphémères. La conséquence, pour l'élaboration des politiques ABS est importante: les coûts de transaction, pour la collecte, doivent être minimisés, car l'objet de valeur a peut être disparu et cela même si la population concernée a quant à elle survécu (Angerer 2018, p.108).

Bien qu'il soit apparu, ex post facto, que l'Équateur était finalement le seul fournisseur possible du principe actif, l'expérience de pensée ne permet pas de conclure qu'un accord bilatéral aurait été possible. Selon toute vraisemblance, le temps perdu aurait eu pour conséquence que les chercheurs auraient manqué la fenêtre de temps dont il disposait. De même, l'exigence du consentement préalable en connaissance de cause aurait probablement rendu impossible l'identification de l'espèce d'intérêt, en premier lieu :

... les scientifiques utilisent souvent une méthode empirique pour identifier des spécimens intéressants - dans le cas d'*E. anthonyi*, ce fut par contact et dégustation de grenouilles sur le terrain - sans savoir exactement quelle espèce ils vont collecter avant qu'ils commencent à prélever des spécimens (Gillis 2002; Myers et al., 1978: p. 339) (Angerer 2018, p.107)

Bien que les utilisateurs sur le terrain puissent avoir besoin d'une carte blanche pour collecter des espèces qui ne sont pas menacées de disparition, les conseillers juridiques des fournisseurs répugneront à ce type d'arrangement. Mais même si ces obstacles relatifs au manque de temps et à l'obtention d'une carte blanche avaient été surmontés, une troisième difficulté se serait posée, à savoir l'incertitude autour de la valeur marchande:

Avant les rapports sur l'épibatidine, il y avait peu d'espoir quant à la valeur économique des grenouilles toxiques; après les reportages, des attentes élevées ont été exprimées, mais sur la base de perceptions erronées (Angerer 2018, p.108-109).

Pour les fervents partisans du modèle ABS bilatéral, que (1) le manque de temps, (2) le refus d'une carte blanche et (3) les attentes imprécises quant à la valeur du marché, ne perturbent pas, un dernier obstacle jette encore une ombre au tableau : (4) la psychologie de la négociation. L'utilisateur mettra le fournisseur au défi, pour vérifier s'il est réellement en position d'exiger une part des avantages. Les multinationales qui figurent dans le top 100 du magazine Fortune (par exemple, Abbott Laboratories, Pfizer, Inc. et Merck, Inc.) auront plus d'avocats spécialistes des brevets et de détenteurs de MBA à leur disposition que n'en

disposent des pays entiers, tels que l'Équateur et tant d'autres. Le spectre de la « recherche de la juridiction la plus favorable » (en anglais jurisdiction shopping)⁷ surviendra alors nécessairement. On se figure aisément un Directeur du développement pencher la tête pour préciser que : « S'il est vrai que le principe actif peut bien être endémique, plusieurs voies permettre d'obtenir la même fonction, c'est pourquoi » Dans le cas d'E. anthonyi:

... Le programme consacré aux alcaloïdes des grenouilles du *[N]ational [I]nstitute of [H]ealth* aura, finalement, un portée mondiale ... il n'est pas étonnant, dès lors, que le groupe de Daly ait préféré utiliser des espèces facilement accessibles et a déclaré, en toute franchise: « La recherche a été rendue difficile par l'obtention d'autorisations de collecte d'amphibiens aux fins d'investigation scientifique, en particulier dans les pays tropicaux d'Amérique centrale et d'Amérique du Sud, où se trouvent des grenouilles dendrobatides productrices d'alcaloïde. Pour cette raison, au cours de la dernière décennie, notre recherche s'est orientée sur les grenouilles bufonidés d'Argentine et les grenouilles mantellées de Madagascar (Dalu 2003, p. 449) (Angerer 2015, p. 102).

Si les quatre obstacles mentionnés ne suffiraient pas à montrer qu'aucune des hypothèses ne peut être couverte par l'approche bilatérale établie dans le Protocole de Nagoya, les Parties devraient en envisager une cinquième: celle d'un Etat qui n'est pas une Partie contractante. Les échantillons obtenus par un accès non autorisé (c'est à dire de la biopiraterie) dans l'une des 196 Parties sont considérés comme une *res nullius* aux États-Unis⁸. Le cas de la grenouille vénéneuse l'illustre. L'épibatidine a été isolée à Bethesda, Maryland, en 1992, soit durant la même année où le 40e président des États-Unis, George H.W. Bush, a refusé de signer la CDB⁹. Bien que le quarante et unième président, William Jefferson Clinton, l'ait signé le 4 juin 1994, la ratification du traité a ensuite été immédiatement bloquée. La résolution 239 adoptée par le Sénat, le 11 juillet 1994 a émis de nombreuses réserves quant à toute ratification future¹⁰. Au fil des ans, ses préoccupations se sont faites plus larges et plus fortes, si bien que les États-Unis jouissent maintenant d'un avantage très considérable en matière de R&D, du fait qu'ils ne sont pas une Partie contractante.

⁷ Société péruvienne de droit de l'environnement, “Lawful Avoidance of ABS: Jurisdiction Shopping and Selection of non-Genetic-Material Media for Transmission”. In response to “Proposals for new and emerging issues for SBSTTA-21 and COP-14” (SCBD/OIC/DC/RH/84326) (2017), <https://www.cbd.int/doc/emerging-issues/SPDA-submission2017-05-en.pdf>

⁸ Voir la décision de la Cour suprême de Californie, *Moore v. Regents of the University of California* (9 juillet 1990), <https://caselaw.findlaw.com/ca-supreme-court/1774382.html>

⁹ Robert F. Blomquist, “Ratification Resisted: Understanding America's Response to the Convention on Biological Diversity, 1989-2002”. 32 *Golden Gate U. L. Rev.* (2002), <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1844&context=gkulrev>

¹⁰ Voir 103rd Congress 2nd Session (11 July 1994), <https://www.govinfo.gov/content/pkg/BILLS-103sres239pcs/html/BILLS-103sres239pcs.htm>

Dans la mesure où une écrasante majorité des ressources sont transfrontalières, un MMMPA satisferait les revendications du groupe de Parties lésées et non pas celle d'une seule Partie contractante. Ces revendications rendraient possibles des redevances (des rentes économiques) et non pas, comme dans le cas du Brésil, un pourcentage de 0,1% sur le produit des ventes via un régime essentiellement bilatéral.

Enfin, un élément supplémentaire, dans le cas d'*E. anthonyi* réaffirme également la nécessité d'un MMMPA:

Au cours des années 1990, les laboratoires Abbott avaient déjà investi plusieurs années de recherche sur les agonistes récepteur nicotinique de l'acétylcholine (nAChR), la classe de substance à laquelle l'épibatidine appartient (Arneric et al., 2007: p.1094). Bien que le programme de recherche ait accouche d'un candidat au potentiel clinique, aucun progrès significatif n'avait été réalisé avant que l'épibatidine ne soit connue. Un scientifique d'Abbott explique comment, en lisant un rapport dans *Science*, "il a immédiatement reconnu que des NECs d'Abbott [les nouvelles entités chimiques], en cours de développement, présentaient des structures similaires étaient" (Arneric et al., 2007: p.1097).

L'objet de l'accès pour les laboratoires Abbott n'était pas du matériel biologique mais une structure moléculaire transmise par impression (via le rapport dans *Science*) et les informations obtenues n'étaient pas une séquence et même pas transmises numériquement.

Partie III: Le phénomène pour l'instant désigné par la notion d'« information de séquençage numérique » (DSI, pour *Digital Sequence Information*)

Un consensus peut parfois émerger rapidement. Les participants à la réunion du Groupe ad hoc d'experts techniques sur les informations de séquence numérique sur les ressources génétiques (AHTEG) (13-16 février 2018, Montréal) ont estimé que le terme d'« information de séquençage numérique » (DSI) n'est pas approprié pour désigner les [types d'informations sur les ressources génétiques susceptibles de présenter un intérêt pour les trois objectifs de la Convention et ceux du Protocole de Nagoya]¹¹. De même: «... de l'avis général, le terme numérique ne désigne que la méthode de stockage et de transmission de l'information et de nouvelles formes alternatives de stockage ou de transmission pourraient soulever des questions analogues »¹².

¹¹ UNCBD, Report of the ad hoc Technical Expert Group on Digital Sequence Information on Genetic Resource (2018), CBD/DSI/AHTEG/2018/1/4, p. 5. <https://www.cbd.int/doc/c/4f53/a660/20273cadac313787b058a7b6/dsi-ahteg-2018-01-04-en.pdf>

¹² Ibid, p. 6.

Avant d'explorer quelle serait le « terme approprié » pour le phénomène pour l'instant désigné par la notion d'«information de séquençage numérique », on peut d'abord se demander si cet effort est nécessaire. La réponse est que, selon la perspective bilatérale, ce phénomène a permis d'éviter la soumission aux dispositions légales de l'ABS, grâce à la « biopiraterie numérique »¹³. Notez que, dans la phrase précédente, « phénomène » remplace la formulation laborieuse de « phénomène pour l'instant désigné par la notion d'« information de séquençage numérique ». En termes philosophiques, cette apocope évite la réification de cet objet hautement questionable que sont les « DSIs » et sera utilisé ci-après à chaque occurrence¹⁴.

La transitivité suggère qu'il existe une contradiction dans la recherche du « terme approprié ». Si « matériel » est interprété comme « matière » dans la définition de « matériel génétique » (art 2 de la CDB), la COP discute alors non pas de la numérisation de l'information, mais de la numérisation de la matière, ce qui apparaît contradictoire. Néanmoins, une certaine indulgence peut être tolérée, étant donné l'intolérable idée selon laquelle les obligations en matière d'accès et de partage des avantages seront appliquées au phénomène. Les objections des délégations du Nord à l'égard du paramètre des DSIs font écho à celles des utilisateurs. Cette répulsion collective est exprimée dans la déclaration commune de quatre pages intitulée « Promouvoir l'utilisation durable et la conservation de la biodiversité par un échange ouvert d'informations de séquençage numérique », faite à la quatorzième Conférence des parties (COP14)¹⁵. A la dernière page de la déclaration figurent les logos de soixante-dix-huit organisations publiques et privées, d'institutions universitaires et scientifiques, de banques de données et de collections¹⁶.

Quant au corps de la déclaration, quatre pages énumèrent des objections, soit quelque 1263 mots, qui servent de préambule à une avant-dernière phrase de 21 mots seulement: « De nombreuses interprétations juridiques ont confirmé que la définition des ressources génétiques se réfère à du matériel tangible et ne comprend pas les informations immatérielles »¹⁷. Si les ressources génétiques n'incluent pas le phénomène, aucun des 1263 mots précédents n'est nécessaire. Le phénomène serait ainsi hors de la portée des traités - fin de

¹³ Captain Hook Awards for Biopiracy 2016, SynBioWatch.org, <http://www.synbiowatch.org/captain-hook-awards-2016/?lores>. D'autres supports que la matière biologique ou la numérisation sont possibles, notamment: « film recordings, sound-analog recordings and, more fundamentally, gas, liquid and light for the sensory perceptions of smell, sound, taste, touch and sight », voir note 7, p. 3.

¹⁴ Joseph Henry Vogel, 2019, “DSI is not the Phenom”. Commentaires à Sipke Joost Hiembra, Brink, Martin and van Hintum, Theo, “Digital Sequence Information (DSI): Options and impact of regulating access and benefit sharing - stakeholder perspectives” (2019) , <https://library.wur.nl/WebQuery/wurpubs/548853>

¹⁵ CIOPORA et 77 organisations signataires, “Promoting sustainable use and conservation of biodiversity through open exchange of Digital Sequence Information” (novembre 2018), <https://www.cbd.int/doc/c/e5c6/e8e7/f0aab5ae9fad61a2f7ff9094/np-mop-03-dsi-other-01-en.pdf>

¹⁶ Ibid, p. 1.

¹⁷ Ibid, p. 4.

l'histoire¹⁸. Alors, pourquoi ce préambule? La linguistique cognitive suggérerait que le corps de la déclaration stimule des neurones qui constituent un univers mental où le phénomène se situe en dehors du champ d'application des obligations relatives à l'APA.

« De nombreuses interprétations juridiques... » voilà qui soulève la question de savoir s'il existe d'autres interprétations juridiques, et celles-ci existent bel et bien. Une telle contribution, du reste particulièrement rigoureuse vient même des pays du Nord¹⁹. Une mise en garde s'impose. L'exposition de la structure illogique de la déclaration commune peut amener le lecteur à penser que le phénomène ne sera pas soumis aux obligations des accords bilatéraux en matière d'APA. L'inférence est erronée car elle suppose qu'aucune modalité alternative n'existe²⁰. « L'ouverture limitée à l'information naturelle » est l'alternative qui profite aux soixante-dix-huit signataires de la déclaration commune. L'« ouverture limitée » profite en particulier aux acteurs de la recherche publique en taxonomie, qui bénéficieront des redevances provenant de ressources génétiques qui sont diffusées à l'échelle mondiale (cosmopolites). Il existe un bon terrain d'entente entre les utilisateurs et les fournisseurs, et même parmi de nombreux autres agents²¹. Un résultat gagnant-gagnant pour le principal, c'est-à-dire les utilisateurs et les fournisseurs, est à portée de main.

Le MMMPA proposé repose sur un raisonnement économique plutôt que sur un sondage d'opinion d'experts. Une telle proposition ne nourrirait pas de controverses parmi les économistes²². Le défi consiste à traduire le concept dans le langage juridique, sans perdre ni fausser les données économiques en cours de route.

Partie IV « Éléments juridiques du GBSM »

¹⁸ Selon les termes de la logique formelle, désignons la proposition « le phénomène n'est pas inclus dans la définition des « ressources génétiques » en tant que « A » et la proposition « le phénomène est hors de portée des obligations relatives à l'ABS » par « B ». Si « A » alors « B », est un argument valide (*modus ponens*). Mais la déclaration commune persuade laborieusement le lecteur que le phénomène est hors de portée, « B », et se base sur « de nombreuses interprétations juridiques » pour affirmer « A ». Si « B » alors « A » n'est pas un argument valide (erreur consistant à affirmer le conséquent, soit un sophisme).

¹⁹ K. Sollberger, “Digital sequence information and the Nagoya Protocol. Legal expert brief on behalf of the Swiss Federal Office for the Environment (FOEN), Australia” (2018), <https://www.bafu.admin.ch/bafu/en/home/topics/biotechnology/law/rechtsgutachten.html>

²⁰ Voir, A. Deplazes-Zemp, ““Genetic resources”, an analysis of a multifaceted concept”. *Biological Conservation* 222 (2018): 86–94.

²¹ Manuel Ruiz Muller, Angerer, Klaus, Vogel, Joseph Henry and Acabá-Torres, Juan Carlos, “Common Ground, Cause and Sense for Users, Providers and Agents: Bounded Openness over Genetic Resources” In response to Invitation to submit views and other information on ‘Digital sequence information’ (NCP GB8-016 MYPoW/DSI) for the Governing Body of the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture. Food and Agricultural Organisation of the United Nations. International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture Submissions on digital sequence information (DSI) (2019), <http://www.fao.org/3/ca4018en/ca4018en.pdf>

²² S. Winands-Kalkuhl and K. Holm-Müller, ‘Bilateral vs. multilateral? On the economics and politics of a global mechanism for genetic resource use’, *Journal of Natural Resources Policy Research*, (2015) vol 7, no 4, pp305-322, <http://dx.doi.org/10.1080/19390459.2015.1097022>

L'institutionnalisation d'un partage mondial multilatéral des avantages passerait soit par un amendement au Protocole de Nagoya, soit par l'adoption d'un nouveau protocole à la CDB. La voie juridique qui engendre le moins de coûts de transaction devrait être poursuivie. Des « Éléments juridiques du MMMPA » (version 1.0) ont été publiés, en espagnol, en tant qu'annexe de la deuxième édition de l'ouvrage *Recursos naturales como información natural*, qui est la traduction du livre original *Genetic Resources as Natural Information*²³. Les versions anglaise et française des « Éléments juridiques du MMMPA » sont également disponibles, en libre accès.²⁴ Cette proposition de loi comporte huit pages et quelque 3 034 mots, divisés en sept sections et 22 articles.

Un exemple de l'amendement ou du nouveau protocole suggéré est reproduit ci-dessous:

Section 5: Mécanisme technique permettant de déterminer la répartition des informations naturelles

Article 14.- Le mécanisme technique de détermination de la distribution des informations naturelles est conçu pour identifier, aussi précisément que possible, le ou les pays d'origine des espèces à partir desquelles ces informations auraient pu être extraites. L'identification inclut la géographie des habitats, le déploiement de la technologie disponible au moment du succès commercial pour calculer ladite distribution, de sorte que le pourcentage d'avantages soit partagé de manière juste et équitable²⁵.

Article 15.- Dans les cas où les coûts attendus pour déterminer la répartition des espèces sont supérieurs aux avantages monétaires à partager, les avantages accumulés chaque année jusqu'à l'expiration de la propriété intellectuelle concédée serviront à couvrir les coûts de développement et à maintenir les capacités et l'infrastructure du mécanisme technique pour la détermination de la distribution de l'information naturelle.

Article 16.- Le mécanisme technique de détermination de la distribution géographique des informations naturelles comprend les institutions internationales reconnues, qui

²³ Pour *Genetic Resources as Natural Information*, voir note 6. Pour la traduction espagnole voir <https://spda.org.pe/wpfb-file/rrgg-final-pdf/>

²⁴ Pour les versions anglaise, française et espagnole de “Proposal: Legal Elements for the “Global Multilateral Benefit-sharing Mechanism” as contemplated in the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization”, voir: <https://uni-giessen.academia.edu/KlausAngerer>

²⁵ L'exécution du mécanisme technique de distribution de l'information naturelle est séquentielle: analyser par biologie moléculaire la présence ou l'absence d'information naturelle dans les populations, puis dans les populations de la même espèce, les espèces du même genre, les genres de la même famille, familles du même ordre et ainsi de suite jusqu'à ce qu'elles ne soient plus présentes; développer une modélisation des espèces où l'information naturelle est présente; et en fonction des analyses, évaluer la possibilité de procéder à une vérification *in situ* des habitats identifiés à partir des modèles.

exercent des activités de taxonomie, de surveillance de la biodiversité, de modélisation de distribution, de développement de modèles de spéciation et de phylogénie, ainsi que d'autres activités permettant de comprendre par quels moyens la biodiversité marine et terrestre est répartie²⁶.

Partie V: Conclusion et recommandations

Pour aller de l'avant avec l'ABS, il faut pouvoir reconnaître ses erreurs, ce qui exige de l'humilité. Les Parties et les autres parties prenantes se sont fortement investies dans le bilatéralisme, que cela soit en termes financiers, de temps consacré mais également émotionnellement. Elles sont naturellement réticentes à adopter un MMMPA général. Il est évident que des coûts seront irrécupérables. Néanmoins, l'échec de l'ABS, troisième objectif de la CDB, est tout aussi évident. L'incapacité à atteindre le troisième objectif mine les deux premiers et donc le traité lui-même. Des parties prenantes bien organisées appellent à son examen²⁷. Parmi les critiques de la CDB, la réponse à un tel appel sera partagée; si une critique négative en émerge, cela peut favoriser un certain cynisme à l'égard du régime et au possible retrait de certaines Parties. Les parties prenantes qui ne sont pas satisfaites font le constat que les Etats qui ne sont pas Partie bénéficient déjà d'un avantage dans le domaine de la biotechnologie, du fait de n'avoir jamais adhéré à la CDB.

Un terrain d'entente basé sur « l'ouverture limitée aux informations naturelles » permet l'ABS, ce qui facilite les autres objectifs de la CDB et garantit ainsi son acceptation continue par les Parties. À l'instar des objectifs de la CDB, la recommandation est triple et interdépendante: (1) que les Parties et les autres parties prenantes se servent de la littérature sur la solution multilatérale²⁸ (2) selon laquelle « l'ouverture limitée sur les informations naturelles » doit être officiellement évaluée et (3) une coalition de Parties représentant à la fois les utilisateurs et les fournisseurs en assume le leadership.

²⁶ Voir note 25. pp 6-7.

²⁷ K.D. Prathapan and Rajan, Priyadarsanan Dharma, “Convention on Biological Diversity Need for a Review” Economic & Political Weekly (2019), vol. 1IV no.3 https://www.researchgate.net/publication/330579897_Convention_on_Biological_Diversity_Need_for_a_Review

²⁸ Pour entrer dans cette littérature, le lecteur se basera sur une trilogie de courts essais publiés en libre accès dans IP-Watch, en 2018. Voir Joseph Henry Vogel, Manuel Ruiz Muller, Klaus Angerer and Omar Oduardo-Sierra, “En finir avec l'accès aux ressources génétiques sans autorisation (c'est-à-dire avec la biopiraterie): « l'ouverture limitée »”, <https://www.ip-watch.org/2018/06/12/en-finir-avec-lacces-aux-ressources-genetiques-sans-autorisation-cest-dire-avec-la-biopiraterie-louverture-limitee/>; Joseph Henry Vogel, “Not Just A Matter Of Matter: ‘The Way Forward’ For The UNCBD, NP And Half-Earth”, <http://www.ip-watch.org/2018/09/07/not-just-matter-matter-way-forward-uncbd-np-half-earth/>; Vogel, Joseph Henry, “The Global Multilateral Benefit-sharing Mechanism: Where will be the Bretton Woods of the 21st Century?”, <http://www.ip-watch.org/2018/10/05/global-multilateral-benefit-sharing-mechanism-will-bretton-woods-21st-century/>