



L'INITIATIVE DE
RENFORCEMENT
DES CAPACITES
POUR L'APA



FRIDTJOF NANSENS INSTITUTT
FRIDTJOF NANSEN INSTITUTE

Introduction aux règles pour dresser des contrats APA réussis

Tomme Rosanne Young et Morten Walløe Tvedt

www.abs-initiative.info

L'Initiative APA est financée par



Ministère fédéral de la
Coopération économique
et du Développement



INSTITUT DE LA FRANCOPHONIE
POUR LE DÉVELOPPEMENT DURABLE
IFDD



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'économie,
de la formation et de la recherche DEFR
Secrétariat d'Etat à l'économie SECO

et mise en oeuvre par



Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Concernant les auteurs

Tomme Rosanne Young

Chercheuse associée à l'Institut Fridtjof Nansen (FNI). Présidente du Groupe mondial de spécialistes en matière d'accès et de partage des avantages (APA), UICN SSC WCEL. Auteur de plusieurs publications sur les questions commerciales et environnementales, juridiques et pratiques. Conseillère auprès de nombreux gouvernements, entreprises, communautés, agences et institutions en matière de contrats et de transactions impliquant des ressources naturelles soumises à l'APA, autres questions et préoccupations environnementales et régimes environnementaux. Auteur et coauteur de cinq livres (notamment *Au-delà de l'accès : l'application du partage juste et équitable des avantages en vertu de la CDB*, ouvrage écrit en collaboration avec Morten Walløe Tvedt), 9 brochures et plus de 30 articles et documents de synthèse portant sur ces questions.

Conférencière invitée fréquemment par les universités, les organisateurs de séminaires professionnels pour des thèmes portant sur la mise en œuvre de l'APA ou d'autres régimes environnementaux.

Adresse de contact : tomme.young@gmail.com.

Morten Walløe Tvedt

Maître de recherche à l'Institut Fridtjof Nansen (FNI). Tvedt est l'auteur de nombreuses publications récentes dans le domaine de la législation sur les ressources biologiques et la propriété intellectuelle (voir www.fni.no pour une liste complète de ses publications). Avec Tomme Rosanne Young, il a écrit la monographie la plus importante sur les ressources génétiques : *Au-delà de l'accès : l'application du partage juste et équitable des avantages en vertu de la CDB*. UICN Droit et politique de l'environnement No. 67/2 (disponible en anglais, en espagnol et en français, www.fni.no/publ/biodiversity.html). Tvedt travaille actuellement sur une monographie portant sur le droit des brevets et l'option sui generis dans le secteur des plantes pour les pays en voie de développement.

Adresse de contact : mwt@fni.no ou par courrier adressé à l'Institut Fridtjof Nansen, PO Box 326, 1326 Lysaker, Norvège.

Table des matières

1	POURQUOI EST-IL IMPORTANT DE CONNAÎTRE LE DROIT CONTRACTUEL EN MATIÈRE D'APA ?	1
2	ÉLABORER UN PLAN COMMERCIAL EN VUE DE LA RELATION CONTRACTUELLE	3
3	ÉVITER L'AMBIGUÏTÉ	3
4	RÈGLES POUR DRESSER DES CONTRATS APA RÉUSSIS	5
4.1	Assurez-vous que vous concluez un contrat avec les bonnes parties	5
4.2	Soyez spécifique et concret concernant l'ensemble des obligations et processus essentiels	6
4.3	Gérez et traitez tous les risques majeurs	7
4.4	Soyez conscient des possibilités, mais aussi des limites du droit contractuel	8
4.5	Attendez le meilleur ; préparez-vous à affronter le pire	8
4.6	Préservez les droits contractuels/attentes	9
4.7	Évitez les présupposés juridiques erronés	10
5	UTILISER DES MODÈLES ET DES NORMES	11
6	LEÇONS BÉNÉFIQUES AUX CONTRATS APA, ISSUES DU DROIT CONTRACTUEL ET DE LA PRATIQUE	11
7	CONCLUSION	12

Introduction aux règles pour dresser des contrats APA réussis

Cette brochure donne un résumé très succinct des règles, questions et préoccupations principales dont les parties doivent être conscientes au moment de négocier, de dresser et de mettre en œuvre un contrat APA. Il est clair qu'une brochure de cette taille ne peut répondre à toutes les questions. Son objet est uniquement d'introduire un ouvrage documenté qui se penche en détail sur la conclusion de contrats APA en présentant des leçons pratiques et une orientation à tous ceux qui sont chargés de négocier et de rédiger des contrats APA.

1. Pourquoi est-il important de connaître le droit contractuel en matière d'APA ?

Depuis les débuts de l'accès et partage des avantages, il est admis que le concept sera mis en œuvre au travers de contrats privés conclus entre les utilisateurs et les fournisseurs de ressources génétiques. L'élaboration d'un régime APA au travers de la CDB et du Protocole de Nagoya (et autres instruments et organismes) est fortement tributaire des contrats qui constituent le principal mécanisme de fonctionnement de l'APA. Malheureusement, lorsqu'on applique cela aux contrats transnationaux/internationaux, le système de droit contractuel et de droit commercial n'est pas aussi clair ou simple comme pourraient le croire de nombreux négociateurs d'APA. Les orientations données dans le Protocole de Nagoya (PN) sur la manière de négocier des contrats APA et de traiter les questions relatives à l'APA qui doivent être incluses sont limitées (p. ex. point g) de l'article 6.3 et annexe) et loin d'être substantielles (p. ex. point b) de l'article 12.3 et article 19.1).

Le concept de contrats juridiquement contraignants n'est pas récent puisqu'il remonte à plus de 4 000 ans. Il repose sur des principes et pratiques bien établis dans la quasi-totalité des systèmes juridiques au travers de la planète. Cependant, le défi résulte du fait que le régime APA ajoute de nouveaux éléments atypiques qui n'ont jamais été traités efficacement par le droit contractuel jusqu'à ce jour.

Même avec des types de contrats conventionnels, le droit contractuel manque soit de clarté soit de prévisibilité. Malgré son évolution durant des siècles, le droit contractuel rencontre fréquemment des situations dans lesquelles les parties peuvent s'opposer sur un point contractuel et sont contraintes à résoudre leurs différends en justice. Le droit contractuel est donc toujours en évolution.

Les nouveaux mécanismes contractuels nécessaires pour mettre en œuvre l'APA rendent le régime de droit contractuel encore moins prévisible. La nécessité d'appliquer des principes contractuels à des situations nouvelles, différentes, de plus est à un sujet moderne, requiert le développement de nouvelles solutions. Dans le même temps, la valeur des contrats dans toute transaction est qu'ils permettent d'ajouter une sécurité juridique, en imposant des pratiques

et principes utilisés depuis des siècles, de sorte que les parties peuvent avoir la certitude que le contrat sera applicable et aura force exécutoire. En revanche, la sécurité juridique dépend de l'applicabilité de ces pratiques et principes. Il est donc essentiel que les contrats APA puissent être dressés et mis en œuvre d'une manière conforme aux règles applicables aux contrats plus traditionnels.

En raison de son caractère international, l'APA représente néanmoins un véritable défi. Même si la CDB et le PN sont des instruments internationaux avec près de 200 parties contractantes, il n'y a pas de droit contractuel international accepté par tous. Chaque contrat est régi par le droit national d'au moins un pays. Même si chaque pays est doté d'un droit contractuel, les modes d'application diffèrent d'un pays à l'autre. De plus, chaque contrat qui comporte des aspects internationaux (parties, activités ou ressources détenues par plusieurs pays) présente des composantes internationales qui sont loin d'être prévisibles en ce qui concerne leur mise en œuvre et leur caractère juridiquement contraignant. Ces facteurs ajoutent davantage de complexité, ce qui complique encore plus l'élaboration, la mise en œuvre et l'exécution des contrats.

La CDB et le PN ne sont pas très spécifiques quant aux aspects commerciaux et contractuels en matière d'APA. À bien des égards, les contrats APA sont totalement différents des contrats traditionnels. Par exemple, les contrats APA essaient d'établir un équilibre entre les objectifs commerciaux et les objectifs relatifs à l'environnement et au bien-être social, ce qui est déjà difficile pour n'importe quel contrat. Souvent, les ressources sont ambiguës (elles sont parfois inconnues ou ne font l'objet d'aucune description), et les résultats escomptés des actions menées et des obligations imposées peuvent être très incertains.

L'utilisation de contrats écrits a pour objet d'aider les parties à parer aux différends, aux malentendus et à résoudre leurs litiges. L'objectif a des chances d'être atteint, si le contrat est bien rédigé. Même si le caractère exécutoire d'un contrat est important, l'objectif des parties ayant conclu un contrat APA (mais aussi des auteurs de cette brochure) n'est certainement pas la poursuite judiciaire. En effet,

qui dit poursuite judiciaire, dit finalement échec du contrat. Cette brochure se concentre sur l'objectif de dresser des contrats réussis. Elle a pour objet d'élaborer des approches qui, si elles sont correctement suivies, permettront aux négociateurs de dresser des contrats fonctionnels, mais aussi d'identifier quelques-uns des facteurs clés qui entravent le bon fonctionnement des contrats. Ce faisant, elle permet de mieux comprendre les questions qu'il convient de traiter et les obstacles qu'il convient de surmonter et de maximaliser la validité et l'applicabilité des contrats APA. Pour ce faire, elle résume de manière succincte quelques-uns des conseils que les auteurs proposent et expliquent dans leur livre *Drafting Successful Access and Benefit-sharing Contracts*, en mettant l'accent sur les pratiques clés et les règles fondamentales en matière de négociation et d'élaboration de contrats APA. Plus spécifiquement, cette brochure résume l'importance des points clés suivants :

- approche générale pour l'élaboration d'une stratégie pour la négociation d'un contrat juridiquement valable (voir le point 2 plus bas) ;
- nécessité de s'assurer que chaque aspect du contrat est sans équivoque et vérifiable depuis l'extérieur (point 3) ;
- nécessité de s'assurer que les bonnes parties sont mentionnées nominativement dans le contrat et qu'il s'agit bien d'entités juridiques capables d'être liées par contrat (point 4.1) ;
- nécessité d'élaborer certaines dispositions contractuelles clés considérées comme exécutoires du point de vue juridique (point 4.2) ;
- nécessité de parer aux risques et aux incidences des transferts à tierce partie (point 4.3) ;
- importance de saisir les concepts de validité et d'applicabilité contractuelle et de les appliquer (point 4.4) ;
- intégration de clauses susceptibles de maximaliser les recours juridiques des parties contractuelles (point 4.5) ;
- utilisation de garanties et d'autres clauses qui permettront d'assurer que le contrat aura force exécutoire (point 4.6) ; et
- nécessité de parer aux malentendus et aux abus de concepts juridiques tels que « droit applicable », « droit privé international », « droit commercial international » (point 4.7).

2. Élaborer un plan commercial en vue de la relation contractuelle

L'une des premières étapes à suivre pour dresser un contrat APA réussi est que chaque partie définisse clairement ses objectifs et priorités et les intègre dans son plan et stratégie pour ce qui est du contrat qu'elle souhaite conclure et du genre de relations fournisseur utilisateur qu'elle désire entretenir. Le plus tôt possible (c'est-à-dire avant le début des négociations), les parties devront commencer par concevoir leurs objectifs et stratégies. En fonction de la nature des parties (pays, communauté, institution, agence, entreprise commerciale, etc.), les objectifs des parties pourront différer de manière considérable. L'objectif de chaque partie est de prendre en compte les questions qui seront traitées ou affectées par le contrat et de déterminer quels sont les résultats souhaités ou acceptables au niveau de chacune des questions identifiées. Même si en général, durant ce processus les parties se concentrent sur leurs propres besoins et attentes, il pourra s'avérer nécessaire et opportun pour chaque partie d'essayer d'anticiper quels seront les besoins et attentes de l'autre partie. Il est possible qu'une communauté ou un pays fournisseur ait besoin de lancer le processus de planification d'un contrat en réfléchissant sur ses attentes vis-à-vis de l'utilisateur-négociateur. Le processus de planification commerciale constitue la toute première étape primordiale. L'échec d'un contrat APA peut résulter de l'échec des négociations et celles-ci sont elles-mêmes vouées à l'échec à partir du moment où l'on saute cette première étape. Ce processus de planification commerciale est différent à partir du moment où l'on a une vision réaliste de ce que les parties au contrat sont susceptibles d'offrir en matière de partage des avantages et d'accepter en termes de restrictions de l'utilisation. En se mettant à la place de l'autre, on ajoute souvent de nouvelles perspectives à celles qui motivent ses propres objectifs commerciaux.

Ce processus de planification oblige les parties à réfléchir en termes de spécificité et de fonctionnalité contractuelles. Même si le régime APA international reste ambigu et incertain, le processus contractuel quant à lui doit se concentrer sur des éléments précis. Il doit établir des relations pratiques et juridiques qui déterminent de manière précise ce que chaque partie est tenue de faire et ce qu'elle peut escompter en contrepartie. Par définition, la négociation de contrats est un processus d'échange. La première étape d'une négociation avertie consiste à élaborer une feuille de route et une stratégie de négociation d'un contrat conforme au droit et de promouvoir sa mise en œuvre. Les étapes liées à la planification et à la négociation

d'un contrat reposent sur une discussion et une analyse détaillées qui incombent aux parties. Elles commencent par une réflexion sur l'interaction des différents points qu'il convient de négocier et sur l'identification des objectifs et priorités. Cette feuille de route permet de définir clairement un mandat de négociation à la personne chargée de négocier au nom d'un groupe, d'une agence, d'un gouvernement ou d'une communauté. Plus spécifiquement, elle permet de déterminer les points sur lesquels la partie devra insister, les points qu'elle devra refuser catégoriquement ainsi que les points sur lesquels elle restera flexible. L'analyse des autres parties contractuelles constitue un autre élément du processus de cartographie. Elle devra tenir compte des catégories typiques (chercheurs, concepteurs de produits commerciaux, institutions académiques, etc.) et des besoins particuliers de chacune de ces catégories. Combinées, la feuille de route et l'analyse permettront à chaque négociateur d'identifier les interactions entre les différents éléments pour assurer que les négociations n'aboutissent pas à des clauses octroyant des bénéfices d'un côté pour les reprendre de l'autre. Ce processus conduit inexorablement à l'élaboration d'une stratégie pour achever l'objectif des parties au travers d'un contrat concret, fonctionnel, pérenne et valable d'un point de vue juridique. Durant la négociation, les feuilles de route et les stratégies respectives des parties évolueront pour finalement se rejoindre. Cependant, jusqu'à ce que les parties s'entendent sur le contrat, chaque négociateur devra se fier à sa feuille de route évolutive et réévaluer les impacts de toute modification proposée.

La cartographie, l'analyse et les processus stratégiques constituent des composantes essentielles de la négociation de contrats APA réussis.¹

3. Éviter les ambiguïtés

Tandis que les instruments internationaux en matière d'APA (la Convention sur la diversité biologique et le Protocole de Nagoya) sont vagues et imprécis, le droit contractuel, quant à lui, repose sur la spécificité et le concret, éléments sans lesquels il lui est impossible de bien fonctionner. Un contrat qui stipule que « demain le vendeur cédera à l'acheteur quelques pommes en échange de monnaie » n'est pas suffisamment spécifique pour avoir force exécutoire. Si au moment de payer, le vendeur dit que le montant versé est insuffisant, l'acheteur pourra toujours répondre au vendeur qu'il ne lui a pas fourni suffisamment de pommes. Les termes du contrat ne permet-

¹ Ces questions sont traitées dans le chapitre 3 du livre intitulé *Drafting Successful Access and Benefit-sharing Contracts*, qui fournit des conseils et des suggestions pour les traiter.

tront pas non plus aux parties de résoudre leur différend. Au vu du contrat, même un juge dira qu'il lui est impossible de trancher, car le contrat n'est pas suffisamment spécifique. Dans ces conditions, le juge refusera même d'entendre la cause.

Dans le même ordre d'idées, examinons un contrat dans lequel A octroie à B le droit d'« accéder » aux ressources génétiques de A en échange de la promesse de B de fournir une part adéquate des avantages résultant de l'utilisation desdites ressources génétiques. Durant les mois qui suivent, B prélève des échantillons de plantes sauvages et achète également des céréales, des légumes, des succulents et des fruits sur les marchés locaux. B retourne chez soi et s'occupe maintenant de sélection végétale en utilisant les ressources phytogénétiques collectées, mais il plante également des céréales, des légumes, des succulents et des fruits dans son jardin, et il presse le jus d'autres fruits et succulents. Parmi les différents articles biologiques quels sont ceux qui sont des « ressources génétiques » ? B « accède-t-il à une ressource génétique » au moment où il achète sur un marché local ? B « utilise-t-il » la ressource génétique au moment de planter des graines dans sa cour ? Qu'en est-il du jus pressé ? Qu'entend-on par « part adéquate » ? Comment celle-ci est-elle calculée/évaluée ? Vu l'imprécision de ces conditions, comment les auteurs d'un tel contrat peuvent-ils attendre d'un juge qu'il puisse trancher sur ces questions ? La réponse à ces questions ne se trouve pas non plus dans la simple application du Protocole de Nagoya ou de la législation APA nationale en vigueur. Il convient aux parties de convenir de ces points dans un contrat, sinon celui-ci n'aura aucun effet contraignant du point de vue juridique. Ainsi, la règle suprême pour dresser un contrat APA réussi est qu'il doit être clair, concret et sans équivoque, tout en appliquant les règles et principes utilisés pour la négociation et l'élaboration de tout contrat. Même parmi les experts en APA qui travaillent sur le sujet depuis ses tout débuts, les termes comme « accès », « partage des avantages », « ressources génétiques », « connaissances traditionnelles », « dérivés », « utilisation », « fournisseur », « utilisateur » ont de multiples significations. Il n'existe pas de définitions reconnues à l'échelle internationale permettant aux parties d'utiliser ces termes de la manière concrète nécessaire pour créer un contrat valable du point de vue juridique et ayant force exécutoire. Si les parties à un contrat APA utilisent un de ces termes sans donner de définition plus spécifique ou si elles reprennent simplement les formulations ambiguës de la CDB ou les définitions du PN, leur contrat risque d'être si ambigu qu'il n'aura aucune force exécutoire. À cet égard, les contrats ont un objectif bien différent des instruments internationaux, tels que conventions et protocoles. L'ambiguïté a été intégrée dans la CDB et le PN afin qu'un grand nombre de pays puissent en accepter les concepts généraux. En revanche, même si l'ambiguïté risque de faciliter la conclusion du contrat, les conséquences sont (en général)

inacceptables. Chaque partie prendra des mesures en fonction de sa propre interprétation de l'ambiguïté. Les attentes d'une partie seront rarement pleinement satisfaites, car l'autre partie en fera autant en conformité avec ses propres interprétations (qui pourront être très différentes). C'est ce type de malentendu et notamment l'utilisation de termes ambigus dépourvus de définition concrète qui risque de nuire à l'applicabilité du contrat APA. Efforcez-vous d'éviter toute ambiguïté durant la négociation de vos contrats APA. Assurez-vous que les questions susmentionnées ont reçu des réponses claires. Les auteurs recommandent aux parties de ne pas utiliser la terminologie standard de la CDB et du PN, mais au contraire d'établir des termes clairs et précis. Certes, il est parfois efficace d'utiliser ce type de termes imprécis dans les instruments internationaux, puisque les conventions internationales sont généralement précisées au moment d'être transposées en droit national ainsi que dans les contrats. En revanche, dans un contrat, ce genre de termes n'est guère utile. En effet, un contrat requiert clarté et précision. Par exemple, vous n'accepteriez jamais un contrat indiquant qu'il porte tout simplement sur l'« achat d'un véhicule ». Dans ce contrat, vous voudrez spécifier le modèle, les données techniques, le numéro de série du véhicule, etc. Les contrats sont des outils juridiques qui doivent créer et imposer des obligations concrètes. Utiliser une terminologie imprécise peut s'avérer très pernicieux. Cette terminologie risque d'introduire des incertitudes là où l'on cherche justement à ne laisser aucune place à l'interprétation. Si les parties au contrat ne sont pas très spécifiques dans la formulation de leurs obligations respectives, elles créent un contrat qui a bien des chances de ne pas réussir. L'utilisation de termes imprécis laisse l'interprétation à l'appréciation des juges nationaux qui ne sont pas (forcément) des spécialistes en biologie ou en biotechnologie, ce qui accroît le risque que le contrat n'ait aucune force exécutoire. Ceux qui dressent un contrat devront donc résoudre ces questions d'interprétation avant que le contrat soit conclu. Sur ce point, il est nécessaire de changer de paradigme en matière d'APA de manière à ce que les contrats puissent fonctionner, sinon on aura toute une génération de contrats APA certes signés, mais sans force exécutoire. Ce changement dans la façon de penser est requis puisque la CDB et le PN prescrivent des contrats de droit privé pour servir de principal outil juridique en matière d'APA. Si les parties ne suivent pas ce conseil et persistent à utiliser les termes standard APA, elles devront les définir de manière plus précise, de manière à ce qu'il n'y ait aucun doute quant à l'application d'une action possible ou d'une exigence. Jusqu'à présent, les contrats n'ont pas permis de fournir des définitions plus détaillées des termes utilisés dans la CDB et le NP.²

² Ces questions sont discutées dans le chapitre 2 du livre *Drafting Successful Access and Benefit-sharing Contracts*, qui fournit une orientation additionnelle sur comment les traiter.

4. Règles pour dresser des contrats APA réussis

Les auteurs ont récapitulé leurs recommandations aux rédacteurs et aux négociateurs de contrats APA en sept (7) conseils qui devraient permettre de rendre le contrat APA valide, applicable et exécutoire. Chacune de ces règles fait l'objet d'un chapitre détaillé dans le livre intitulé *Drafting Successful Access and Benefit-sharing Contracts*. Voici un résumé succinct de ces règles.

4.1 Assurez-vous que vous concluez un contrat avec les bonnes parties.

La première règle se concentre sur les parties contractantes. Elle soulève un certain nombre de questions relatives à la confirmation de la « personnalité juridique » des entreprises et des institutions, les parties, la « capacité à contracter reconnue juridiquement » et la capacité de chaque partie à remplir ses obligations. Pour les non-juristes, les clauses précisant et liant les parties paraissent simples. Dans les contrats domestiques/locaux, ces clauses sont effectivement simples et c'est la raison pour laquelle elles sont souvent oubliées. Cependant, dans les contrats internationaux, notamment les contrats APA, ces clauses sont extrêmement importantes. Si elles ne sont pas abordées correctement, ces questions risquent d'avoir des incidences majeures sur l'application et le respect du contrat. Ce qui est plus important, c'est que ceci risque d'avoir un impact négatif sur la motivation des parties à remplir leurs obligations en matière d'APA.

En bref, pour être valide, un contrat doit avoir au moins deux parties. Le contrat n'est contraignant que pour les entités ou les personnes visées qui peuvent être tenues responsables. En outre, toutes les entités (entreprises, agences, institutions, pays, communautés, etc.) qui sont parties doivent avoir une « personnalité juridique » de manière à pouvoir être liées à un contrat. La « personnalité juridique » est le concept qui définit si une entité ou une entreprise est habilitée à conclure des contrats juridiquement valables, si elle détient les droits légaux et peut être liée au travers d'obligations juridiques dans un système juridique donné. Les parties doivent confirmer de façon indépendante que chaque entité impliquée dans le contrat est en mesure de respecter les exigences applicables requises de toute personnalité juridique. À défaut, le contrat n'aura aucune force exécutoire.

Alors que des individus sont liés par le contrat, une question comparable a trait à la question de savoir si la personne est habilitée à

conclure un contrat. Les règles relatives à l'habilité à conclure des contrats déterminent si une partie (entreprise, entité, communauté ou individu) peut être liée par un contrat. Souvent, les règles de capacité juridique ont pour objet de protéger ceux qui sont moins fortunés ou qui ont moins de moyens (notamment les ruraux ou les communautés rurales) dans les situations contractuelles qui risquent de les mettre dans une situation désavantageuse. Souvent, un contrat conclu avec une partie qui n'est pas habilitée à conclure est inapplicable.

« Personnalité juridique » et « capacité reconnue juridiquement » sont des concepts régis par le droit national. Or, les règles pertinentes diffèrent fortement d'un pays à l'autre. Par conséquent, il est nécessaire de connaître les rudiments du droit contractuel national de tout pays qui sera impliqué dans le contrat. Souvent, si un contrat est invalidé à cause de l'un de ces points, le droit ne pourra lui conférer force exécutoire et le faire appliquer.

Un autre aspect clé de cette règle a trait à l'autorité et à la représentation. Une entité ne peut être liée par un contrat que si la personne qui a signé le contrat est bien « habilitée à représenter » l'entité en question. Ce point est également régi par le droit national, et ce dernier peut varier lui aussi fortement d'un pays à l'autre.

Lorsqu'un contrat est exécuté formellement, il est également important de déterminer quelles parties sont des « participants requis » et si ces derniers sont liés de manière appropriée. Si le contrat dépend des actions ou de l'implication d'une autre partie, le contrat doit assigner à l'une des parties la tâche d'impliquer cette tierce partie, et de spécifier ce qui passera si celle-ci refuse d'agir ou d'être impliquée. À ceci s'ajoute la nécessité pratique d'en savoir le plus possible sur les autres parties impliquées. Ceci comprend également l'examen des questions confidentielles et délicates telles que le statut financier, la situation et la stabilité financières. Dans beaucoup de contrats APA, par exemple, il est possible qu'une ou plusieurs des parties contractuelles soit une jeune pousse créée récemment. Avant de conclure un contrat avec une telle partie, il sera important de connaître ses attentes et de saisir la portée des risques de contracter avec une telle partie.³

³ Ces questions sont discutées dans le chapitre 4 du livre *Drafting Successful Access and Benefit-sharing Contracts*, qui fournit une orientation additionnelle sur comment traiter ce type de questions.

4.2 Soyez spécifique et concret concernant l'ensemble des obligations et processus essentiels.

En gros, la négociation d'un contrat APA compte deux objectifs. Le premier est de décider de l'objet du contrat et des modalités d'application. Le second est de décrire tout cela, de manière claire et concrète. Cette seconde règle est généralement applicable à n'importe quelle partie du contrat, cependant, à des fins d'explication, le livre intitulé *Drafting Successful Access and Benefit-sharing Contracts* examine les modalités d'application de cette règle à l'un des éléments les plus critiques de tout contrat réussi, la nécessité d'assurer que les clauses contractuelles qui décrivent l'objet du contrat (res), les obligations de chaque partie et les objectifs du contrat sont cohérentes, sans ambiguïté et écrites de manière concrète.

Il est essentiel que l'élaboration soit concrète et spécifique. Pour les négociateurs et les rédacteurs juridiques de contrats, ceci signifie non seulement que « tout est dans le détail », mais aussi que les clauses suprêmes doivent être très précises. Le défi que les rédacteurs de contrats APA doivent relever est de faire en sorte que chaque contrat soit suffisamment clair pour qu'un juge ou un médiateur ou toute autre personne externe qui n'est pas impliquée dans le contrat puisse savoir de manière claire et exacte ce que chaque partie est censée faire et à quel moment.

Comme indiqué ci-dessus, il est difficile, voire impossible, de mettre en œuvre un contrat ambigu et souvent il n'est même pas applicable du point de vue juridique. Un tel contrat ne pourra produire des résultats positifs en cas de désaccord. Imaginez un contrat de travail dont les modalités et les stipulations seraient ambiguës. Si l'employeur et l'employé n'arrivent pas à résoudre leur désaccord, ils ne pourront pas se référer au contrat si chaque partie peut l'interpréter à sa manière. L'employé ne saura pas ce qu'il est censé faire et l'employeur ne saura pas non plus ce qu'il peut attendre de son employé. Si leur désaccord est porté devant un juge, ce dernier sera dans l'incapacité de trancher, dans la mesure où il n'y a aucune base pour savoir ce que les parties pouvaient attendre l'une de l'autre. Dans la plupart des pays, ce contrat sera considéré comme invalide, et le juge ne permettra même pas que l'affaire soit portée en justice. Dans un petit nombre de cas, le juge pourra décider de certaines revendications sur la base d'autres principes régissant les dommages, délits ou infractions, mais il ne pourra pas se servir du contrat pour prendre sa décision.

Pour les contrats APA, les choses sont encore plus compliquées. Contrairement au droit du travail, il n'y a pas de soutien réglemen-

taire en matière d'APA. Cela signifie que si le contrat APA n'explique pas de manière précise ce qu'on peut attendre des parties, la cour sera incapable de trouver une base à partir de laquelle elle pourra trancher l'affaire. Le tribunal sera incapable de statuer. Dans cette situation, il y a peu de chance que les parties puissent arriver à un compromis en cas de désaccord ou de conflit. N'importe quel type de contrat doit stipuler de manière claire les objectifs des parties, l'objet du contrat et les obligations fonctionnelles. Pour les contrats APA, la nécessité est même multipliée par deux, le manque de clarté et de spécificité étant nuisible à la relation contractuelle.

Dans les contrats APA, il est essentiel de s'assurer que les six principaux domaines sont traités de la manière la plus concrète possible : i) les ressources accédées et leur localisation (ressources génétiques ou connaissances traditionnelles associées), ii) les droits et attentes de l'utilisateur, iii) les droits et attentes du fournisseur, iv) les obligations de l'utilisateur, v) les obligations du fournisseur et vi) l'objet général du contrat. Le texte du contrat doit reprendre les conventions des parties de manière fidèle. Il doit stipuler toutes les implications et ce avec la plus grande clarté et de la manière la plus détaillée possible. Il doit être concret concernant tous les aspects de chaque point, par exemple, les délais impartis ou les dates limites fixés pour chaque mesure. Les clauses opératives du contrat doivent être interconnectées de manière pratique et liées étroitement aux activités et aux événements sur le terrain. Cela signifie qu'il est essentiel de spécifier les actions et options de l'utilisateur ainsi que les conséquences concrètes en termes de paiements monétaires à effectuer et d'autres obligations qui doivent être exécutées au moment de mettre en œuvre ces mesures.

Il est également important d'assurer que ces réalisations, déclencheurs et exigences soient « vérifiables en externe ». Si le contrat repose uniquement sur le rapport de l'utilisateur, par exemple, comme base de détermination du déclenchement d'une obligation, le contrat risque de ne pas fonctionner correctement.

La spécification concrète des limites des clauses constitue un aspect important de l'élaboration de clauses essentielles concrètes. Au moment de formuler ces restrictions, le contrat devra stipuler les conséquences spécifiques en cas de violation des clauses et ce à la manière d'un tribunal.

Les parties peuvent limiter le contrat à bien des égards. Par exemple, elles peuvent inclure tout simplement une clause stipulant de manière claire tout ce qui est interdit. Une autre option consiste à rédiger des clauses précises pour décrire ce que l'utilisateur en question peut ou doit faire pour que l'étendue des droits de l'utilisateur corresponde exactement aux déclarations de l'utilisateur quant aux fins

de l'utilisation. Toutefois, comme il a été indiqué précédemment, de telles restrictions ne pourront fonctionner que si elles sont efficaces, surveillées et suivies de manière externe.⁴

4.3 Gérez et traitez tous les risques majeurs potentiels.

En général, les contrats mettent l'accent sur les risques. Comme indiqué plus haut, les clauses relatives à l'identification des parties, leurs responsabilités fondamentales et leurs attentes ont pour objet de parer au risque que le contrat ne puisse fonctionner à cause de désaccord ou de malentendu. Cette règle met l'accent sur la nécessité de s'assurer que le contrat traite tous les types de risques que les parties sont en mesure d'identifier.

Pour illustrer cette règle aux parties aux contrats APA, on utilise dans ce guide un risque particulier bien connu : la possibilité qu'un utilisateur transfère les ressources génétiques ou les connaissances traditionnelles acquises à tierce partie pour échapper à l'exécution de ses obligations contractuelles après la conclusion du contrat.

Pour parer aux risques majeurs, il conviendra de saisir le modèle commercial de l'utilisateur. Si les clauses relatives à l'accès et à l'utilisation sont limitées et notamment si le fournisseur est censé recevoir des avantages en fonction du succès de l'utilisateur, il sera important que le fournisseur comprenne l'usage prévu. Une telle compréhension permettra de rédiger des clauses personnalisées par rapport à toute une série de questions incluant le transfert à tierce partie.

En pratique, la mise en œuvre des transactions APA inclut presque toujours un ou plusieurs transferts à tierces parties. En plus des transferts directs de matériel, d'informations ou de droits contractuels, le transfert peut survenir si une entreprise fait l'objet d'une fusion, d'une acquisition, d'une scission, d'une restructuration ou si telle entreprise cesse ses activités ou dépose bilan. Le contrat doit prévoir la résolution de toutes ces situations. De plus, dans beaucoup d'entreprises impliquées dans la recherche, il est possible que les employés aient l'habitude d'échanger des spécimens, échantillons, résultats préliminaires d'essais et autres informations avec des chercheurs d'autres entreprises ou institutions. Lorsqu'une entreprise obtient des ressources génétiques ou des connaissances traditionnelles associées dans le cadre d'un contrat APA, il est possible que ses employés et autres chercheurs pensent qu'ils peuvent partager

ces ressources comme il le faisait auparavant, sans se préoccuper des nouvelles obligations contractuelles de leur entreprise.

Durant les négociations portant sur le PN, beaucoup de délégués ont fait part de leurs préoccupations à cet égard, en disant qu'il n'y avait pratiquement aucun moyen juridique pour parer à ce risque. Beaucoup de fournisseurs ont indiqué qu'à leur avis, il était urgent de trouver une solution de manière à mettre en place des pratiques internes appropriées. Cependant, d'autres ont sévèrement critiqué l'APA pour des raisons totalement opposées. Dans le monde des collections botaniques et zoologiques (y compris les collections CGIAR), des herbiers et des banques de gènes, par exemple, les plaintes principales portent notamment sur le fait que toute solution au problème du transfert risque d'entraver les transferts ultérieurs de collection, de bloquer ou de réduire l'accès et le transfert des ressources génétiques à des fins de recherche et développement. Or, pour ce monde, ces activités sont la raison d'être de leurs institutions. En revanche, ce sont souvent ces mêmes institutions détentrices de collections qui imposent entretemps ces restrictions.

À moins que le contrat ne soit clair sur ce point, un transfert de ressources génétiques, de connaissances traditionnelles associées ou de résultats de recherche à tierce partie peut signifier que la personne détenant ces ressources ou susceptible de les utiliser n'est pas liée aux obligations de partage des avantages régies par le contrat APA. En conséquence, lorsqu'on négocie et dresse un contrat APA, il est absolument nécessaire de traiter de la question de la possibilité qu'une partie vende ou cède, d'une manière ou d'une autre, des ressources génétiques, des connaissances traditionnelles associées ou des droits régis par le contrat APA. En plus d'une clause spécifique relative à un tel transfert, les négociateurs et les rédacteurs doivent aussi envisager l'impact que pourrait avoir ce transfert sur les autres clauses du contrat.

Dans le même temps, pour l'utilisateur la valeur des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées dépend justement de la possibilité de les transférer. Au niveau du contrat, le défi consiste à trouver des moyens raisonnables et vérifiables de manière externe pour contrôler et superviser ces transferts ultérieurs à tierces parties de manière à parer aux éventuels impacts négatifs sur le partage des avantages et autres droits et obligations résultant du contrat. L'aspect de la vérification externe est particulièrement difficile, parce qu'il est possible que l'identité du cessionnaire doive rester anonyme ou qu'il soit impossible de révéler son identité. Cela signifie qu'il est primordial que le régime APA développe des mécanismes fonctionnels qui permettent aux utilisateurs de transférer l'accès ultérieurement sans réduire à néant les attentes du fournisseur quant au partage des avantages.

⁴ Ces questions sont discutées en détail et une orientation additionnelle est fournie au chapitre 5 du livre intitulé *Drafting Successful Access and Benefit-sharing Contracts*.

Du point de vue juridique, il y a peu de moyens pour contrôler les transferts de ce type à tierces parties de manière efficace. En effet, la plupart des systèmes juridiques nationaux sont conçus pour promouvoir les transactions plutôt que de les réduire à néant. Pour cette raison, les rédacteurs de contrats APA doivent être prudents pour éviter qu'une clause soit contraire aux règles générales du pays en matière de libre échange. Manifestement, ces questions sont à la fois importantes et complexes.⁵ Pour répondre aux défis résultant de transferts à tierce partie, il convient d'élaborer des solutions personnalisées pour chaque cas particulier.

4.4 Soyez conscient des possibilités, mais aussi des limites du droit contractuel.

Habituellement, comme indiqué plus haut, un contrat APA n'est exécutoire que s'il a été rédigé de manière à être régi par le droit contractuel de base. Un contrat APA qui ne fait que reprendre la terminologie de la CDB, du PN, du TIRPAA, de la législation nationale en matière d'APA voire des contrats APA existants risque de n'avoir aucune force exécutoire. Or, un contrat doit être reconnu comme valide, équitable et exécutable selon le droit contractuel national. À défaut, il faut espérer que les parties feront preuve de bonne volonté, qu'elles se considéreront comme liées par cet accord informel et qu'elles agiront comme si ce contrat était juridiquement contraignant. Comme dans la plupart des contrats APA, les parties en présence ne se connaissent pas beaucoup, il est généralement risqué de se fier seulement à la bonne volonté de chacun.

Même si le droit contractuel pertinent varie d'un pays à l'autre, les critères de base quant à la validité, l'équité et l'applicabilité restent sensiblement similaires de sorte qu'il est possible de les résumer dans ce chapitre. Il y a quatre adjectifs clés qui déterminent le statut juridique de n'importe quel contrat (et ce, dans l'ordre qui suit) : « **valide** » (un contrat est valide à partir du moment où un tribunal le considère comme constituant un instrument juridique) ; « **contraignant** » (un contrat contraignant impose aux parties des obligations légalement reconnues) ; « **applicable** » (un contrat peut être appliqué conformément à ses conditions sans avoir besoin de recourir au tribunal ou à une autorité quelconque) ; et « **exécutoire** » (un contrat exécutoire est un contrat dont l'exécution peut être ordonnée par un tribunal ou toute autre autorité compétente, soit en rendant obligatoire le respect du contrat soit en ordonnant une amende à l'encontre de celui qui le viole). Si un contrat est considéré comme invalide, inéquitable ou illicite, il peut être déclaré inva-

lide et révoqué immédiatement ou formellement dénoncé. Dans de nombreux cas, une telle dénonciation entraîne des résultats inéquitables. Dans tous les cas, qui dit doute quant à la validité d'un contrat etc. dit retards et incertitudes quant à son exécution forcée voire sa mise en œuvre.

Là encore, la négociation et l'élaboration d'un contrat APA réussi impliquent de répondre à toute une série de questions et de préoccupations difficiles à résumer dans le cadre de cette brochure. Cependant, chacune de ces questions est très importante et peut avoir des répercussions sur la réussite ou l'échec d'un contrat APA. Il convient donc de se pencher sur chacune d'entre elles.⁶

4.5 Attendez le meilleur ; préparez-vous à affronter le pire.

Cette règle reflète une raison majeure pourquoi il existe des contrats APA et pourquoi ces derniers sont utilisés dans les activités APA et autres relations, car celles-ci sont rarement prédictibles. Même si au départ les parties sont pleinement engagées en faveur de l'APA et même si elles décrivent les choses de manière similaire, il est très probable qu'à un moment ou un autre, il y aura des points de divergence (mineurs ou majeurs). Comme indiqué plus haut, les contrats écrits permettent aux parties d'identifier dès le départ les domaines susceptibles de créer l'incertitude ou des désaccords à l'avenir et de les clarifier, tandis que les parties sont toujours motivées pour trouver des solutions. C'est dans cet esprit que les rédacteurs de contrat agissent en attendant le meilleur, sans oublier la deuxième partie de la règle qui consiste à se préparer pour affronter le pire.

Pour se faire, les parties doivent décider des conséquences d'un désaccord ultérieur susceptible de n'être réglé qu'au travers d'un consensus ou d'un compromis. Jusqu'à présent, ce cas n'a pas été abordé dans la plupart des contrats APA. Par conséquent, jusqu'à maintenant lorsque les parties avaient un désaccord qu'elles n'arrivaient pas à résoudre, la partie lésée n'avait d'autre option que d'espérer que l'autre partie se comporte comme un gentilhomme remplissant ses obligations contractuelles.

En général, il y a plusieurs options pour traiter la question de l'applicabilité d'un contrat. La manière la plus efficace de dresser un contrat qui incite les parties à remplir leurs obligations. Une partie est plus encline à remplir ses obligations contractuelles tant qu'elle

⁵ Ces questions sont traitées dans le chapitre 3 du livre intitulé *Drafting Successful Access and Benefit-sharing Contracts* qui fournit des conseils et des suggestions pour les traiter.

⁶ Ces questions sont traitées dans le chapitre 7 du livre intitulé *Drafting Successful Access and Benefit-sharing Contracts*, qui fournit une orientation supplémentaire ainsi que des suggestions pour traiter ces questions.

a droit à un avantage ou service quelconque en raison du contrat. En revanche, elle sera moins encline à remplir ses obligations si elle a déjà reçu tout ce qu'elle pouvait attendre du contrat. C'est souvent le cas dans les contrats APA étant donné que l'accès aux ressources précède la création d'avantages susceptibles d'être partagés.

Cependant, les motivations pratiques peuvent changer au fil du temps, ce qui est difficile à prédire. Dans la négociation d'un contrat, les parties ne veulent surtout pas se retrouver dans une situation qui les contraint à prendre des mesures visant à faire exécuter le contrat. Cependant, ce genre de situation est monnaie courante. Pour la fonctionnalité du contrat, il est essentiel de faire tout son possible pour assurer l'applicabilité juridique au cas où. En pratique, les entités commerciales et les hommes d'affaires sont plus enclins à négocier ou à faire des compromis en cas de litige si l'autre partie est en mesure de mener une action en justice pour exiger une application formelle du contrat, même s'il y a une faible chance que cette partie le fasse réellement.

Beaucoup de rédacteurs de contrats APA choisissent de ne pas s'occuper de la question d'applicabilité parce qu'ils doutent qu'un tribunal étranger fasse appliquer le contrat APA. Même si ces doutes sont potentiellement justifiés, il y a beaucoup d'autres raisons pourquoi le contrat devrait inclure des clauses d'exécution. Par exemple, l'application formelle est non seulement possible, mais elle est également recommandée si l'utilisateur a des actifs ou des activités dans le pays fournisseur. En outre, même si le fournisseur est conduit à mener des poursuites judiciaires à l'étranger, il est possible qu'il reçoive de l'aide au travers des clauses contractuelles concernant la question de l'application (il est important de se rappeler que même si le fournisseur n'a pas de fonds pour mener une procédure judiciaire, il est possible qu'une ONG ou un groupe issu de la société civile soit d'accord pour mener l'affaire en justice au nom du fournisseur).

Un contrat peut inclure toute clause souhaitée par les parties, cependant une clause qui ne prévoit pas le recours en justice n'a peu de sens ou d'efficacité. Il est essentiel pour les négociateurs et les rédacteurs de contrat APA de se concentrer sur le fait que le contrat doit concéder aux parties le droit au « recours ». Le chapitre 8 du livre intitulé *Drafting Successful Access and Benefit-sharing Contracts* est consacré aux nombreux éléments qui tournent autour de cette règle en donnant un aperçu bref et simplifié des différents concepts liés aux recours juridiques ainsi que des conseils et des exemples concernant le meilleur moyen pour traiter ces questions dans un contrat. Parmi ces recours juridiques dont il convient de tenir compte, citons : i) l'interprétation contractuelle (p. ex. on demande à un tribunal ou à un arbitre de prendre une décision quant à la signification et à l'application d'une clause particulière dans une situation

particulière) ; les recours compensatoires (un tribunal ou un arbitre ordonne à une partie de payer à l'autre une certaine somme de monnaie en guise de « réparations ») et les « recours équitables » (un tribunal ou un arbitre rend une ordonnance pour régler le caractère abusif d'un contrat ou des actions d'une ou plusieurs parties).

À cet égard, il est important d'inclure les clauses qui spécifient si l'arbitrage sera requis et si oui quelles seront les procédures à suivre. Il y a beaucoup de facteurs susceptibles d'affecter la détermination si les litiges doivent être soumis à un arbitrage commercial ou à une médiation.

4.6 Préservez les droits contractuels / attentes.

Dans un contrat, il est possible d'envisager le recours aux garanties et autres moyens pour faire en sorte que les parties se comportent d'une manière digne du contrat et soient protégées de l'irresponsabilité financière de l'autre partie. La question de la fonctionnalité des contrats APA et en fait du régime APA dans sa totalité se situe dans le fait que l'application formelle des contrats internationaux (dans une procédure judiciaire ou arbitrale) est tellement difficile et onéreuse que les fournisseurs de ressources soumises à l'APA n'essaient même pas d'engager une telle procédure à moins qu'on ne leur offre des aides financières et autres. Ceci soulève une question de fond : si les parties sont incapables de faire appliquer le contrat en recourant au tribunal, qu'est-ce qu'elles peuvent vraiment faire en cas de litige non résolu ou de violation du contrat ?

Il y a beaucoup de types de clauses contractuelles qui peuvent être utilisées pour permettre à une partie d'exiger de l'autre qu'elle remplisse ses obligations contractuelles ou qu'elle paie des indemnités ou tout autre montant sans avoir besoin de mener l'affaire en justice pour cela. Parmi ces mécanismes, citons les garanties, les comptes de séquestre, les assurances, les lettres de crédit, les hypothèques, les actes de fiducie et autres arrangements de sécurité.

L'inclusion de ces mécanismes dans un contrat APA, à condition qu'ils soient rédigés de manière adéquate, peut augmenter les chances que les objectifs du contrat soient exécutés par les deux parties.⁷

⁷ Ces questions sont traitées dans le chapitre 7 du livre intitulé *Drafting Successful Access and Benefit-sharing Contracts*, qui fournit une orientation supplémentaire ainsi que des suggestions pour traiter ces questions.

4.7 Évitez les présupposés juridiques erronés.

Il est important de se rappeler que les questions contractuelles sont des questions juridiques. Pour cette raison, les personnes chargées de la négociation, de l'élaboration et de la mise en œuvre du contrat APA doivent avoir des connaissances de base sur les questions juridiques impliquées. Il est important que chaque personne examine ses présupposés concernant les contrats et essaye de déterminer si ceux-ci sont corrects ou non.

Même s'il y a beaucoup d'hypothèses dans la pratique contractuelle, il y en a trois qui sont particulièrement problématiques, parce que souvent les non-juristes ne les reconnaissent pas comme des concepts juridiques et c'est la raison pour laquelle ils n'essaient même pas de déterminer si leurs hypothèses sont correctes. Ces trois hypothèses sont courantes dans les négociations et les contrats APA :

1. beaucoup de parties supposent à tort que leurs incertitudes juridiques quant au droit contractuel étranger peuvent être éliminées en insistant sur le fait que le contrat soit « régi » par le droit de leur pays ;
2. souvent, les parties supposent à tort que la plupart des préoccupations juridiques relatives aux contrats internationaux peuvent être facilement résolues en se référant au droit privé international et
3. souvent, les parties croient à tort qu'il existe un ensemble de lois commerciales internationales pour résoudre les problèmes issus des contrats internationaux et de leur application.

Cependant, aucune de ces hypothèses n'est correcte. Premièrement, dans de nombreux cas, la spécification d'une loi nationale comme « droit applicable pour le contrat » ne constitue qu'une première étape pour déterminer quel droit sera applicable en cas de litige résultant du contrat.

Deuxièmement, le droit privé international n'est pas du tout une collection de lois convenues. Ce terme désigne plutôt un secteur d'études universitaires très compliqué qui examine les règles, normes et exceptions qui sont appliquées lorsqu'on demande à un tribunal de déterminer quel corpus normatif s'applique à une action judiciaire particulière.

Troisièmement, même s'il y a des dizaines d'instruments internationaux qui ont essayé de développer un corps unifié de lois commerciales internationales, il n'y en a que très peu qui sont en vigueur. Quelques-uns, y compris les principes UNIDROIT sont des principes purement non contraignants susceptibles d'être utilisés dans les contrats si les parties en conviennent. D'autres ont été adoptés comme instruments contraignants, mais n'ont été ratifiés que par très peu de pays. La plupart des conventions relatives au droit commercial qui sont en vigueur n'ont été ratifiées que par quelques parties seulement.

Ce dernier point est également important pour d'autres raisons. Aucun de ces instruments internationaux existants, qu'ils soient contraignants ou non, ne traite des questions juridiques ouvertes qui affectent les contrats APA. Cependant, virtuellement, tous ces instruments incluent des clauses susceptibles d'avoir un impact indésirable sur le contrat APA, par exemple les clauses qui imposent des droits spécifiques ou qui modifient les obligations des parties, en fonction de la manière dont l'objet du contrat a été transféré d'un pays à l'autre. De telles clauses sont écrites sans équivoque de sorte qu'elles sont contraignantes sauf stipulations contraires. Ces clauses ne sont pas pertinentes pour les contrats APA. À moins que le contenu de cet instrument ait fait l'objet d'une recherche minutieuse de la part des parties et que ces dernières aient demandé conseil à un juriste quant aux effets du contrat envisagé, les parties pourront être confrontées à des conséquences plutôt drastiques, si leur contrat APA stipule qu'il sera régi par un instrument contractuel international spécifique.

Le manque de corpus de lois établissant des mécanismes légaux clairs et assurant leur application uniforme constitue un problème, notamment pour les parties qui supposent qu'un tel droit existe ou pensent que leur clause déterminant le droit applicable résoudra le problème. Les auteurs recommandent que les rédacteurs de contrats APA évitent l'utilisation d'une telle clause ou d'une référence à un instrument international à moins d'avoir une compréhension parfaitement claire de leur répercussion sur leur contrat.⁸

⁸ Ces questions sont traitées dans le chapitre 10 du livre intitulé *Drafting Successful Access and Benefit-sharing Contracts*.

5. Usage de modèles et de normes

Une question cruciale dans l'élaboration de contrats APA a trait à l'usage de modèles de contrats APA, de clauses types et de normes internationales en matière d'APA. Même si beaucoup d'entreprises utilisatrices et autres entités ont publié des documents qui se réfèrent à des contrats types APA, aucun de ces instruments ne traite suffisamment des questions abordées dans la partie 4 de cette brochure. Il s'agit là d'une mauvaise nouvelle pour tous ceux qui négocient les contrats APA et qui auraient souhaité qu'il existe des modèles et des normes de régime APA reconnus à l'échelle internationale.

Cependant, il s'agit d'un domaine où l'on espère encore voir la communauté internationale agir en matière d'APA. Le PN recommande fortement l'adoption de modèles et de dispositions types et si cela est fait d'une manière juste et équilibrée, cela profitera à tous.

Même si l'adoption formelle de modèles ne se fera jamais, il est tout à fait probable que les normes internationales grandiront avec la pratique en matière d'APA. Même si le processus prend du temps, si un nombre large de contrats APA sont adoptés et leurs clauses générales sont rendues publiques, il en résultera une « approche standard » pour chacun des défis résultant de l'élaboration de contrats APA comme ils sont discutés dans le livre intitulé *Drafting Successful Access and Benefit-sharing Contracts*. Plus il y aura de contrats et plus les nouveaux contrats APA pourront être rationalisés, et plus les tribunaux et les arbitres auront de certitude quant aux normes à appliquer.

Cependant, tant que les modèles et les normes n'auront pas atteint ce point, les auteurs suggèrent que les rédacteurs fassent preuve de prudence dans l'usage d'anciens contrats APA comme modèle de travail. Il convient de rappeler que jusqu'à ce jour, aucun contrat APA ne s'est révélé être efficace pour assurer le respect et la mise en œuvre de ce dernier par les parties. De plus, un fournisseur qui aura utilisé un modèle de contrat qui ne lui aura apporté aucun avantage risque (par frustration) de renoncer à chercher d'autres moyens de dresser un contrat fonctionnel. Si une partie ou un rédacteur décide d'utiliser un ancien contrat pour servir de base à un nouveau contrat, cette partie ou le rédacteur devra utiliser ce modèle tout au plus pour se familiariser avec le sujet. Nous recommandons aux négociateurs et aux rédacteurs de recourir aux conseils d'un spécialiste en droit contractuel qui devra étudier minutieusement ce contrat de manière à éliminer toute clause inadéquate dans le nouveau contrat et à éviter que les erreurs du passé se répètent.

En outre, comme toute création humaine, les contrats doivent évoluer de manière permanente. Utiliser un ancien contrat qui a été efficace dans le passé ne signifie pas pour autant qu'il le sera à l'avenir, tandis qu'un nouveau contrat est le pari que les innovations qu'il contient pourront réussir. En définitive, il convient de se rappeler que toute négociation de contrats est une série de compromis, qu'on utilise un ancien ou un nouveau contrat. Si vous partez du compromis final convenu par des parties dans le passé, vous risquez de vous éloigner des objectifs que vous aviez au départ.

6. Leçons bénéfiques aux contrats APA, issues du droit contractuel et de la pratique

Voici quelques-unes des leçons issues des pratiques contractuelles générales appliquées à l'élaboration et à la rédaction d'un contrat APA.

- Développez une stratégie pour la négociation d'un contrat APA efficace du point de vue juridique.
- Assurez-vous que chaque aspect du contrat est univoque et vérifiable depuis l'extérieur, utilisez des termes plus précis que ceux qui sont utilisés en droit international.
- Assurez-vous que les parties stipulées dans le contrat sont des entités juridiques habilitées à conclure le contrat.
- Rédigez des clauses clés concrètes de manière à ce que celles-ci puissent être reconnues comme « exécutoires ».
- Traitez la question du transfert à tierce partie, indiquez clairement les voies à suivre de manière à ce que les obligations contractuelles des parties ne se perdent pas dans ce type de situation.
- Comprenez les concepts de validité contractuelle et de force exécutoire et appliquez-les dans votre contrat. Soyez conscient des exigences et des limitations du droit contractuel au moment où vous rédigez le contrat.

- Incluez des clauses susceptibles de maximaliser le recours juridique des parties.
- Incluez des garanties et autres provisions qui permettront aux parties de faire exécuter le contrat.
- Ne faites pas reposer votre contrat sur des concepts abusifs et mal compris tels que « droit applicable », « droit privé international », « droit commercial international », car dans la plupart des cas, ces concepts ne contribueront pas forcément à la réussite de votre contrat, puisque le texte contractuel doit avoir une valeur en soi.

7. Conclusion

Toutes les parties à la CDB et au PN sont convenues que les contrats constitueraient l'outil principal pour que l'APA fonctionne correctement. Même si les choses sont claires à ce sujet, cela n'a pas simplifié pour autant les défis qui restent à relever dans le domaine. Pour que le contrat APA réussisse, il doit être plus qu'un simple document qui reprend des termes, concepts et phrases de la CDB et du PN. Même s'il n'y a pas de solutions miracles pour assurer la réussite d'un contrat APA, l'application adéquate de principes et de pratiques de base issus du droit contractuel permettra de personnaliser vos contrats APA de manière à maximaliser les chances de leur mise en œuvre et de leur caractère exécutoire. Des progrès devront être faits dans les années qui viennent et il conviendra de tirer des leçons à partir de ces expériences.

Publié par :

Deutsche Gesellschaft für
International Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Dr. Andreas Drews

Manager de l'Initiative de renforcement des capacités pour l'APA

Bonn & Eschborn
Dag-Hammarskjöld-Weg 1-5
65760 Eschborn
Allemagne

T +49 (6196) 79-1363
F +49 (6196) 7980-1363
E abs-initiative@giz.de
I www.abs-initiative.info

© Deutsche Gesellschaft für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH / Mars 2018



www.abs-initiative.info