

L'INITIATIVE DE
RENFORCEMENT
DES CAPACITES
POUR L'APA

Comment (ne surtout pas) négocier des accords d'accès et de partage des avantages

Auteur : Dr. Kabir Bavikatte
(Institut pour la durabilité et la paix de
l'Université des Nations Unies (UNU-ISP))

Avec le soutien de
Morten Walløe Tvedt
(Institut Fridtjof Nansen)
Valérie Normand
(Initiative de renforcement des
capacités pour l'APA)
Dr. Susanne Heitmüller
(Initiative de renforcement des
capacités pour l'APA)

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

À propos de l'Initiative de renforcement des capacités pour l'APA

L'Initiative de renforcement des capacités pour l'APA contribue à la réalisation des objectifs de développement durable (ODD) en soutenant la mise en œuvre du Protocole de Nagoya sur l'accès et le partage des avantages (APA). L'APA constitue le troisième objectif de la Convention sur la diversité biologique (CDB). Grâce à des services d'appui ciblés, l'Initiative APA facilite trois processus essentiels : le développement de cadres réglementaires et institutionnels APA, la négociation d'accords APA justes et équitables et l'intégration des peuples autochtones et communautés locales dans les procédures respectives. L'Initiative APA est actuellement financée par les gouvernements allemand et suisse, l'Organisation internationale de la Francophonie/Institut de la Francophonie pour le développement durable (OIF/IFDD) et le 11e Fonds européen de développement (par le biais de l'Accord de partenariat ACP-UE). Créé en 2006, le secrétariat de l'Initiative APA est situé au siège de la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH en Allemagne.

Table des matières

INTRODUCTION	4
TRAITER SÉPARÉMENT LES QUESTIONS DE FOND ET LES QUESTIONS DE PERSONNE :	6
Scénario (a)	6
Scénario (b)	7
Scénario (c)	8
SE CONCENTRER SUR LES INTÉRÊTS EN JEU, ET NON SUR LES POSITIONS :	10
Scénario (a)	10
Scénario (b)	12
IMAGINER DES SOLUTIONS GAGNANT-GAGNANT :	13
Scénario (a)	13
Scénario (b)	15
INSISTER SUR L'UTILISATION DE CRITÈRES OBJECTIFS :	16
Scénario (a)	16
Scénario (b)	17
PERSONNE À CONTACTER	18

Introduction

Rédiger un manuel susceptible d'aider ceux qui négocient des accords d'accès et de partage des avantages (APA) est une tâche ardue. En tant qu'auteurs de ce manuel, nous avons acquis des années d'expérience au travers des négociations du Protocole de Nagoya, en aidant les pays à dresser et à mettre en œuvre des régimes APA et à négocier des accords APA. Cependant, notre plus grand défi a été de distiller l'expérience et de tirer des enseignements pour les porter dans un manuel pratique et facile à utiliser, susceptible d'aider les différentes parties prenantes impliquées dans l'APA.

On pourrait soutenir qu'au fond la négociation d'accords APA n'est pas vraiment différente de la négociation d'un autre type d'accord, et nous aurions plutôt tendance à être d'accord avec ce jugement. Nous aussi nous pensons que les individus et les institutions qui négocient des accords APA peuvent tirer profit de ces nombreux ouvrages qui traitent de la manière de négocier des contrats réussis. Cependant, nous aimerions attirer l'attention du lecteur sur le fait que les accords APA présentent néanmoins certaines particularités par rapport à d'autres types de négociations contractuelles. Nous espérons que ces lignes permettront d'harmoniser la sagesse traditionnelle des bonnes négociations contractuelles avec nos propres et récentes expériences et nos idées sur la négociation d'accords APA. Le manuel que vous tenez dans vos mains est le fruit de ces efforts. Il conjugue le meilleur du passé et du présent.

Distinguer entre les aspects de fond et les aspects de procédure des négociations a constitué un autre défi dans la rédaction de ce manuel sur les accords APA. Dans le feu des négociations APA, les aspects de fond et les aspects de procédure ont tendance à s'imbriquer, l'un dans l'autre, de sorte que les nuances restent parfois théoriques. Or, la façon d'aborder les aspects de procédure aura un impact significatif sur les résultats de fond. Nous sommes convaincus que les aspects de fond et les aspects de procédure sont imbriqués l'un dans l'autre parce que les possibilités et opportunités de fond ne peuvent être créées que dans un climat procédural approprié.

Pour ne pas tomber dans le piège des distinctions théoriques entre fond et procédure, nous avons étoffé ce manuel d'études de cas. Nous partirons de cas ou de scénarios de négociation APA réels que nous avons vécus, pour dégager les enseignements à tirer. En fonction de ses besoins, le lecteur pourra classer lui-même les enseignements tirés dans les catégories aspect de fond ou aspect de procédure.

Nous avons l'intention d'élaborer d'autres documents d'aide à la négociation APA portant sur les aspects de fond : liste de contrôle des éléments clés à traiter dans les contrats APA, clauses types, modèles, etc. Le présent manuel se veut holistique tout en proposant une approche pratique pour la négociation d'accords APA.

Le dernier défi à relever a été celui de la classification. Nous nous sommes demandés quelle serait la meilleure façon de classer tous ces scénarios et les enseignements à tirer. Ce point était crucial puisque nous voulions que la recherche au travers du manuel reste conviviale et que les scénarios ne se confondent pas dans une masse indiscernable. Nous avons donc décidé de respecter la tradition et de reprendre la classification proposée par Roger Fisher et William Ury dans leur classique de la négociation contractuelle, publié en 1981 : Comment réussir une négociation. Fisher et Ury déterminent trois critères à la base de négociations réussies, critères susceptibles d'être appliqués dans le contexte APA. Voici ces critères :

1. un bon accord est un accord sage ;
2. un bon accord est un accord efficace ;
3. un bon accord est un accord susceptible d'améliorer les relations ou tout au moins de ne pas nuire aux relations des parties en présence.

Un accord sage est un accord durable qui répond aux intérêts légitimes de chacun, respecte leurs droits et résout les intérêts conflictuels. Les auteurs proposent ensuite quatre principes auxquels les négociateurs doivent adhérer pour obtenir des négociations réussies en matière d'APA. Ces principes se concentrent sur la personne, les intérêts, les solutions et les critères. En termes simples, ces principes se résument comme suit :

1. Traiter séparément les questions de fond et les questions de PERSONNE ;
2. Se concentrer sur les INTÉRÊTS en jeu, et non sur les positions ;
3. Imaginer des SOLUTIONS gagnant-gagnant ;
4. Insister sur l'utilisation de CRITÈRES objectifs.

Pour la classification dans ce manuel, nous avons décidé de reprendre ces quatre principes qui, bien que simples à première vue, présentent plusieurs niveaux de complexité, qui sont tous mis en évidence dans

les scénarios qui suivent. Nous avons choisi quelques scénarios pour chaque principe, suivis par des enseignements susceptibles d'être tirés.

La structure et le style du manuel sont tels qu'il vise à atteindre plusieurs cibles. Il peut, par exemple, être utilisé par les négociateurs qui veulent se préparer à une négociation APA ou par les formateurs qui souhaitent organiser un atelier sur la négociation de contrats APA. S'il y a bien une chose que nous avons faite, c'est écrire ce manuel de manière à retenir l'attention des différentes parties prenantes impliquées dans le processus APA. Même si pour préserver l'anonymat des personnes concernées, nous avons supprimé le nom de certains individus et entités dans les scénarios, le lecteur peut être assuré que tous ces scénarios sont tirés de cas réels.

Bonne lecture !

Kabir Bavikatte

Avec le soutien de
Morten Tvedt, Valérie Normand et Susanne Heitmüller

Traiter séparément les questions de fond et les questions de PERSONNE :

Scénario (a)

Négociations APA entre les dirigeants de cinq clans d'une communauté autochtone d'Afrique australe et ceux d'une grande multinationale de produits alimentaires, de boissons et de produits cosmétiques portant sur l'utilisation des connaissances traditionnelles des agriculteurs pour développer des lotions capillaires et cutanées.

Les parties sont près d'un accord. La multinationale a promis de financer le voyage de tous les chefs autochtones qui ont participé aux négociations. Quelques jours avant la réunion, la multinationale informe les dirigeants qu'en raison de contraintes budgétaires, elle ne peut financer le voyage que de deux dirigeants. En entendant cela, l'un des chefs de clan ne peut s'empêcher de prendre la plume pour envoyer à la direction une lettre de protestation énergique en l'accusant de néocolonialisme et en affaiblissant délibérément la participation des représentants autochtones. Offensée par les accusations, la direction de la multinationale refuse de poursuivre les négociations à moins que la lettre ne soit retirée et que des excuses lui soient présentées. Deux années d'efforts pour amener les deux parties à la table des négociations risquent de ne pas aboutir pour rupture de confiance. Pour que les négociations puissent continuer, le chef suprême de tous les clans décide d'envoyer des excuses à la direction de la multinationale au nom de tous les chefs, en se distançant des accusations.

Enseignements tirés

I. Les négociations APA peuvent amener les parties à se rencontrer à des endroits différents dans plusieurs pays. Les voyages et les arrangements liés à l'organisation de telles rencontres risquent d'être coûteux et parfois inabordables pour certaines parties (p. ex. pour les pays en développement, les communautés autochtones et locales). Convenez d'avance du nombre approximatif de réunions, de la répartition des coûts et prenez vos dispositions pour recourir aux téléconférences.

II. Les négociations APA peuvent parfois devenir volatiles et personnelles en raison de la nature des parties concernées, de leur histoire et des ressources en cours de discussion (p. ex. des connaissances traditionnelles).

Essayez de créer des espaces dans les négociations pour que les gens puissent se défouler et faire preuve de franchise quant à leurs sentiments. Essayez de traiter séparément les questions de fond et les questions de personne, ne réagissez pas aux débordements et prenez le temps de répondre (plusieurs jours s'il le faut) plutôt que de succomber aux réactions spontanées au travers de propos ou de courriels que vous pourriez regretter ultérieurement. Écoutez attentivement les doléances, vérifiez constamment que vous avez bien compris votre interlocuteur et répondez toujours de manière constructive.

III. Les négociations APA notamment avec les communautés détentrices de ressources génétiques ou de connaissances traditionnelles associées sont compliquées. Les communautés sont rarement homogènes et les intérêts peuvent diverger au sein d'une même communauté. Il est important que les représentants de la communauté s'assurent qu'ils aient reçu un mandat clair de la part de leur communauté pour les négociations et les concessions et qu'ils vérifient régulièrement en interne si les acteurs clés sont toujours satisfaits de la façon dont les choses se déroulent. Il est également essentiel pour les entreprises, institutions ou entités qui négocient avec les communautés de vérifier fréquemment que les représentants de la communauté disposent toujours du mandat nécessaire et de l'adhésion des parties prenantes communautaires clés. De même, il est essentiel que les communautés (ou autres fournisseurs de ressources génétiques) demandent des précisions quant au mandat de l'entreprise ou des représentants institutionnels avec lesquels ils négocient.

Scénario (b)

L'Institut pour la Conservation de la Biodiversité (IBC) en Éthiopie a conclu un accord APA avec la société néerlandaise High Performance Food International (HPFI) portant sur l'utilisation des ressources génétiques du teff par HPFI pour produire des suppléments nutritionnels comprenant du pain et de la bière pour les personnes allergiques au gluten.

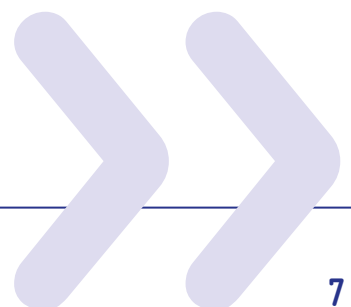
Pendant toute la durée de l'accord, les relations entre les parties n'ont cessé d'empirer. HPFI a soumis à IBC des rapports périodiques sur le développement des produits teff en néerlandais. IBC s'est plaint de ne pas comprendre la langue dans laquelle le rapport a été rédigé. HPFI a également fait part de ses inquiétudes concernant l'impossibilité d'importer du grain de teff en provenance d'Éthiopie puisque le gouvernement éthiopien a interdit les exportations de teff afin de préserver la sécurité alimentaire nationale. IBC réplique que jusqu'à présent, il n'a reçu aucun avantage réel de HPFI, bien que HPFI ait affirmé avoir déposé des fonds sur un compte en fiducie. Les relations entre IBC et HPFI deviennent de plus en plus acrimonieuses. Peu de temps après, HPFI déclare faillite

Enseignements tirés

I. De par leur nature même, les accords APA sont des contrats à long terme qui impliquent de passer par diverses étapes allant de la recherche au développement de produits, en passant par le marketing, avec des avantages convenus au préalable qui seront partagés lorsque certains jalons spécifiques auront été atteints. La nature des accords APA requiert une communication claire, compréhensible et régulière entre les parties, même après la conclusion de l'accord, et un échange périodique des préoccupations et des intérêts de chaque partie à la lumière des développements au niveau du pays ou de l'entreprise. Même si l'accord doit être juridiquement contraignant, il doit inclure des clauses susceptibles de répondre aux éventualités, aux besoins résultant des éventuels

développements, tels que la nécessité de traduire des documents ainsi que de bons mécanismes de règlement des différends (p. ex. la conciliation, la médiation et l'arbitrage).

II. Parce que la plupart des accords APA se déroulent dans des contextes interculturels, il est essentiel d'être sensible aux nuances culturelles et aux attentes qui risquent de ne pas être articulées de manière explicite. En outre, la langue de négociation n'est peut-être pas la langue dans laquelle toutes les parties à l'accord sont à l'aise et il est possible que les parties préfèrent s'entretenir dans leur langue maternelle. Ceci risque d'entraîner de véritables problèmes de communication et des malentendus. Dans certains cas, cela pourra même conduire à une rupture de confiance et, par conséquent, à la rupture des négociations ou de l'accord. Pour répondre à ces défis, il conviendra de prendre ses dispositions en réduisant les hypothèses et en vérifiant périodiquement que l'on a bien compris ses interlocuteurs.



Scénario (c)

L'Institut de Médecine Traditionnelle (ITM) en Inde a entamé des négociations APA avec une grande société de cosmétiques pour l'utilisation des connaissances traditionnelles relatives au maintien d'une peau claire.

En amont des négociations, ITM a eu plusieurs réunions avec les scientifiques de l'entreprise, enthousiastes à l'idée de passer un accord de collaboration de recherche qui, selon eux, devrait aboutir à une percée dans le secteur des cosmétiques. À un stade ultérieur des négociations, l'entreprise envoie ses directeurs nationaux et ses juristes pour discuter du partage des avantages. Les directeurs et les juristes sont chargés de veiller à ce que l'accord de partage des avantages favorise l'entreprise. Ils ne sont pas autorisés à faire des concessions. Au cours des négociations, l'ITM constate que les nouveaux négociateurs ne présentent pas le même enthousiasme que leurs prédécesseurs (les scientifiques) en ce qui concerne les connaissances traditionnelles et le partenariat de recherche à long terme.

Les nouveaux négociateurs ont l'impression qu'ils font ce qu'ils sont supposés faire : protéger les intérêts de l'entreprise. Les responsables ITM relèvent que les scientifiques avaient pour tâche d'identifier des possibilités de nouveaux produits, tandis que les directeurs et les juristes sont chargés de conclure l'affaire. Les responsables ITM estiment qu'ils ont été induits en erreur quant aux motivations de l'entreprise. Les négociations échouent au bout d'une année de travail ardu.

Enseignements tirés

I. La plupart des négociations sur l'accès et le partage des avantages impliquent la participation de différents acteurs au sein d'une même partie, à différents stades des négociations. Chacun de ces acteurs peut avoir des rôles différents. Par exemple au sein d'une même entreprise, les négociations peuvent impliquer le service de R et D, du marketing, des finances ainsi que le service juridique. Il est possible que tous ces acteurs ne partagent pas les mêmes

intérêts, le même mandat ou les mêmes compétences ou agissent sans coordination. Le service juridique chargé de dresser l'accord APA pourrait soulever des préoccupations susceptibles d'entrer en conflit avec certaines offres faites par les scientifiques au cours des premières phases des négociations. Pour répondre à ce défi, il conviendra de vérifier régulièrement le mandat précis des négociateurs et de ne pas confondre les déclarations ou les opinions exprimées au cours des négociations avec ce qu'une partie est prête à accepter réellement.

II. Les négociateurs APA supposent parfois à tort que l'autre partie connaît ses propres processus de prise de décision. Or cette hypothèse erronée risque de mener plus tard à des accusations de mauvaise foi lorsque les parties à une négociation se rendent compte que leurs attentes concernant certains résultats de la négociation n'avaient aucun fondement. Il est donc essentiel de clarifier au début de chaque négociation les processus internes de prise de décision de chaque partie. En outre, il est essentiel de répéter à la fin de chaque négociation ce qui a été convenu, ce qui doit être approuvé en interne et quelles seront les prochaines étapes.

III. En raison des contextes différents des parties impliquées dans une négociation APA (communautés, gouvernements, entreprises, recherche, etc.), les priorités des parties peuvent différer considérablement. Le risque est de s'attaquer aux personnalités plutôt qu'aux problèmes et de tirer des conclusions simplistes quant aux motivations ou au caractère des négociateurs. Or, lorsque les problèmes sont personnalisés, cela aboutit rapidement à la rupture des discussions ou tout au moins crée un climat d'acrimonie qui n'est certainement pas propice aux négociations efficaces. Il est donc important de se rappeler que les négociateurs sont tout d'abord des personnes et non pas les entités qu'elles représentent. Des actions de bonne volonté, petites, mais fréquentes, comme le partage d'un repas ou d'une boisson occasionnelle, contribuent grandement à établir la confiance et à engendrer des négociations efficaces.

IV. En raison de la nature des enjeux dans une négociation APA, les discussions risquent de tourner très rapidement au combat idéologique. Les négociateurs cherchent alors à marquer des points au travers de leurs discours afin de gagner le débat idéologique. Ce type de situations ne peut aboutir à des résultats sages puisqu'elles ne permettent pas d'en savoir plus sur les intérêts réels de l'autre partie et ne font que renforcer les préjugés. Il est donc essentiel de veiller à ce que les négociateurs laissent de côté l'idéologie et posent plutôt des questions pratiques, demandent des éclaircissements et discutent de manière à se comprendre plutôt que pour gagner un débat ou marquer des points.



Se concentrer sur les INTÉRÊTS en jeu, et non sur les positions :

Scénario (a)

Le gouvernement d'un pays d'Asie du Sud a engagé des négociations APA avec une entreprise de textile australienne afin de mener des recherches sur la fibre unique en son genre d'une plante locale qui se trouve dans le pays en question dans le but de mettre au point une nouvelle variété textile.

Les négociations en cours arrivent au stade final, et le gouvernement a réussi à travailler en étroite collaboration avec une coopérative communautaire de producteurs et de récolteurs susceptibles de bénéficier de l'accord APA conclu entre le gouvernement et l'entreprise australienne. Sur invitation du gouvernement, l'entreprise s'est rendue deux fois dans le pays en question. Les relations de travail sont excellentes, et les deux parties se réjouissent des avantages mutuels résultant de l'accord APA.

Les négociations étant en phase de finalisation, les parties se réunissent pour discuter de la marche à suivre. L'entreprise australienne conclut ses recherches en décidant de ne pas passer à la production de textiles. Pour le gouvernement, l'accès facilité à ses ressources génétiques a été octroyé à l'entreprise australienne aux fins de recherche, de manière à passer à la production. Par conséquent, comme l'entreprise a décidé de ne pas aller de l'avant avec la production, les résultats de la recherche appartiennent au gouvernement. L'entreprise australienne n'est pas d'accord avec cette analyse et déclare que les résultats de recherche lui appartiennent dans la mesure où c'est elle qui a investi dans la recherche.

Les négociations marquent le pas jusqu'au moment où une négociatrice du gouvernement demande que les parties se rencontrent pour discuter de leurs véritables intérêts derrière leurs positions respectives. Se faisant la porte-parole du gouvernement, elle exprime les intérêts du gouvernement en notant que celui-ci craint que l'entreprise australienne vende les précieux résultats de la recherche à une tierce partie pour contourner ses obligations contractuelles vis-à-vis du gouvernement et que l'entreprise continue ainsi de bénéficier de

l'utilisation de la ressource génétique. L'entreprise australienne déclare qu'elle n'a pas l'intention de vendre les résultats de la recherche à une autre société, mais qu'elle craint que le gouvernement le fasse alors que l'entreprise aurait pu le faire pour couvrir les coûts de la recherche.

Les parties en présence ayant fait part de leurs craintes, la négociatrice du gouvernement suggère que les positions respectives soient prises au sérieux. Le gouvernement déclare que son intention n'est pas de gagner de l'argent grâce à la recherche de l'entreprise, mais d'empêcher qu'elle profite indirectement des informations relatives aux ressources génétiques ou de transférer ces informations à tierces parties. Cependant, le gouvernement est prêt à prendre au sérieux les préoccupations de l'entreprise et accepte de couvrir les coûts de recherche de l'entreprise si le gouvernement décide de vendre les résultats de la recherche. Très vite, les parties décident de conclure un accord APA qui n'aurait pu voir le jour si elles étaient restées sur leurs positions et n'avaient pas essayé de s'enquérir de la volonté de l'autre.

Les clauses de résiliation sont alors modifiées comme suit :

À l'abrogation de l'accord, la société X et le gouvernement s'engagent à ne pas utiliser les données / résultats / conclusions de la recherche quant au matériel accédé et ce, à quelque fin que ce soit. Toutefois, si la société X a l'intention d'utiliser les données / résultats / conclusions de l'accord résilié pour poursuivre ses recherches ou lancer la production, elle devra demander un permis au gouvernement en suivant les procédures nécessaires.

Si la Société X a l'intention de transférer ces données / résultats / conclusions, résultant de l'accord résilié à un tiers, un tel transfert ne pourra se faire qu'avec l'approbation préalable du gouvernement et selon les conditions fixées par ce dernier.

Si le gouvernement a l'intention d'utiliser commercialement les données / résultats / conclusions, résultant de l'accord résilié, la société X aura droit au recouvrement intégral des coûts plus 50% de ses dépenses financières jusqu'à la date de résiliation. Les fonds pour cela seront limités aux sommes ou autres avantages financiers directs ou indirects résultant de la vente ou de l'utilisation de toute partie des données / résultats / conclusions, achevés au moment de la résiliation, par ou via le gouvernement ou toute autre organisation qui utilise les données / résultats / conclusions, développés par la Société X. La valeur monétaire des données / résultats / conclusions, développés par la Société X avant la résiliation sera déterminée d'un commun accord en utilisant les pratiques comptables standard ou par arbitrage tel que cela est stipulé dans la clause z.

Enseignements tirés

- I. Dans les négociations APA, les parties en présence proviennent généralement de milieux très différents. Ainsi, lorsque des positions sont exprimées au cours des négociations, il peut arriver que les parties ne saisissent pas pleinement les intérêts qui se cachent derrière ces positions. Ainsi, quand une partie est en désaccord avec la position de l'autre, elle risque de contre-attaquer en présentant plus de positions sans clarifier les intérêts derrière ces positions. Si ces positions sont elles aussi inacceptables, le ton des négociations change et les parties supposent que leurs intérêts sont inconciliables. Cependant, si les parties discutent franchement leurs intérêts dès le départ, elles peuvent essayer de concilier leurs intérêts plutôt que leurs positions. En exprimant leurs intérêts, les parties comprennent qu'il existe différentes positions susceptibles de répondre à leurs intérêts, ce qui leur permet de multiplier leurs options. En outre, les parties réalisent également que derrière des positions apparemment opposées, elles ont plus d'intérêts communs que d'intérêts antagonistes.
- II. Les négociations APA se caractérisent souvent par la méconnaissance des positions et objectifs de la partie adverse. Par exemple, il est possible que les gouvernements aient du mal à saisir les priorités des entreprises, que les entreprises ne soient pas conscientes des préoccupations communautaires ou que les communautés et les entreprises ne réalisent pas l'ampleur des défis que doit relever le gouvernement. Il est donc utile que les parties consacrent une bonne partie des négociations afin d'expliquer le pourquoi et le comment pour veiller à ce que les parties soient suffisamment informées à la table des négociations. Il convient d'encourager les parties à exprimer leurs problèmes / préoccupations avant de les confronter à des positions qui risquent de les acculer au mur.
- III. Les parties aux accords APA ont tendance à être préoccupées en raison de la nature de leurs investissements. Il est possible que le gouvernement qui fournit une ressource génétique n'ait pas les moyens de la surveiller et de la suivre, qu'une entreprise craigne que le gouvernement manque à ses engagements alors que des sommes importantes ont été investies dans la recherche et développement. Une formulation claire de ces préoccupations permettra d'inclure dans l'accord APA les garanties et recours nécessaires au cas où les choses ne se déroulent pas comme prévu.



Scénario (b)

La structure fédérale d'une nation insulaire du Pacifique implique un État fédéral composé de quatre entités fédérales. Le gouvernement fédéral peut créer des lois concernant les ressources génétiques d'une entité fédérée à condition que celle-ci lui confère ce pouvoir législatif. En revanche, l'entité fédérée est responsable de la mise en œuvre de cette loi dans sa région. De plus, le gouvernement de cette entité fédérée est tenu de consulter les chefs des tribus locales pour ce qui est de l'élaboration ou de l'application de toute loi relative aux ressources biologiques. En effet, ce sont les tribus qui détiennent les pouvoirs d'octroyer ou non l'accès aux ressources qui se situent sur leurs terres.

Une entreprise coréenne engagée dans la recherche sur les plantes marines approche le ministère fédéral de l'Environnement pour demander l'accès à certaines espèces d'algues dans les lagons de l'une de ces entités fédérées. Le ministère renvoie l'entreprise vers son homologue au niveau de l'entité fédérée qui, à son tour, renvoie l'entreprise vers le chef de la tribu du territoire où se trouvent les lagons. L'entreprise finit par signer un accord APA avec le gouvernement de l'entité fédérée, mais plus tard l'entreprise se voit confrontée à des préoccupations soulevées à la fois par le gouvernement central fédéral et le chef local de la tribu en raison d'un manque de consultations avec eux.

Enseignements tirés

- I. Les cadres juridiques, administratifs et coutumiers circonscrivent les négociations de contrats APA impliquant gouvernements et communautés. Il existe des limites législatives, administratives ou coutumières quant à ce qu'un négociateur représentant le gouvernement central fédéral, une entité fédérée ou une communauté peut offrir ou accepter dans une négociation. Par exemple, la marge de manœuvre d'un négociateur gouvernemental est limitée par les prescriptions du cadre APA de son pays, même si ce négociateur aimerait faire des concessions plus larges en raison du caractère unique de l'objet de la négociation. Il en est de même du représentant de la communauté dans une négociation APA, ces éventuelles concessions risquent d'être réglementées par le droit coutumier, les processus de prise de décision traditionnels ou un protocole communautaire.
- II. Il est donc essentiel que les parties à une négociation APA demandent des clarifications quant aux cadres juridiques, administratifs ou coutumiers dans lesquels les négociations se déroulent et quant aux pouvoirs de décision des négociateurs respectifs.
- III. Bien qu'il soit généralement admis qu'une partie à une négociation de contrat a un intérêt commun, cela n'est pas nécessairement vrai dans les négociations APA. Il est fort probable qu'une partie qui négocie un accord APA ait des intérêts internes multiples qui parfois se contredisent pour représenter les préoccupations des différentes parties prenantes. Cela donne parfois l'impression qu'une partie à une négociation APA fait des déclarations contradictoires, reste sur ses positions ou ne présente aucune position cohérente. Dans de telles situations, il est impératif de chercher à clarifier les différents intérêts au sein d'une même partie et d'identifier les parties prenantes clés susceptibles d'influencer une position de négociation. Une cartographie de ces multiples intérêts et parties prenantes dès le départ contribuera à une plus grande cohérence des négociations et permettra de parer aux accusations d'indécision ou de mauvaise foi à un stade ultérieur.
- III. En raison de la nature variée des intérêts des parties prenantes du pays concerné susceptibles d'affecter une négociation APA, il sera judicieux de développer différentes options à la fois souples et concrètes. Il conviendra de le faire avant de prendre une position définitive. Ceci permettra aux représentants négociateurs de retourner vers leurs groupes de parties prenantes pour conclure une entente interne et revenir avec de multiples propositions pour la négociation. En outre, une telle approche présente l'avantage de réduire les multiples réunions de négociation résultant de positions fermes qui entravent la marge de manœuvre interne des négociateurs.

Imaginer des SOLUTIONS gagnant-gagnant :

Scénario (a)

En collaboration avec une entreprise de recherche nationale, une entreprise pharmaceutique internationale demande l'accès à une ressource génétique unique en son genre dans un pays d'Asie orientale pour mener des recherches sur ses propriétés médicinales. Lors des négociations, l'entreprise souligne qu'elle n'est pas en mesure d'identifier les avantages susceptibles de découler de la ressource génétique puisqu'elle se trouve encore au stade de la recherche.

Pour l'Unité nationale de la biodiversité (NBU) représentant le pays, l'incapacité de la société à identifier les avantages signifie qu'elle ne sera pas en mesure de négocier un accord réaliste de partage des avantages. Pourtant, la NBU est consciente que pour tirer des avantages, elle devra octroyer l'accès à cette ressource génétique à l'entreprise.

La NBU décide donc que la meilleure voie à suivre est de développer des options qui bénéficieront et au pays et à l'entreprise pharmaceutique. La NBU propose de conclure un accord de recherche avec l'entreprise pharmaceutique de manière à ce qu'elle puisse mener des recherches sur la ressource génétique. L'accord est limité dans le temps et n'exige aucun partage monétaire des avantages. En contrepartie, l'entreprise dépose une somme d'argent convenue sur le compte en fiducie de la NBU en guise de dépôt de garantie. Ce dépôt de garantie sera restitué à l'entreprise à l'achèvement du contrat de recherche. Si les résultats de la recherche s'avèrent positifs et si l'entreprise pharmaceutique a l'intention de passer à la commercialisation de ses découvertes, l'entreprise s'engage alors à conclure un accord de partage des avantages avec la NBU. Cependant, durant la phase de recherche, l'entreprise pharmaceutique, grâce à sa collaboration avec l'entreprise nationale, engendre des avantages non monétaires, tels que la capacité de recherche locale et le transfert de technologie.



Enseignements tirés

- I. Les négociations APA sont uniques en leur genre en raison des risques inhérents à ce domaine. En effet, il est difficile de prédire quel sera le produit final qui résultera de l'utilisation des ressources génétiques ou des connaissances traditionnelles. Souvent, l'utilisateur d'une ressource génétique ou de connaissances traditionnelles associées sera incapable de déterminer le montant des avantages susceptibles d'être générés aux premiers stades de la recherche et développement. En raison de l'incertitude liée à l'anticipation des avantages monétaires, il vaut mieux élargir l'éventail des options concernant la nature des avantages susceptibles d'être partagés. Même si la recherche de base concernant les avantages potentiels susceptibles de se produire dans un secteur particulier est critique, il est tout aussi important d'identifier diverses options de partage des avantages à différents stades de l'utilisation des ressources génétiques impliquées. Les options non monétaires au stade de la recherche peuvent inclure des collaborations de recherche, des transferts de technologie ou des formations. Toutes ces options sont précieuses et pourraient faire l'objet d'un accord en dépit des incertitudes concernant les avantages monétaires. Les fournisseurs dont l'objectif est de bâtir leurs propres capacités de bioprospection à long terme auraient beaucoup à gagner en tirant des avantages non monétaires stratégiques susceptibles de les rapprocher de leur objectif.
- II. Une façon prudente d'aborder les négociations APA consiste à les concevoir comme des relations à long terme mutuellement bénéfiques où les deux parties s'entraident pour augmenter leur part respective du gâteau, en explorant une variété d'options pour parer à l'incertitude. Un accord de cadrage ou un accord initial de recherche accélérée pour une période déterminée comprenant certaines protections comme des garanties bancaires ou des dépôts de garantie permettra de préserver les intérêts du fournisseur, mais aussi ceux de l'utilisateur pour sa recherche exploratoire. Cet accord pourra être suivi d'un accord de commercialisation ou d'actualisation fondée sur une estimation réaliste des avantages de manière à assurer un partage juste et équitable des avantages. En outre, une telle approche favorise un partenariat à long terme entre les parties en assurant la résolution de problèmes sur une base collaborative, dans le but commun de maximiser les avantages résultant de la bioprospection.
- III. La clarté concernant les actions interdites durant la phase de recherche ou de cadrage est essentielle dans les accords de recherche APA. Par exemple, l'accord de recherche pourra inclure une clause interdisant les demandes de droits de propriété intellectuelle, l'enregistrement ou l'annonce de produits, la fabrication, etc.

Scénario (b)

Un accord tripartite a été conclu en 2008 entre les Laboratoires Séro-biologiques Cognis (LS), l'entreprise de cosmétiques L'Oréal et l'ONG Yamana et ses partenaires au Maroc - les coopératives Targanine.

En vertu de cet accord, les coopératives Targanine fournissent à LS de l'huile d'argan et des dérivés de l'argan, comme les tourteaux et feuilles d'huile pressée, dans le cadre d'un accord de commerce équitable. L'arrangement comprend un acompte sur produits et un contrat de deux ans pour la fourniture d'huile d'argan à un prix majoré convenu à l'avance. L'huile est fournie à L'Oréal pour être utilisée dans ses différents produits cosmétiques. Chargée de la formation des membres de la coopérative, Yamana est également chargée de faciliter les relations entre LS, L'Oréal et les coopératives Targanine. Bien que cet accord ne soit pas un accord APA à proprement parler et soit davantage lié au biocommerce, il offre un aperçu d'une approche collaborative des négociations où les parties à l'accord travaillent ensemble pour satisfaire les intérêts de chacun. De plus, l'accord répond aux besoins réels des femmes des coopératives Targanine, notamment la durabilité environnementale de la production d'argan. Les coopératives reçoivent la garantie d'un acheteur prêt à payer quinze fois le prix de l'huile d'argan pratiqué sur le marché local.

Enseignements tirés

I. Les bonnes négociations APA engendrent un certain nombre d'options susceptibles de satisfaire les intérêts des différentes parties avant de passer aux propositions concrètes. Cela permet de créer une bonne atmosphère de négociation qui met l'accent sur la résolution des problèmes sur une base collaborative par les parties impliquées plutôt que sur une approche gagnant-perdant. Dans les négociations APA, la démarche axée sur la résolution des problèmes responsabilise chaque partie de manière à ce qu'elle s'occupe également des intérêts des autres parties plutôt que de se concentrer sur ses propres intérêts. La création de moyens de subsistance, l'achat de garanties, le paiement d'un prix élevé

pour les matières premières, les accords à long terme sont tous conçus pour répondre aux besoins humains fondamentaux des communautés qui fournissent la ressource biologique. Bien qu'il ne s'agisse pas d'énormes retombées financières, l'accord d'Argan s'est distingué par sa pérennité en répondant aux besoins les plus importants des communautés par rapport à d'autres accords APA de grande notoriété. De plus, il a conduit à des résultats de conservation concrets garantissant à la fois la biodiversité et les intérêts relatifs aux moyens de subsistance.

II. Des accords APA peuvent également être établis dans des pays fournisseurs de ressources génétiques ou de connaissances traditionnelles associées qui n'ont pas encore de cadre juridique APA. Même si le Maroc ne dispose pas d'un cadre juridique APA, le développement et le succès de l'accord argan montrent que des contrats légaux sont possibles entre des parties consentantes même en l'absence de législation dans les pays utilisateurs et fournisseurs. Il est donc possible de susciter l'intérêt national et la volonté politique d'élaborer un cadre juridique APA en négociant de bons accords APA qui illustrent les avantages réels pour les fournisseurs.

Insister sur l'utilisation de CRITÈRES objectifs

Scénario (a)

Le 19 août 2013, le Conseil des San d'Afrique du Sud et le Conseil national des Khoï-San (NKC) d'Afrique du Sud ont signé un accord APA avec Cape Kingdom Nutraceuticals Pty (USA) sous l'égide de la Loi sur la Biodiversité de l'Afrique du Sud.

Cape Kingdom Nutraceuticals cherche à utiliser commercialement les connaissances traditionnelles des San et des Khoïkhoï relatives au Buchu, un petit arbuste endémique dans la région du Cap-Occidental. Cette plante est utilisée comme anti-inflammatoire, anti-septique, mais aussi pour traiter l'hypertension. Selon l'accord APA, Cape Kingdom s'engage à produire et à commercialiser un produit appelé Buchulife sous forme de gel topique, gélules et d'eau d'herbage. L'accord reconnaît que les Khoïkhoï et les San détiennent « un droit légal à une part juste et équitable des avantages résultant du développement commercial de l'usine de Buchu ». Le Conseil des San et le NKC demandent le soutien de juristes pour rédiger et examiner l'accord APA. Le ministère des Affaires environnementales sud-africain (DEA) supervise les négociations. Certains groupes Khoï contestent la légitimité du NKC à négocier cet accord au nom de tous les Khoïkhoï et San. Cependant, le fait que le NKC ait été officiellement créé en 1999 par le président de l'époque, Nelson Mandela, et que ses représentants actuels aient été élus lors d'élections nationales en 2012 a permis de mettre fin aux problèmes de légitimité.

Enseignements tirés

I. Les accords APA sont généralement des contrats où les parties ont la liberté de négocier une variété de modalités possibles. Cependant, les accords APA ne se déroulent pas dans un vide juridique. En fait, dans de nombreuses situations, les accords APA doivent respecter les normes de bonne foi et respecter les droits légaux des parties tels qu'ils sont prescrits dans le cadre juridique APA du pays fournisseur et du pays utilisateur. De plus, les accords APA ne peuvent pas être utilisés pour saper les droits des fournisseurs et des utilisateurs de ressources génétiques et de connaissances traditionnelles associées, droits qui sont reconnus dans le Protocole de Nagoya et définis dans la législation nationale.

Les cadres juridiques dans lesquels les accords APA interviennent fournissent donc des critères objectifs que les accords se doivent de respecter. Il est absolument nécessaire que les parties à une négociation APA soient conscientes de ces critères objectifs et qu'elles en tiennent compte dans les situations où ces critères risquent d'être violés.

- II. La supervision des négociations par le gouvernement (comme c'est le cas en Afrique du Sud) ou l'établissement de mandats légaux clairs pour les parties aux négociations permettent de faire face aux adversaires de tels accords (comme c'était le cas avec le NKC). En veillant à ce que des critères objectifs et juridiques étayent le processus et le contenu des négociations APA, les parties peuvent s'assurer que l'accord n'est pas entaché d'irrégularité ou de mauvaise foi.
- III. Dans la plupart des cas, la négociation d'accords APA implique l'assistance de juristes ou d'un service juridique au travers de conseils quant aux lois pertinentes pour pouvoir dresser un accord APA dans un langage juridique approprié. Les juristes permettent également de mieux saisir le sens des termes juridiques et des formulations proposées par les parties en présence. Néanmoins, il est sage d'éviter les discussions quant aux dispositions ou aux clauses juridiques avant que les parties aient pu présenter leurs intérêts respectifs et s'entendre sur les termes de l'accord. Les avocats peuvent alors être invités à présenter des clauses types ou à aider à dresser les clauses de l'accord dans un langage juridique de manière à mieux saisir les termes que les parties ont déjà acceptés.
- IV. Toutefois, le rôle des juristes et des conseillers juridiques reste essentiel pour que les parties connaissent les règles qui régissent non seulement ce qui est susceptible d'être convenu, mais aussi le genre de clauses qui doivent être incluses dans un accord APA de manière à préserver les intérêts des parties, si les choses tournent mal.

Scénario (b)

Le Centre National de la Biodiversité (NBC) représentant le gouvernement du pays Z a conclu un accord APA avec une entreprise française de cosmétiques souhaitant mener un vaste éventail de recherches sur une liste de plantes rares qui se trouvent dans ce pays. L'accord a pour objet d'identifier des herbes susceptibles d'être utilisées pour développer des produits cosmétiques pour le marché.

Avant la conclusion de l'accord, la NBC et l'entreprise française doivent se mettre d'accord sur certaines clauses standard propres aux accords APA. Les clauses en question ne portent pas sur le partage des avantages. Ces clauses concernent les restrictions quant au transfert de la ressource génétique à des tiers, les rapports périodiques sur l'état de la recherche, l'indemnisation, la limitation de la responsabilité, la confidentialité, les modifications et le règlement des différends.

Conformément aux clauses, la société française a accepté d'assumer la responsabilité des réclamations de tiers résultant d'actions ou d'omissions de la part de l'entreprise. La société a également accepté d'indemniser et de protéger le pays Z contre toute action en justice susceptible de découler des actions de l'entreprise ou de ses employés. La compagnie a accepté de faire des rapports périodiques sur l'état de la recherche en anglais. Le pays Z, pour sa part, a accepté de préserver la confidentialité concernant la nature de la recherche, à moins que la loi ne l'oblige à divulguer l'information. Les deux parties ont convenu que ni l'une ni l'autre ne peut modifier l'accord sans le consentement de l'autre, mais une partie peut résilier l'accord si l'autre manque à ses obligations contractuelles et ne régularise pas la situation dans un délai de soixante (60) jours. Enfin, les deux parties ont également convenu que le contrat sera soumis au droit du pays Z que tous les différends seront réglés non pas au travers d'une procédure judiciaire, mais au travers d'une médiation. Si la médiation échoue, le différend sera réglé par arbitrage dans le pays Z par l'intermédiaire d'un arbitre agréé par les deux parties.

Enseignements tirés

I. Étant donné que de nombreux accords APA impliquent des parties provenant de différents pays, il est essentiel de ne pas supposer que les conditions d'un accord dans son propre pays s'appliqueront automatiquement ou seront acceptées par l'autre partie. Le règlement des différends est un bon exemple. Même si la procédure judiciaire reste une option, il est prudent d'explorer des méthodes moins contradictoires et plus efficaces pour résoudre les éventuels différends. Parmi ces méthodes, citons la médiation où le médiateur de confiance essaie de résoudre les différends et, en cas d'échec, l'arbitrage qui permet aux parties de se référer à la décision d'un arbitre désigné conjointement. Ici, la partie disposant de moyens financiers limités doit être consciente que le règlement des différends peut impliquer des voyages à l'étranger en raison de l'exigence d'une présence physique. Pour éviter cette pression financière induite, il serait judicieux de convenir d'un lieu de règlement des différends financièrement abordable qui, dans la plupart des cas, est le pays de la partie ayant des moyens limités. De plus, bien que la médiation et l'arbitrage soient moins coûteux que la procédure judiciaire, il y a toujours des frais comme les honoraires du médiateur ou de l'arbitre et il serait préférable que les parties stipulent dans l'accord quelle sera la partie qui devra supporter ces coûts et à quelle hauteur.



- II. En raison de la nature transnationale de nombreux accords APA, les parties devraient s'entendre sur le droit qui doit régir l'accord. Un accord APA est généralement un contrat et les règles d'interprétation et d'exécution des contrats peuvent varier en fonction du système juridique (p. ex. droit commun, droit civil, droit islamique, etc.). Les parties devront donc convenir du droit régissant l'accord APA. Encore une fois, la partie ayant des moyens financiers limités devra s'assurer autant que faire se peut que le contrat est régi par le droit de son lieu de résidence. En cas de litige concernant l'interprétation du contrat, la partie en question pourra ainsi recourir aux conseils juridiques de juristes locaux.
- III. Il est possible que la recherche et développement concernant les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées se déroulent à un autre endroit que dans les locaux de l'utilisateur qui est partie à l'accord APA. Dans de nombreux cas, il est possible que d'autres entreprises ou instituts de recherche soient chargés de la recherche et développement. Comme ces entreprises ou ces instituts ne sont pas parties contractuelles, ils ne sont pas liés par l'accord APA. Cela signifie que l'accord APA lui-même devra inclure des conditions spécifiant les conditions régissant le transfert du matériel à tierces parties.
- IV. Les transferts à tierces parties, le règlement des différends, les rapports périodiques, les conditions de résiliation sont généralement des clauses standard qu'il convient d'inclure dans chaque accord APA. Ces clauses se trouvent souvent à la fin d'un contrat APA. Souvent, il s'agit de clauses standard incluses par les juristes ou les services juridiques chargés de dresser l'accord APA. Il conviendra de peaufiner ces clauses et de les adapter aux besoins et aux capacités des parties, comme dans le cas du pays Z. Il conviendra également de demander des précisions aux juristes et au service juridique quant au sens et aux implications de ces clauses avant de les accepter, de manière à préserver ses intérêts.
- V. Il est important de se rappeler que la décision d'un tribunal ou d'un arbitre devra aussi être applicable dans le pays de l'autre partie. L'exécution doit parfois se faire non pas dans le pays où la décision est rendue, mais dans le pays où l'une des parties à l'accord APA est domiciliée ou est enregistrée ou encore détient des actifs. Comme ce type d'application n'est pas facile, il conviendra de se renseigner à ce sujet lors de la négociation de l'accord APA.

Mentions légales

Publié par:

Dr. Andreas Drews

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

Deutsche Gesellschaft für Internationale

Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

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