



GUIDE POUR LA NEGOCIATION ET LA CONCLUSION DES CONDITIONS CONVENUES D'UN COMMUN ACCORD DANS LE CADRE DE L'ACCES ET DU PARTAGE DES AVANTAGES

L'UTILITE DE CE GUIDE

Ce guide est destiné à l'Administration en charge de la mise en œuvre de l'APA. Le but de ce guide est de fournir aux agents de cette Administration les bonnes pratiques, et les méthodologies juridiques recommandées pour faire face au contractualisme dans l'APA (Accès et Partage des Avantages), c'est-à-dire leur donner les conseils nécessaires pour bien négocier et rédiger les Conditions Convenues d'un Commun Accord (CCCA).

QU'EST-CE QUE L'ACCES ET PARTAGE DES AVANTAGES ?

La Convention sur la Diversité Biologique de 1992 et le Protocole de Nagoya de 2010 ont mis en place « L'Accès et Partage des Avantages ou APA », afin de garantir, pour chaque Etat, que l'accès et l'utilisation des ressources génétiques se trouvant sur son territoire souverain soient régis par la législation nationale (Article 15 de la CDB, Article 5 de Nagoya). Il en est de même des connaissances traditionnelles associées. Chaque loi nationale doit garantir que l'accès à ces ressources et connaissances fasse l'objet :

- **d'un Consentement Préalable donné en Connaissance de Cause** de la Partie qui fournit les ressources, le pays d'origine des ressources ou celui qui les a acquises, conformément à la Convention, d'une part, (Article 6 de Nagoya), et des Communautés locales qui détiennent les connaissances traditionnelles associées, d'autre part. (Article 7 de Nagoya).
- **des Conditions Convenues d'un Commun Accord** entre les Fournisseurs et les Utilisateurs des ressources génétiques (Article 18 de Nagoya).

A Madagascar, le Décret n° 2017 - 066 du 31 janvier 2017 portant réglementation de l'accès et du partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques a été pris provisoirement pour mettre en œuvre l'APA, en attendant l'adoption d'une loi nationale.

Un nouveau Projet de loi relatif à l'accès et au partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées est actuellement en cours auprès du Ministère de l'Environnement et du Développement Durable.

Ce Décret de 2017 et ce Projet de loi prévoient qu'une demande d'APA nécessite :

- le Consentement Préalable donné en Connaissance de cause de l'Etat malgache, des propriétaires fonciers, des gestionnaires locaux des ressources, et des détenteurs des connaissances traditionnelles associées (Article 10 du Décret de 2017, Articles 20 à 27 du Projet de loi).
- les Conditions Convenues d'un Commun Accord entre l'Etat malgache, représenté par l'Autorité Nationale Compétente, et les Demandeurs d'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées (Article 34 du Décret de 2017, Article 30 du Projet de loi), et entre les Utilisateurs de ces connaissances et le Représentant légal des

détenteurs des connaissances traditionnelles associées (Article 31 du Projet de loi).

- l'Accord de collaboration avec un Organisme de recherche public malgache (Article 10 du Décret de 2017, Articles 28 et 29 du Projet de loi).

FEUILLE DE ROUTE

Les Conditions Convenues d'un Commun Accord sont des contrats, et reposent donc obligatoirement sur les règles prévues par le droit contractuel, à savoir, la Loi n° 66-003 du 02 juillet 1966 relative à la Théorie Générale des Obligations.

SOMMAIRE

GUIDE POUR LA NEGOCIATION ET LA CONCLUSION DES CONDITIONS CONVENUES D'UN COMMUN ACCORD DANS LE CADRE DE L'ACCES ET DU PARTAGE DES AVANTAGES	1
L'utilité de ce guide	2
Qu'est-ce que l'Accès et Partage des avantages ?	3
Feuille de route	4
La procédure et les modalités de négociation des Conditions convenues d'un commun accord ..	6
Quelles Parties ?	7
Qui est habilité à signer et à négocier les CCCA ?	7
L'objet du contrat	8
La durée et le renouvellement.....	9
Les obligations dans les CCCA et le partage des avantages	9
Le règlement des différends.....	11

LA PROCEDURE ET LES MODALITES DE NEGOCIATION DES CONDITIONS CONVENUES D'UN COMMUN ACCORD

- Toute demande d'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées doit présenter à l'ANC les Conditions Convenues d'un Commun Accord ou CCCA (Article 10 du Décret de 2017, Article 17 du Projet de loi). Il est donc obligatoire de contractualiser les CCCA pour toute utilisation des ressources génétiques qui est défini comme « les activités de recherche et de développement sur la composition génétique et/ou biochimique des ressources génétiques » (Article 2 de Nagoya, Article 1 du Décret de 2017, Article 1 du Projet de loi).
- Les CCCA ou Contrat APA ont été mises en place par la CDB de 1992 en son article 15. Les articles 7 et 18 du Protocole de Nagoya prévoient que les CCCA doivent comprendre :
 - une clause sur le règlement des différends, juridictionnel et non juridictionnel (Médiation ou Arbitrage), de la détermination de la juridiction compétente, et du droit applicable.
 - des clauses sur les conditions de partage des avantages, notamment les droits des propriétés intellectuelles.
 - les conditions d'utilisation ultérieure par des tierces personnes, à défaut, les changements d'intention.
- Selon l'article 15 du Protocole de Nagoya, les CCCA doivent se conformer à la législation nationale sur l'APA. En l'espèce, il s'agit du Décret n° 2017 - 066 du 31 janvier 2017 portant réglementation de l'accès et du partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques.
- En droit Malgache, les CCCA sont des contrats. Par conséquent, elles sont soumises à la Loi n° 66-003 du 02 Juillet 1966 relative à la Théorie Générale des Obligations. Les CCCA, en tant que contrats, sont le résultat d'un accord des volontés entre deux ou plusieurs personnes (Article 36 de la LTGO). Ce sont des actes juridiques synallagmatiques, c'est-à-dire qu'en tant que contrat, les CCCA créent des obligations réciproques pour chaque Partie. Cela peut être une obligation de faire une prestation ou de s'abstenir (Article 1 de la LTGO), peut-être expresse ou tacite (Article 2 de la LTGO).

- Les clauses des CCCA qui sont donc des accords écrits, doivent être claires et leur négociation doit se faire dans un délai raisonnable (Lignes directrices de Bonn)
- Le contrat, qui en l'espèce désigne les CCCA, est la loi des Parties (Article 123 de la LTGO).

QUELLES PARTIES ?

Le Protocole de Nagoya énonce dans son Préambule que les CCCA sont conclues entre les Fournisseurs et les Utilisateurs des ressources génétiques. Le Décret de 2017, en son article 34, précise que les CCCA sont conclues entre le Demandeur et l'Etat représenté par l'ANC. Quant au Projet de loi, il prévoit que les CCCA sur le partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques sont conclues entre les Utilisateurs des ressources génétiques et le Ministère en charge de la mise en œuvre de l'Accès et de Partage des Avantages. Les CCCA sur les utilisations des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques sont conclues entre les Utilisateurs de ces connaissances et le Représentant légal des détenteurs des connaissances traditionnelles associées (Articles 30 et 31 du Projet de loi).

QUI EST HABILITE A SIGNER ET A NEGOCIER LES CCCA ?

Les demandeurs d'une autorisation APA qui vont signer une CCCA doivent être une personne morale disposant de la personnalité juridique, et représentée par une personne physique.

L'ANC devrait procéder à des recherches sur internet, et demander des preuves sur le fait que les demandeurs susdits sont des sujets de droit, c'est-à-dire habilités à prendre des mesures juridiques, et que la législation Malgache et celle du Partenaire étranger, dans le cadre du droit des Sociétés par exemple, les reconnaissent comme disposant de la personnalité juridique.

Les personnes physiques qui représentent les personnes morales demandeuses d'accès dans le cadre des négociations avant signature, doivent disposer d'une preuve légale mentionnant leur appartenance légale avec la personne morale, demandeuse d'accès (exemple : les TDRs de projet, une carte professionnelle, un mandat, etc...). Elles ne doivent pas être déclarées incapables par la loi.

Chaque Partie à un contrat (CCCA) doit mentionner son adresse exacte (maison mère ou filiale), sa forme juridique et son numéro d'enregistrement, le nom de la

personne physique qui représente la personne morale, sa pièce d'identité, et la mention : « habilité(e) à agir au nom et pour le compte de » en vertu de (Référence légale) »

L'OBJET DU CONTRAT

▪ Tout contrat (CCCA) doit avoir un objet (Article 35 du Décret de 2017). Cet objet qui ne doit pas être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, détermine le type de prestation, qu'elle soit future ou présente (Articles 88 à 90 de la LTGO).

▪ En l'espèce, un contrat APA a pour objet l'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées dans le cadre de la recherche et développement, c'est-à-dire sur la recherche portant sur la composition génétique et/ou biochimique des ressources génétiques. (Article 2 de Nagoya, Article 1 du Décret de 2017, Article 1 du Projet de loi). Le problème avec ces termes légaux susmentionnés, dans le cadre de l'APA, est qu'ils peuvent être ambigus et créer une faille dans la rédaction d'un contrat APA. Il est donc plus sage de donner des détails sur ce que désirent vraiment faire les Utilisateurs sur les ressources génétiques et les savoirs traditionnels associés. Dans le cadre de la négociation de l'objet du contrat APA, il est recommandé :

▪ Les termes « accès », « ressources génétiques », « matériel génétique », « connaissances traditionnelles » et « dérivés » qui sont énoncés dans les lois internationales (CDB et Protocole de Nagoya) et nationales (Décret de 2017 et Projet de loi) doivent faire l'objet de plus de détails dans la rédaction des CCCA pour éviter les ambiguïtés, notamment lorsqu'il est temps de procéder au partage des avantages (Recommandations des Lignes directrices de Bonn).

Par exemple : « L'objet du présent Contrat vise à collecter et à utiliser (quantité) d'échantillons de (le nom des espèces) par (le nom des personnes qui assurent la collecte et l'utilisation) pour faire de (mentionner l'objectif de la recherche). La collecte et l'utilisation se feront sur (il faut citer en détails les lieux de la collecte et de l'utilisation), conformément à la méthodologie Elles se font sous la surveillance et l'audit de, et doivent se conformer aux règles imposées par le présent Contrat et aux lois de Madagascar, notamment celle de la propriété intellectuelle. L'utilisation porte uniquement sur(énoncer la liste des études, des analyses ou des recherches ou utilisations autorisées sur les échantillons collectés (Recommandations des Lignes directrices de Bonn), comme par exemple : étude taxonomique ou séquençage d'ADN, ou par spectroscopie proche infrarouge, ou autres). Le non-respect de cette disposition est considéré comme un acte de biopiraterie, et entraîne l'engagement de la responsabilité civile, pénale et personnelle des personnes qui s'y adonnent »

- Il faut y exposer la volonté ou non des Parties d'avancer vers une pré-commercialisation et une commercialisation. Si c'est le cas, la clause doit mentionner : « Qu'est-ce qui va faire l'objet de commercialisation ? Qui va procéder à cette commercialisation ? Comment forcer les Parties à faire des négociations pour toute découverte future entraînant une commercialisation ? Et que cette commercialisation fasse l'objet de partage des avantages ? Il faut également spécifier les conséquences du non-respect de cette disposition, comme par exemple : le non-respect de cette disposition est considéré comme un acte de biopiraterie.

- Il faut également mentionner dans l'objet les droits des Parties sur les futures découvertes dans le cadre du contrat ou après son arrivée à terme.

LA DUREE ET LE RENOUVELLEMENT

- La durée dépend de l'objet et de la finalité du contrat.
- Il est recommandé de faire un renouvellement par reconduction expresse, et non par tacite reconduction, pour éviter les renouvellements automatiques qui ne font pas l'objet d'un bilan et d'un audit par rapport aux résultats de la recherche et du partage des avantages.

LES OBLIGATIONS DANS LES CCCA ET LE PARTAGE DES AVANTAGES

- Comme dans l'objet des CCCA, il est important de donner des précisions sur les obligations de faire ou de ne pas faire des Utilisateurs des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles, mais également de l'autre Partie qui est l'Etat, représenté par l'ANC dans le Décret de 2017.

▪ Les points à mettre au clair sur les obligations :

- Il faut reprendre les mêmes clauses stipulées dans l'objet du contrat sur l'identité et la quantité des espèces à collecter, les détails de l'utilisation envisagé (ex. séquençage ADN), les personnes qui assurent la collecte et qui vont faire les recherches, la possibilité de contrôler la collecte et l'utilisation, les questions de partage des avantages, la volonté de faire ou non du commerce, le respect des lois et du contrat, et les conséquences en cas de non-respect de l'objet du contrat.

- A cette disposition, il faut ajouter que l'Utilisateur n'emploiera pas les ressources à des fins autres que celles mentionnées dans la présente clause, sauf autorisation expresse de l'ANC.

L'Utilisateur ne peut pas céder ou exporter les ressources.... et les résultats à des tiers, sauf autorisation expresse de l'ANC.

L'Utilisateur ne peut utiliser ou exploiter les connaissances traditionnelles sans le consentement des Communautés locales détentrices.

- Il faut préciser si l'Utilisateur veut ou non faire du commerce avec les résultats de la recherche, ou s'il compte l'intervention d'un tiers pour le faire.

- **S'il ne veut pas faire du commerce**, la clause peut spécifier quand même que « toute activité commerciale doit recevoir le consentement de chaque Partie au présent Contrat, et doit faire l'objet d'un avenant ou d'un accord spécifique qui préciseront les modalités commerciales et le partage des avantages. Si l'Utilisateur refuse de faire un avenant et procéder malgré tout au commerce, au détriment de la Partie Malgache, il faut mettre l'Utilisateur dans la liste noire des activités de biopiraterie, avec la possibilité d'un recours en justice.

- **S'il veut faire du commerce**, la clause doit mentionner sur quel résultat de la recherche le commerce doit être fait, car l'un des objectifs des CCCA est de partager les avantages découlant de cette utilisation commerciale. Cela facilitera la traçabilité et l'audit.

- **S'il veut faire appel à une société tierce**, il doit demander à la Partie Malgache une autorisation permettant au tiers de mettre en vente les résultats de la recherche sous la forme de produit commercial.

- il faut directement interdire l'Utilisateur de la possibilité de donner les ressources ou les résultats à un tiers sans demander le consentement de la Partie Malgache. Cette clause doit être claire et directe. Il faut éviter d'employer des mots ambigus comme « si possible ».

- La clause la plus importante est le partage des avantages qui doit découler des négociations. Ce partage doit porter sur les résultats produits au cours de la validité du contrat, et au-delà, car la recherche produit de l'innovation.

- Dans le cadre des négociations, il faut, en premier lieu, identifier les besoins du Fournisseur des ressources génétiques et des Communautés locales détentrices des connaissances traditionnelles dans le cadre de partage des avantages non-monétaires. Par exemple :

- Besoin pédagogique en donnant des aides ou des bourses aux étudiants ou aux chercheurs dans le cadre de la recherche.
 - Besoin de transfert de technologie, de nouvelles infrastructures (laboratoire, salle, ...), de renforcement de capacité, d'équipement scientifique indispensable à la recherche scientifique.
 - Besoin de créer et d'exploiter les articles des recherches publiés qui sont issus des travaux ou des résultats de recherche émanant de l'utilisation des ressources génétiques ou des connaissances traditionnelles associées.
 - Besoin de stocker à Madagascar les échantillons collectés.
 - Besoin de partager la propriété intellectuelle de façon égalitaire. Qui sont les co-titulaires ?
 - Besoin d'aide de la Communauté locale (infrastructure, micro-projet, CSB...).
 - Besoin de l'Administration pour le bon fonctionnement des Services Publics et l'aide au développement.
 - Besoin d'actions de conservation, de restauration de la biodiversité, des zones de collecte, et du secteur économique et social des Communautés locales.
- Il faut identifier les modalités d'application du partage des avantages monétaires :
 - soit par paiement initial à titre de compensation ou par versement annuel, soit un pourcentage des recettes issues de l'exploitation des Brevets, de la cession ou de la vente des résultats de la recherche.
 - Il faut déterminer le moment du paiement, le pourcentage sur les recettes après la soustraction des impôts et autres déductions.

LE REGLEMENT DES DIFFERENDS

- L'article 18 du Protocole de Nagoya insiste sur le fait que cette clause de règlement des litiges doit mentionner la juridiction compétente, le droit applicable, les types de recours, l'accès à la justice et l'application des décisions judiciaires.
- Comme les ressources naturelles relèvent de la propriété et de la souveraineté de Madagascar (CDB), et que les connaissances traditionnelles appartiennent aux Communautés détentrices, il est logique que le droit positif malgache s'applique sur tout objet se trouvant sur le territoire de Madagascar et relevant de son patrimoine. Par conséquent, il est recommandé d'appliquer la loi malgache et la compétence des juridictions à Madagascar pour traiter les litiges se rapportant aux CCCA.