



GUIDE POUR LA NEGOCIATION ET LA CONCLUSION DES CONTRATS DANS LE CADRE DE L'ACCES ET DU PARTAGE DES AVANTAGES

L'UTILITE DE CE GUIDE.

Ce guide est destiné aux Chercheurs et Administrateurs des Universités, des Centres de recherche, et de tous autres organismes de recherche publics malgaches. Il est un outil précieux qui a pour objectif d'orienter les personnes travaillant dans les domaines de la science, la médecine, l'agronomie, les sciences humaines, l'économie, le droit, etc... qui s'adonnent à des activités de prospection biologique, à l'utilisation des ressources biologiques, génétiques et les dérivés des ressources génétiques, et à toute étude pour la protection, la fixation ou l'exploitation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Le but de ce guide est de leur fournir 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 toute forme de contrat dans le cadre de la collecte, de la fixation, de l'utilisation de la propriété intellectuelle, et de l'exploitation à des fins industrielles et commerciales ou non-commerciales, des matériels génétiques et des savoirs traditionnels associés encadrés par le mécanisme APA.

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 et l'Accord de collaboration avec un Organisme de recherche public malgache 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.

Le guide est divisé en trois parties :

A - LA PROCEDURE ET LES MODALITES DE NEGOCIATION D'UN ACCORD DE COLLABORATION AVEC UN ORGANISME DE RECHERCHE PUBLIC MALGACHE

- Apprendre les normes de base du contrat, et les appliquer dans les accords de collaboration avec un organisme de recherche public malgache
- Avancer les lacunes et les recommandations pour bien négocier les accords de collaboration avec un organisme de recherche public malgache.

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

- Apprendre les normes de base du contrat et les appliquer dans les Conditions Convenues d'un Commun Accord.
- Avancer les lacunes et les recommandations spécifiques pour bien négocier les Conditions Convenues d'un Commun Accord.

C - LA NEGOCIATION DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE DANS UN CONTRAT

- Identifier les pièges juridiques dans la rédaction d'une clause de propriété intellectuelle.
- Utiliser les mots juridiques adéquats pour protéger les droits de propriété intellectuelle.

SOMMAIRE

GUIDE POUR LA NEGOCIATION ET LA CONCLUSION DES CONTRATS DANS LE CADRE DE L'ACCES ET DU PARTAGE DES AVANTAGES	1
L'utilité de ce guide.	1
Qu'est-ce que l'Accès et Partage des avantages ?	3
Feuille de route	5
A - La procédure et les modalités de négociation d'un Accord de collaboration avec un organisme de recherche public malgache.....	7
B- La procédure et les modalités de négociation des Conditions convenues d'un commun accord	13
C - La négociation de la propriété intellectuelle dans un contrat.	20

A - LA PROCEDURE ET LES MODALITES DE NEGOCIATION D'UN ACCORD DE COLLABORATION AVEC UN ORGANISME DE RECHERCHE PUBLIC MALGACHE

- Tout projet de recherche et de prospection biologique entre des Universités/Centres de recherche, d'une part, et des Personnes morales étrangères (ex : Laboratoires, Sociétés, ONG, etc...), d'autre part, doit faire l'objet d'une Convention de collaboration qui expose l'objectif du projet, les conditions de chaque partie, les modalités de la recherche, la durée, la confidentialité, etc....
- Cette Convention est la première étape juridique pour tout projet de recherche, et une des conditions pour l'obtention d'une autorisation APA (Article 10 du Décret de 2017, Article 17 du Projet de loi), ou autres formes, comme celle de l'autorisation de recherche auprès du MEDD.
- Cette Convention, qualifiée également d'Accord de collaboration avec un Organisme de recherche public malgache, peut avoir plusieurs noms en fonction de son contenu :
 - Convention de partenariat (outil permettant aux Parties de coopérer, sur des sujets variés, à des fins communes aboutissant à un système équitable de coopération et de relation de confiance) ;
 - Accord de transfert de matériel (contrat définissant les modalités et les conditions de transfert de matériels biologiques, génétiques, données numériques ou personnelles, biens physiques, logiciel, code source, etc.... entre deux Parties, à des fins de recherche, comprenant l'utilisation, la publication, la confidentialité, etc...) ;
 - Mémoire d'entente (instrument parfois non contraignant exprimant la volonté des Parties à négocier un autre accord) ;
 - Protocole d'entente ou d'accord (synonyme du Mémoire d'entente, avec l'idée de ne créer aucun engagement juridique ayant force exécutoire, et d'avancer vers un partenariat. En droit français, il peut également s'agir d'une promesse de cession de fonds de commerce ou de titres) ;
 - Accord de collaboration (outil reprenant le même champ d'application qu'une convention de partenariat, mais avec une portée moindre).
 - Etc ...

Toutefois en droit, quel que soit le terme utilisé, ces outils juridiques sont tous identifiés comme des contrats.

- En droit malgache, le contrat ou convention est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes (Article 36 de la LTGO). C'est un acte juridique synallagmatique, c'est-à-dire qu'en tant que contrat, il crée 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).
- Le contrat est la loi des Parties (Article 123 de la LTGO) dans un Accord de collaboration avec un Organisme de recherche public malgache.

- **Quelles Parties ?**

En l'espèce, il s'agit des Universités/Centres de recherche, d'une part, et des Personnes morales étrangères (ex : Laboratoires, Sociétés, ONG, Centres de recherche, Multinationales, Gestionnaires de collection, Entreprises publiques ou privées, Universités et Grandes Ecoles, Investisseurs et Commerçants), d'autre part.

- **Qui est habilité à signer et à négocier un Accord de collaboration avec un Organisme de recherche public malgache ?**

Les signataires doivent être une personne morale disposant de la personnalité juridique, et représentée par une personne physique. Pour les Universités, les articles 1 et 31 du Décret n°2002-565 du 04 juillet 2002 sur le fonctionnement des Universités prévoient que les Universités ont la personnalité juridique, et que le Président de l'Université conclut et signe les accords et les conventions. Pour les autres personnes morales, il faudrait faire des recherches sur internet, et demander des preuves comme quoi elles sont sujettes de droit, c'est-à-dire habilitées 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 dans le cadre des négociations avant signature doivent disposer d'une preuve légale mentionnant son appartenance légale avec la personne morale (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 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 doit avoir un objet non contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, lequel détermine le type de prestation, qu'elle soit future ou présente (Articles 88 à 90 de la LTGO). En l'espèce, l'objet de l'Accord de collaboration porte sur des futurs projets de prospection et d'utilisation des matériels biologiques, génétiques, des dérivés ou des savoirs traditionnels associés pour produire des résultats scientifiques, voire même, de les commercialiser s'ils ont une valeur marchande. L'objet de cette convention peut aller au-delà de la recherche et développement, à la limite l'éthique, et encadre toute utilisation des gènes, comme les gènes humains qui sont, en principe, non encadrés par l'APA. Les points à mettre au clair lors des négociations sont les suivants :

- Il faut demander l'intitulé et le but du projet de recherche, son affectation (c'est-à-dire sa destination finale) et la nature de l'utilisation souhaitée.
- Il faut demander le type de financement (fonds privés ou publics, subvention étatique ou internationale, le type de devises, etc...) et les contreparties.
- Il faut y exposer les possibilités de recherche à des fins non commerciales ultérieures, après la sortie des résultats.
- Il faut y exposer la volonté ou non d'avancer vers une pré-commercialisation et une commercialisation, tout en donnant des détails précis.
- Il faut y exposer l'identité précise des ressources biologiques, génétiques ou dérivés, ou des savoirs traditionnels associés qui feront l'objet de la recherche, le lieu de la collecte, la quantité collectée, ainsi que l'identité des détenteurs des connaissances traditionnelles et leur localité.
- Il faut y citer les types d'utilisation qui ne doivent pas faire l'objet d'un commerce dans le cadre de la recherche.
- Il faut y exposer la méthodologie de collecte, l'identité des personnes qui feront la collecte, et préciser si le lieu de collecte est in situ ou ex situ, ou autres.

- **La durée et le renouvellement**

- Chaque Accord de collaboration avec un Organisme de recherche public malgache ne peut s'appliquer sans une autorisation administrative auprès du Ministère compétent pour faire de la recherche, et procéder à la collecte. Il s'agit d'une autorisation de recherche, et d'une autorisation APA si le projet de recherche touche la recherche et le développement. Par simple logique, la durée de ce type d'Accord ne doit pas aller au-delà du temps nécessaire à la réalisation de la recherche, et du nombre raisonnable d'autorisation que le Projet peut demander.

- 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.

- **Les obligations**

- **Sur les obligations :**

Il est nécessaire de donner des précisions sur les obligations de faire ou de ne pas faire des parties à une convention de collaboration avec un Organisme de recherche public malgache, à savoir : des Universités/Centres de recherche, d'une part, et des Personnes morales étrangères (ex : Laboratoires, Sociétés, ONG, Centres de recherche, Multinationales, Gestionnaires de collections, Entreprises publiques ou privées, Universités et Grandes Ecoles, Investisseurs et commerçants), d'autre part.

Concernant les obligations des Personnes morales étrangères : il faut y exposer les activités que cette Partie désire faire. Si c'est de la collecte, alors il faut mentionner la quantité des espèces à collecter, les détails des utilisations envisagées (ex : spectroscopie, séquençage ADB, etc... ?), 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 ou non de faire du commerce, le respect des lois et du contrat et les conséquences, en cas de non-respect de l'objet du contrat.

- **Sur l'utilisation :**

- Il est primordial que la personne morale étrangère n'utilise pas les ressources à des fins autres que celles mentionnées dans les clauses, sauf autorisation expresse de l'Université ou du Centre de recherche.

- L'utilisation ou la cession à des tiers des échantillons, des informations issues du contrat, ou des résultats de la recherche sont subordonnées au consentement de l'Université, ou du Centre de recherche.

- La personne morale étrangère ne peut pas céder ou exporter les ressources.... et les résultats, sauf autorisation expresse de l'Université, ou du Centre de recherche.

- Si l'exportation est nécessaire, il faut mentionner les modalités de cette exportation dans le contrat.

- Les modalités d'exportation doivent mentionner la liste des utilisations autorisées dans le cadre de l'exportation, la liste des personnes autorisées à utiliser les ressources, ou les données, ou les résultats, les partages des informations issues de l'exportation, et l'interdiction de procéder à une publication ou à l'octroi d'un brevet sans le consentement de l'Université ... ou du Centre de recherche.

▪ **Sur le commerce :**

- Il faut préciser l'intention de la personne morale étrangère de faire du commerce avec les résultats de la recherche, ou si elle compte faire appel à un tiers pour le faire.

- Si elle 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 la Personne morale étrangère refuse de faire un avenant, et procéder quand même au commerce au détriment de l'Université ou du Centre de recherche, ces derniers doivent informer le Ministère en charge de la délivrance des autorisations de recherche et de l'APA, et de l'exportation à Madagascar sur l'existence d'une biopiraterie. L'Université et le Centre peuvent également saisir la justice.

- Si elle veut faire du commerce, la clause doit mentionner les modalités d'application de ce commerce en respectant les droits de la propriété intellectuelle.

- Si elle veut faire appel à une Société tierce, elle doit demander à l'Université/Centre de recherche une autorisation permettant au tiers de mettre en vente les résultats de la recherche sous la forme de produit commercial.

▪ **Dans le cadre de l'utilisation et du commerce**, il faut donc prévoir à l'avance les clauses qui pourront être prises en considération lors de la rédaction des Conditions Convenues d'un Commun Accord sur le

partage des avantages. Il faudrait également bannir dans la rédaction des clauses d'utilisation et de commerce le terme « si possible ».

- **Les Parties peuvent également discuter des divers avantages que pourraient apporter les projets prévus dans le contrat.** Comme par exemple, le fait de désigner des étudiants pour participer au projet, les bourses d'étude, la donation de matériel technologique, et ou la construction d'infrastructure comme un laboratoire ou une bibliothèque, le renforcement de capacité et la propriété intellectuelle.

- **Le règlement des différends**

- Le règlement des différends est l'une des clauses les plus importantes d'un contrat, car elle prévoit la procédure en cas de litige entre les Parties. Elle doit mentionner la juridiction compétente, le droit applicable, les types de recours, l'accès à la justice et l'application de décisions judiciaires.

- La juridiction et la loi compétente désignent la juridiction géographiquement compétente, et la loi désignée par les Parties pour traiter le litige. En principe, les Parties sont libres de déterminer dans le contrat la juridiction et la loi. Les Parties peuvent également recourir à d'autres formes de recours, comme la Médiation ou l'Arbitrage.

- Cependant, les ressources qui font l'objet de prospection se situent sur le territoire souverain de Madagascar, et relèvent du patrimoine national. Il est recommandé de respecter cette souveraineté en appliquant la loi malgache souveraine (Recommandations des Lignes directrices de Bonn), et en la désignant dans le contrat. Il en est de même de la juridiction, car il est difficile, notamment pour une Institution publique de type Etablissement Public, de suivre un litige à l'étranger du fait du coût de la procédure et de l'engagement d'un Avocat. De plus, le recours à un Arbitrage est très cher, mais c'est une des meilleures options pour régler un différend.

B- 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 habilité à signer et à négocier 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 durée 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 règlement des différends**

- 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.

C - LA NEGOCIATION DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE DANS UN CONTRAT.

- On entend par propriété intellectuelle les droits qui permettent à un créateur ou à un inventeur de récolter les fruits de son travail ou de son investissement, et d'en contrôler l'utilisation par une tierce personne. Le Brevet, qui est un droit de propriété intellectuelle, permet donc à son titulaire d'interdire quiconque de l'utiliser, de le fabriquer, ou de le vendre sans son consentement.
- La propriété intellectuelle est présente dès la phase de recherche dans le mécanisme APA, c'est-à-dire au moment où deux ou plusieurs personnes établissent une Convention de collaboration pour faire de la collecte et de la recherche, en vue de produire des résultats pour la santé humaine, ou pour la lutte contre le changement climatique, ou tout simplement, pour produire des produits cosmétiques. Elle est également présente dans les Conditions Convenues d'un Commun Accord, car elle est considérée comme un avantage monétaire ou non monétaire de l'APA (Annexe du Protocole de Nagoya).
- Il est donc important de mettre une clause sur la propriété intellectuelle, non seulement dans une Convention de collaboration avec un Organisme public malgache, mais également dans les Conditions Convenues d'un Commun Accord, car c'est cette clause qui va déterminer qui sera le propriétaire des résultats de la recherche issue de ces conventions. En tant que propriétaire, la Partie disposera seule d'un droit exclusif sur l'utilisation et la vente des produits provenant des résultats.
- Comment cette clause devra-t-elle être étudiée ?
 - **Clause qui prévoit la propriété intellectuelle dans le futur :**

Il faut éviter les clauses qui remettent à plus tard ou dans le futur la possibilité de mettre un droit de propriété intellectuelle sur les résultats de la recherche. A titre d'exemple : « les modalités et conditions de propriété **seront déterminées dans un Accord spécifique** ». Il faut rédiger directement dans le contrat les modalités de propriété intellectuelle, c'est-à-dire répondre aux questions : Qui sont les titulaires de ces droits ? Comment faire pour les déposer ? Pourquoi déposer un Brevet ? Dans quels pays faire le dépôt ?
 - **Clause qui prévoit la propriété intellectuelle uniquement si l'invention a une valeur commerciale et industrielle :**

Il faut rejeter les clauses qui mettent des conditions pour valider ou non les droits de propriété intellectuelle. Voici deux exemples de clause à

rejeter, car elles conditionnent l'existence des droits de propriété intellectuelle par l'existence d'une valeur commerciale sur les produits de la recherche :

-Premier exemple de clause stipulant comme suit « **les modalités et conditions de propriété intellectuelle seront déterminées dans un Accord spécifique pour toute exploitation industrielle et/ou commerciale** ».

-Deuxième exemple de clause précisant « **Si des inventions ayant une valeur commerciale** découlent du présent mémorandum, **les Parties conviennent de négocier de bonne foi la propriété intellectuelle** ».

○ **Clause qui considère la propriété intellectuelle comme le droit d'une seule des Parties :**

Il faut vérifier qu'une clause de propriété intellectuelle sur les résultats communs de la recherche ne contient pas des droits de « propriété unique », ou « propriété exclusive » ou tous autres vocabulaires qui pourraient désigner une personne comme la seule qui dispose des droits de propriété. Voici des exemples de clause à rejeter : « **Toute propriété intellectuelle, contenue dans les rapports et autres documents et matériels, est, par la présente, cédée à... et sera dévolue à X** », c'est-à-dire à une seule des Parties au contrat. « **Toutes inventions, découvertes, données rassemblées ou autres propriétés intellectuelles conçues dans l'exécution du projet seront la propriété unique de X** ».

○ **Clause qui identifie la personne qui va déposer le Brevet :**

Le Brevet est un droit de propriété. En principe, chaque Partie dispose d'une quote-part du Brevet en commun, ce qui signifie qu'aucune d'elle ne peut agir au nom des autres pour tous les actes relatifs au Brevet, sauf par procuration. Dans cette situation, il est absurde également que cette Partie qui agit au nom des autres soit assistée d'un tiers qui n'a pas reçu l'autorisation des autres Parties copropriétaires.

Voici un exemple de clause à éviter : « **X a seule qualité pour agir au nom des PARTIES. Elle (IL) évalue l'opportunité de se faire assister d'un tiers pour l'accomplissement de ses fonctions** ». Voici un exemple de clause à utiliser : « **les Brevets éventuels seront déposés conjointement...** »

○ **Clause qui entraîne une confusion dans le partage de la copropriété :**

Il existe des clauses qui essaient de créer la confusion sur le pourcentage de partage de la propriété intellectuelle entre deux ou plusieurs Parties. A titre d'exemple : « **Dans le cadre du présent Protocole, les éventuels**

droits en matière de propriété intellectuelle seront répartis d'un commun accord **en fonction des apports de chacune des Parties** ». Comment peut-on déterminer l'apport, surtout intellectuel de chaque Partie, notamment lorsque les Parties ont participé ensemble à la méthodologie de recherche, à la collecte et à l'analyse des données ? Il est recommandé de faire en sorte que chaque Partie soit gagnante (50/50) dans une convention, et dispose des mêmes droits, sur un même pied d'égalité.

Voici une autre clause qui instaure la même confusion « Les résultats issus de la collaboration scientifique appartiennent conjointement aux Parties, **à hauteur de leurs apports intellectuels, humains, matériels et financiers** ». Il n'est pas possible de mesurer l'apport intellectuel entre des chercheurs de même renommée, et il n'est pas équitable de dire que l'argent, qui sert de financement, donne plus de pouvoir que l'intellect ou la valeur des ressources se trouvant sur le territoire souverain d'un Etat, d'autant plus qu'un produit issu d'une ressource génétique peut avoir une valeur commerciale inestimable.

- **Clause qui porte sur l'utilisation par les Parties et les tiers :**

Il est recommandé de ne pas admettre les clauses qui permettent à une Partie, sans l'accord des autres, d'utiliser les résultats communs à des fins autres que celles prévues par la convention. Il en est de même pour les tiers. Ces derniers doivent recevoir le consentement de tous les titulaires pour pouvoir utiliser une invention, car c'est l'essence même du Brevet d'invention.

Voici un exemple de clause à rejeter : « Chaque Partie peut **utiliser librement et gratuitement les résultats pour ses besoins de recherche ultérieurs, y compris en collaboration avec des tiers** ».

Voici plusieurs exemples de clauses à utiliser : « Les droits de propriété intellectuelle seront la propriété commune des Parties, **et les Parties n'autorisent personne à les copier ou à les utiliser sans autorisation.** » ou « **Aucune Partie ne peut utiliser les droits de propriété intellectuelle appartenant à chaque Partie (que ce soit directement ou indirectement), si ce n'est pour la réalisation du but imposé par le présent Accord.** » ou « **Chacune des Parties doit recevoir le consentement de l'autre pour l'utilisation des résultats de recherche.** » ou « **L'utilisation des résultats par un tiers est subordonnée à l'agrément des Parties contractantes.** »

- **Clause qui porte sur les lieux de dépôt :**

Il est préférable de donner des précisions pour connaître les lieux de dépôt, c'est-à-dire les pays où les Parties veulent déposer un Brevet.

Pour rappel, un Brevet est territorial, donc ne s'applique que sur le territoire de l'Etat où on l'a déposé. Par conséquent, il faut éviter les clauses comme : « les Brevets communs sont déposés à **l'étranger** ». Il faut donner le nom de chaque pays.

- **Clause de la loi applicable :**

Une Convention de collaboration, ainsi que les Conditions Convenues d'un Commun Accord doivent avoir une clause qui désigne la loi applicable en cas de litige. Il existe des clauses qui prévoient plusieurs lois applicables, comme par exemple : « The terms of this Memorandum of Agreement will be construed according to **the laws of the countries of both parties.** » Or, le problème est que si ces lois sont en contradiction, quelle loi va donc appliquer le Juge ? Il est recommandé de n'appliquer qu'une loi en matière de propriété intellectuelle, et de mentionner la loi malgache, car les ressources génétiques relèvent de la souveraineté de Madagascar (Recommandations des Lignes directrices de Bonn).