

Code de conduite et équité des échanges de ressources biologiques

Florence Bellivier (université Paris X - Nanterre)
Christine Noiville (CNRS)

Depuis plusieurs années, un nombre croissant d'utilisateurs s'engage à respecter volontairement des codes de conduite portant sur les conditions d'accès aux ressources génétiques et aux avantages découlant de leur utilisation. Ces initiatives d'autorégulation révèlent la prise de

conscience des enjeux d'équité liés aux échanges de ces ressources. En s'appuyant sur une analyse du contenu des codes de conduite en la matière, les atouts et les limites de cet instrument sont évalués au regard des objectifs visés par la Convention sur la diversité biologique.

Ce texte n'engage que ses auteurs. En le mettant en ligne, l'Iddri a pour objectif de diffuser des travaux qu'il juge intéressants pour alimenter le débat.

Pour toute question, contacter florence.bellivier@wanadoo.fr ou noiville@univ-paris1.fr

Sommaire

Introduction	3
Insuffisance du dispositif juridique actuel	3
Intérêt des codes de conduite.....	5
Qui ? Les entreprises privées et les instituts publics de recherche	7
Les entreprises privées	7
Les instituts publics de recherche.....	8
Un rôle peu visible mais décisif.....	8
Une opportunité et une nécessité	9
Comment ? Le relais et l'imitation.....	10
Un double intérêt méthodologique	10
Mobiliser les acteurs.....	10
Suppléer ou compléter la loi.....	11
Un double effet normatif.....	12
Le caractère contraignant <i>de facto</i>	12
L'effet d'imitation.....	13
Quoi ? Le contenu des codes de conduite	13
Définir l'objet.....	15
Obtenir un consentement préalable.....	15
Assurer le partage des avantages.....	16
Contrôler et sanctionner	17
Conclusion	18
Annexe : Codes de conduite consultés.....	19

Introduction

L'équité est devenue l'un des enjeux cardinaux de la circulation des ressources biologiques. En témoignent d'une part l'exigence croissante pour un commerce équitable, de plus en plus prégnante pour des produits tels le thé, le café ou le cacao, d'autre part, et surtout, l'enjeu politique et économique qui s'attache à la prospection des ressources biologiques dans les pays « mégadivers »¹ et à leur utilisation dans la recherche-développement. En effet, avec l'explosion des biotechnologies, les ressources biologiques sont devenues non pas exactement un « or vert », mais à tout le moins un gisement de matières premières potentiellement exploitables dans l'industrie – pharmacie, cosmétique... – ou encore dans le domaine de l'écologie. Ici, la connaissance du génome d'une algue unicellulaire fournissant une bonne partie de l'oxygène de la planète – la diatomée marine *Thalassiosira pseudonana* – sera stratégique d'un point de vue écologique ; là, une plante camerounaise, *Prunus Africa*, pourra être utilisée dans le traitement des maladies prostatiques.

Des acteurs de plus en plus nombreux soutiennent qu'un principe d'équité doit logiquement et nécessairement structurer tout échange de ressources biologiques. Logiquement, car les innovations développées sont le fruit d'une double contribution : celle de la technique d'une part, celle des ressources tangibles (ressources génétiques) et intellectuelles (savoir associé) mises à disposition par les pays fournisseurs d'autre part. Nécessairement à deux titres : d'abord pour assurer la sécurité juridique par la pérennité des échanges, qui ne sera possible que si les bénéfices ne sont pas accaparés par certains au détriment des autres ; ensuite parce que les pays fournisseurs ont intérêt à constituer et à maintenir un marché de la biodiversité riche et ouvert.

Dans cette double perspective, l'insuffisance du dispositif juridique actuel est criante, ce qui conduit à mettre en lumière l'intérêt, certes paradoxal, des codes de conduite.

Insuffisance du dispositif juridique actuel

Le dispositif mis en place par la Convention sur la diversité biologique (CDB), ouverte à la signature à Rio en 1992, est simple et séduisant. Les rédacteurs du texte ayant compris que tout élément de la biodiversité, du plus banal au plus rare, pouvait receler un intérêt économique, ils ont soumis l'ensemble des ressources biologiques et génétiques à la souveraineté des États. Et, pour la première fois, ils ont autorisé ces derniers à subordonner le prélèvement à la conclusion d'un « accord mutuellement convenu » fixant les modalités du partage des avantages tirés des ressources génétiques. L'objectif est d'assurer une relation plus juste entre les parties, de rééquilibrer les relations entre les acteurs de l'exploitation de ressources biologiques et, pour le fournisseur, d'obtenir sa part des avantages escomptés.

Novateur, ce dispositif a montré une certaine fragilité. Parce qu'il n'est pas applicable en tant que tel, des dispositions nationales sont nécessaires pour lui donner effet en droit interne, ce qui soulève deux difficultés. D'une part, de nombreux pays fournisseurs ne disposent pas des moyens juridiques et techniques nécessaires pour se doter de législations et d'infrastructures adaptées. Si certains États ont pris des mesures en application de la CDB, qui ont été fortement médiatisées (InBio au Costa Rica, Bioamazonia au Brésil par exemple), la plupart des États ne sont pas en mesure de faire de même. D'autre part, lorsque des lois sont adoptées, elles sont souvent sommaires. Par exemple, elles ne permettent souvent pas de résoudre le problème aigu du contrôle,

¹ Groupe de pays, dans leur majorité en développement, qui abrite 70 % de la biodiversité mondiale.

d'où la biopiraterie², même si prospèrent des figures contractuelles propres à conjurer une partie de ce risque³.

Rien ne sera donc possible sans que soit inversé le fardeau législatif : c'est aux pays utilisateurs eux-mêmes de consentir aux évolutions nécessaires. Ils devront se doter des moyens de policer leurs instituts de recherche et leurs entreprises, afin de les assujettir au principe d'équité.

Malgré les résistances qui freinent ce processus, des pays utilisateurs commencent à contraindre leurs agents à prendre des mesures pour respecter la CDB, dans l'ordre international comme dans l'ordre interne.

Dans l'ordre juridique international, l'accent est mis sur la nécessité d'un « régime international sur l'accès et le partage des avantages », qui contraindrait les utilisateurs de matériel biologique à respecter quelques clauses-types protégeant les intérêts de l'État fournisseur (mesures dites d'utilisateurs⁴), que ce dernier soit ou non doté d'une réglementation à cet égard.

L'adaptation du droit des brevets dans divers ordres juridiques nationaux révèle le recours émergent aux mesures d'utilisateurs. Ainsi, la loi belge visant à transposer la directive 98/44/CE sanctionne le défaut de consentement du donneur par la nullité du brevet. S'agissant des ressources non humaines, elle prévoit que la demande contient « une mention de l'origine géographique de la matière biologique d'origine végétale ou animale à partir de laquelle l'invention a été développée, lorsque cette origine est connue »⁵. La Suisse et la Norvège ont emprunté des chemins similaires⁶.

Qu'il s'agisse d'indiquer aux utilisateurs les règles précises auxquelles ils doivent subordonner leurs échanges ou de jouer indirectement sur leur comportement via le contrôle des brevets, la préoccupation sous-jacente est donc de prêter main forte aux États fournisseurs qui n'ont pas la possibilité de concevoir et de mettre en œuvre un cadre juridique adapté.

Utiles, ces mesures ne constituent pourtant pas la panacée. Si un régime international sur l'accès et le partage des avantages devrait être institué à relativement brève échéance, il reste en l'état incertain à maints égards – nature, portée, etc. Quant aux règles qui, dans les États industrialisés, s'attachent à modeler ou à infléchir le droit des brevets, elles demeurent des exceptions. Et, en dépit de leur originalité, leur portée est intrinsèquement limitée, puisque toute invention mise au point grâce à une ressource biologique ne fait pas l'objet d'une demande de brevet, loin s'en faut.

Dans ce contexte, il est intéressant de montrer en quoi un autre instrument, le code de conduite, peut venir en utile appoint, en amont ou en aval, des dispositifs juridiques destinés à infuser un maximum d'équité dans les règles relatives au partage des avantages.

² Donnons l'exemple du margousier, arbre cultivé de longue date en Asie pour ses vertus médicinales et agricoles, qui a donné lieu à la délivrance de brevets protégeant ses utilisations fongicides et insecticides, dont l'un (brevet européen n° 0436 257) a été révoqué le 10 mai 2000 par l'Office européen des brevets pour défaut de nouveauté.

³ V. F. Bellivier et C. Noiville, *Traité des contrats* (dir. J. Ghestin), Contrats et vivant, LGDJ, 2006, spéc. p. 219 et s.

⁴ C'est parce que le respect de principes protégeant les pays fournisseurs passe par l'institution de mesures à l'adresse des utilisateurs que l'on nomme ces dernières « mesures d'utilisateurs ». V. aussi S. Louafi, J.-F. Morin, *Gouvernance internationale de la biodiversité : impliquer tous les utilisateurs de ressources génétiques*, Les synthèses de l'Iddri, n° 4.

⁵ Loi du 28 avril 2005 modifiant la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, en ce qui concerne la brevetabilité des inventions biotechnologiques, *Moniteur Belge*, 13 mai 2005. Précisément, l'art. 15 paragraphe 1 de cette dernière loi prévoit que la demande de brevet doit contenir « une mention de l'origine géographique de la matière biologique d'origine végétale ou animale à partir de laquelle l'invention a été développée, lorsque celle-ci est connue ».

⁶ S'agissant de la Suisse, la révision du droit des brevets est en cours. V. l'avant-projet sur <http://www.ige.ch/F/jurinfo/documents/j10013f.pdf>, art. 49a, 81a et 138 lit. b) et le rapport explicatif sur <http://www.ige.ch/F/jurinfo/documents/j10014f.pdf>, p. 87-91.

Pour la Norvège, v. le para. 8 b) de la *Lov om Patentet* n° 9 du 15 décembre 1967 modifiée les 19 décembre 2003, puis 20 mai 2004, consultable sur http://www.patentstyret.no/templates/Page_____699.aspx

Intérêt des codes de conduite

« Expression d'engagements volontaires qui exposent des normes et des principes pour la conduite des entreprises »⁷, les codes de bonne conduite, *guidelines*, chartes et autres *policies*, qui émaillent d'ores et déjà le domaine des ressources génétiques (voir annexe 1), remplissent une triple fonction⁸. La première est organisationnelle : les textes échafaudés visent avant tout à organiser et à « civiliser » des pratiques encore anarchiques, à la fois en les fixant sur le plan juridique et en rappelant les termes de la loi. La deuxième est informative : la charte, toujours publique et le plus souvent mise à disposition sur l'Internet, a vocation à assurer la transparence des règles à l'égard des partenaires, qu'il s'agisse de donneurs, de chercheurs ou d'industriels. La dernière fonction est d'ordre politique : en combinant les intérêts de chaque partie prenante, le code ou la charte garantit à chacun le respect de ses intérêts.

En quoi est-il paradoxal de mettre en lumière l'intérêt que peuvent receler les codes de conduite au regard de l'objectif d'équité ? C'est que, de prime abord, ces instruments suscitent au mieux la circonspection, au pire une certaine méfiance, et qu'il faut aller au-delà des apparences pour en déceler toutes les potentialités.

La circonspection est de mise face aux expressions d'un droit mou, qui semble ne pas être de nature à dépasser les difficultés précédemment mentionnées. Les intentions affichées risquent de demeurer à l'état de pétition de principe, tant les codes de conduite suscitent le scepticisme attaché à toute forme de droit spontané, et ce pour trois séries de raisons.

Tout d'abord se posent les questions liées à la représentativité de l'organisme qui en est à l'origine, à l'adoption par la profession.

Ensuite, le code étant une norme à caractère volontaire, il est rangé dans la catégorie dite *soft law* (droit mou), caractérisée notamment par l'absence de contrainte juridique, puisqu'il n'existe pas de sanction étatique. Dès lors, le code se limite à un gage de bonne foi et de bonne volonté dont la mise en œuvre dépend du bon vouloir des acteurs concernés et auquel est associé un système de sanctions passablement flou.

Enfin, le scepticisme est alimenté par la contradiction entre le discours et la réalité. D'un côté s'est développée une rhétorique sur la responsabilité sociale des entreprises, leur place dans la société, la manière dont elles peuvent ou doivent contribuer au progrès de l'environnement, des conditions de travail ou des droits de l'homme, autrement dit résoudre des problèmes sortant de leurs attributions économiques traditionnelles (production de richesses). De l'autre, les tentatives d'imposer un code de conduite universel aux entreprises ont été vouées à l'échec. En témoigne les efforts non aboutis de l'Union européenne pour développer la *soft law* dans le cadre de la réforme de ses institutions, avec la méthode ouverte de coordination et les lignes directrices en matière d'emploi⁹. Rappelons également les treize années de négociations menées au sein de la Commission des sociétés transnationales des

⁷ Responsabilité des entreprises. Initiatives privées et objectifs publics, OCDE, 2001, p. 36.

⁸ Sur les codes de conduite en général, utilisés soit en droit international pour réguler, de façon interétatique, l'activité économique, soit par les opérateurs privés, voir M. Bettati, « Réflexions sur la portée du Code international de conduite pour le transfert de technologie : éloge de l'ambiguïté », *Droit et libertés à la fin du XX^e siècle. Études offertes à C.-A. Collard, Pédone*, 1984, p. 83 et s. ; E. Decaux, « La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite », *Annuaire français de droit international* 1983, p. 85 et s. (pour une appréciation beaucoup plus mitigée que celle de l'auteur précédent) ; F. Osman, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *Revue trimestrielle de droit civil* 1995, p. 515 et s. (étude des différentes techniques par lesquelles le juge étatique sanctionne la violation, par les opérateurs privés, des codes de bonne conduite). Ce dernier auteur insiste justement sur le fait que le code doit être jugé à l'aune de son effectivité (en termes d'adhésion de ses destinataires), plutôt que par rapport à sa juridicité originelle. Pour une étude sur les codes de conduite dans le domaine ethnopharmacologique, v. Kelly P. Bannister, Professional Ethics and Ethnopharmacology, in *Ethnopharmacology*, edited by E. Elisabetsky and N. Etkin, *Encyclopedia of Life Support Systems (EOLSS)*, UNESCO/ Eolss Publishers, Oxford, UK. 2004.

⁹ D. Ashiagbor, « Soft Harmonisation: The 'Open Method of Coordination' in the European Employment Strategy », *European Public Law*, Vol. 10, n° 2, 2004, p. 305-332.

Nations unies, qui ont échoué devant la tentative d'instituer une procédure pour juger le comportement de chaque entreprise par rapport aux dispositions du code.

De là à imaginer que les codes de conduite seraient un alibi destiné à maquiller des pratiques parfois peu recommandables sous les traits d'un pacte social d'un genre nouveau, le pas est aisément franchi.

En effet, que révèle la volonté de s'autonormer ? La prolifération des sources informelles au sens large (et non pas seulement des codes de bonne conduite) soulève trois questions. Ne révèle-t-elle pas le souci de prévenir toute intervention intrusive du législateur et de mieux échapper à des réglementations trop contraignantes ? Ceci est particulièrement le cas dans les communautés scientifiques parfois réticentes à se soumettre à un droit élaboré ailleurs qu'en leur sein. Plus l'acteur prend tôt l'initiative de réguler ses pratiques professionnelles, moins il subira de contraintes qu'il n'aurait pas choisies. La démarche apparaît autant comme une action de communication que comme une initiative à visée normative. Ensuite, l'existence de codes de conduite ne crée-t-elle pas un sentiment de « droits acquis » chez les praticiens, ce qui constitue un phénomène dangereux ? Enfin, quand bien même ces normes seraient efficaces, sont-elles légitimes ? Plus précisément, est-il légitime que les personnes privées assument les responsabilités qui incombent traditionnellement aux pouvoirs publics ? La légitimité d'une norme ne saurait être jaugée à sa seule efficacité. Cette question, que recouvrent des expressions telles que « self-service normatif » ou « détricotage normatif », se pose surtout pour la régulation privée de domaines traditionnellement fortement marqués par l'emprise étatique, comme le droit du travail¹⁰ – ce qui n'est pas le cas du droit des ressources végétales. Mais en réalité, l'objection est plus large. Elle vise les raisonnements libéraux au terme desquels l'essentiel des normes applicables aux acteurs économiques devrait reposer sur des régulations élaborées par des entreprises ou des organismes professionnels, chaque sous-système social étant créateur de son ordre.

En somme, le code de conduite ne saurait remplacer la loi. En la matière, aucune équité ne sera possible sans une démarche complexe impliquant d'abord l'adoption de lois nationales, dans les pays exportateurs comme importateurs, ensuite un accord sur la reconnaissance internationale la plus large possible des droits intellectuels des peuples autochtones et des communautés locales sur leurs ressources et leurs connaissances, comme le prévoit la CDB.

L'objet de cette note est de montrer que, sans pouvoir ni devoir se substituer à ce nécessaire ensemble, le code de conduite est une étape indispensable du processus. Malgré ses limites congénitales, il apparaît en l'état comme un instrument utile pour civiliser les pratiques. Or, bien qu'un nombre croissant d'acteurs s'en soient dotés, nombreux sont les instituts publics de recherche et les entreprises qui en sont encore dépourvus, en dépit de leur position centrale dans la chaîne d'exploitation des ressources biologiques. D'où l'intérêt de suggérer quelques indications de contenu, de manière à ce que le code de conduite ne se réduise pas à un simple effet d'annonce.

¹⁰ Voir les interventions de M. Grévy (« Certification ISO dans le champ des relations sociales, une hérésie ? ») et de I. Meyrat (« La référence à l'éthique dans les normes professionnelles, vecteur d'assujettissement des salariés ? ») au colloque « Pratique du droit, pensée du droit et engagement social », organisé par le Credimi (Université de Bourgogne), à Dijon, les 11, 12 et 13 mai 2006. A paraître chez Dalloz.

Plus généralement, pour une analyse critique des nouvelles formes de « gouvernance » marquées par l'objectivation, la normalisation et l'internationalisation des règles, dans un contexte de démembrement du pouvoir législatif, le tout au détriment des libertés des travailleurs, voir A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, p. 223 et s., spéci. p. 263 et s. à propos des normes ISO.

Qui ? Les entreprises privées et les instituts publics de recherche

Si chacun perçoit intuitivement l'enjeu de l'élaboration de codes de bonne conduite dans les entreprises, la nécessité n'en est pas moins pressante en ce qui concerne les grandes institutions de recherche.

Les entreprises privées

Dans le domaine de l'exploitation des ressources biologiques, codes de bonne conduite et entreprises privées sont souvent associés pour deux raisons. D'une part, depuis que les ressources biologiques ont acquis une valeur économique, les entreprises sont les plus concernées parmi les agents de la chaîne. D'autre part, quand il s'agit de civiliser les pratiques, elles sont impliquées au premier chef : ne sont-elles pas les premières mises en cause dans les phénomènes de bio-piraterie ? Le code de conduite peut alors constituer pour elles un outil de crédibilité.

Au-delà de ces évidences, le rôle croissant des entreprises dans la mondialisation a donné naissance à l'idée de « responsabilité sociale des entreprises » (RSE), qui s'est notamment traduite par l'adoption, souvent concertée, de codes de conduite, chartes éthiques ou autres principes directeurs.

Les entreprises multinationales représentent à la fois le moteur et la courroie de transmission de l'internationalisation des relations économiques et sociales. Le développement économique de la plupart des nations est aujourd'hui inextricablement lié à l'ampleur et à l'intensité des activités d'environ 65 000 firmes multinationales et de leurs 850 000 filiales étrangères réparties partout dans le monde. La firme est devenue globale, d'une manière différente et nouvelle : elle est capable de diffuser l'innovation dans toute la « chaîne de valeur » grâce à des procédures et des procédés comme l'étalement (*benchmarking*) et les systèmes de contrôle de l'information. La multiplication des entreprises mondialisées soulève des questions nouvelles relatives à la régulation de leurs activités, du point de vue du travail, de l'emploi, ou de la protection de l'environnement¹¹.

Dans cette perspective, la RSE est devenue un moyen, pour les entreprises, d'intégrer des préoccupations sociales et environnementales dans leurs activités et dans les interactions avec leurs partenaires, sur une base volontaire. Depuis les années 1980, sous l'impulsion notamment des organisations non gouvernementales (ONG), les concepts de finance éthique, commerce équitable, développement durable sont entrés dans le schéma de pensée des instances politiques. Celles-ci ont fait appel aux universités et centres de recherche afin qu'ils développent des outils pour identifier le niveau de responsabilité des entreprises. Ont ainsi été mis au point des référentiels internationaux (Global Reporting Initiative, GRI), des codes de conduite d'entreprises (Global Compact), des certifications, normes ou labels (SA8000...). Des groupes de réflexion¹² et des audits sociaux ou environnementaux ont aussi été mis en place. En Europe, des outils sont développés depuis 2000 afin de fixer des normes de RSE¹³.

¹¹ Gregor Murray et Gilles Trudeau, « Une régulation sociale de l'entreprise mondialisée ? » in *Relations industrielles*, Volume 59, numéro 1, hiver 2004, « Équité, efficience, éthique ? La régulation sociale de l'entreprise mondialisée », p. 3 et s.

¹² Voir le World Business Council for Sustainable Development (WBCSD), créé il y a dix ans à Genève et regroupant 180 entreprises internationales réunies par leur engagement pour un développement durable. www.wbcsd.org/web/leaders.htm

¹³ <http://www.actares.ch/F/glossarF.htm>

Voir aussi *Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la RSE* [COM (2001) 366- non publié au Journal officiel]. La définition de la RSE retenue par le Livre vert est la suivante : « Intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leur activité commerciale et leurs relations avec les parties prenantes. Être mieux socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables mais aller au-delà et investir dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes » (source : Hommes et libertés, Revue de la Ligue des droits de l'homme, n° 133, janvier-mars 2006, p. 52).

Ainsi, sous la pression croissante des ONG, des groupes de consommateurs et désormais des investisseurs, les entreprises se dotent de plus en plus fréquemment de codes de conduite traitant des conditions de travail, des droits de l'homme et de la protection de l'environnement. Ces codes encadrent non seulement leurs activités, mais aussi celles de leurs sous-traitants et fournisseurs.

En adhérant à des principes, elles s'engagent à se comporter en membres responsables de la société dans la conduite de leurs activités. De plus, elles peuvent énoncer clairement les valeurs qui guident leurs actes et leurs décisions. Ainsi, tel grand groupe alertera sur les problèmes de malversation ou de corruption et, de manière plus générale, sur tout dysfonctionnement¹⁴. C'est dire si les codes fournissent alors autant d'occasions pour coordonner l'action des entreprises.

Les instituts publics de recherche

Pour comprendre l'utilité particulière du code de conduite pour les instituts publics de recherche, il convient de mettre en lumière le rôle stratégique de ces acteurs en matière de prospection de ressources biologiques.

Un rôle peu visible mais décisif

Bien que de façon parfois peu visible, la plupart des institutions publiques de recherche tirent les fils de la circulation des ressources biologiques¹⁵. En effet, elles sont devenues des intermédiaires irremplaçables dans la chaîne de valorisation depuis que les entreprises les associent aux opérations de bioprospection. Trois raisons expliquent ces partenariats. Tout d'abord, les entreprises sont intéressées par les liens historiques que les instituts publics de recherche du Nord ont noués avec les pays en développement, ce qui limite les blocages administratifs ou politiques – les scientifiques du Sud n'ont-ils pas fourni gratuitement ressources, connaissances ou accès à des prospections pour engager des collaborations avec leurs collègues du Nord ? Ensuite, la recherche est marquée par la multiplication de collaborations et de passerelles entre instances publiques et privées, dans le secteur des biotechnologies en particulier¹⁶. Enfin, la spécialisation des savoirs et des techniques incite les partenaires à s'associer. Tel institut public de recherche collaborera avec telle entreprise sur le mode de la prestation de service, ou sur celui du partenariat au sens strict.

C'est ainsi que le National Cancer Institute (NCI) américain se pose explicitement comme intermédiaire entre d'une part la recherche, et d'autre part les pays et les communautés qui fournissent des ressources génétiques et des savoirs traditionnels. En amont, il prospecte les ressources génétiques en collaboration avec des organisations de recherche dans les pays sources. En aval, en tant qu'agence gouvernementale, il peut participer à la recherche-développement de médicaments en organisant des essais précliniques et cliniques. Son mandat ne lui permettant pas d'assurer la commercialisation, il collabore étroitement avec le secteur privé, qui est chargé de cette activité. Et s'il ne trouve pas de partenaires, il met gratuitement ses résultats de recherche à la disposition du public¹⁷.

De même, le contrat entre l'IRD (Institut de recherche pour le développement), le CNRS (Centre national de la recherche scientifique) et Pierre Fabre médicaments illustre l'intérêt d'un partenariat entre un institut spécialisé dans la collecte de substances naturelles en Guyane, en

¹⁴ C'est le cas chez EDF. Dans une perspective éthique, un droit d'alerte au profit des salariés est favorisé depuis 2003 sous la forme d'une boîte email. V. Mémento éthique, Délégation à l'éthique et à la déontologie – CA du 25/05/2005.

¹⁵ F. Bellivier et Ch. Noiville, *Contrats et vivant, op. cit.*, passim ; N. Brahy et S. Louafi, « Role of the research sector in the ABS Governance » (version provisoire remise par les auteurs).

¹⁶ Bannister (2005).

¹⁷ Pour une analyse détaillée, voir Kerry Ten Kate and Adrian Wells, "The Access and Benefit Sharing Policies of the United States National Cancer Institute: A comparative account of the discovery and development of the drugs Calanoide and Topotecan", Submission to the Executive Secretary of the Convention on Biological Diversity by the Royal Botanic Garden, Kew, disponible sur le site www.biodiv.org/doc/case-studies/default.asp

Nouvelle-Calédonie et en Bolivie, un laboratoire du CNRS qui maîtrise les techniques d'analyse des échantillons et d'extraction des molécules potentiellement thérapeutiques, et une entreprise qui détient à la fois le savoir-faire et les moyens financiers pour développer des médicaments.

Une opportunité et une nécessité

Vu leur rôle décisif dans la chaîne de valorisation des ressources biologiques, les institutions publiques de recherche ont un intérêt démultiplié à se doter de codes de conduite. Non seulement elles peuvent le faire, mais encore le doivent-elles.

Tout d'abord, il s'agit pour elles d'une opportunité. D'un point de vue juridique, dès lors que le code est en conformité avec des règles plus générales, si elles existent, aucun obstacle ne peut empêcher les instituts de recherche à se doter de codes de conduite. D'un point de vue économique, si un institut a élaboré un code imposant une règle à ses partenaires, ces derniers seront *de facto* conduits à s'y plier, sauf à changer de prestataire ou de partenaire, ce qui n'est pas aisément possible en la matière, les partenaires n'étant pas interchangeables. La puissance – scientifique, sociale... – des institutions de recherche leur donne la capacité de maîtriser les règles en la matière ou au moins de jouer un rôle d'aiguillon.

En témoignent les deux codes de conduite des Jardins botaniques de Kew¹⁸, qui mettent en lumière plusieurs conditions à respecter :

- honorer la lettre et l'esprit de la CDB ;
- rendre effectif le principe du consentement éclairé. Ceci implique d'expliciter les conditions d'acquisition et d'utilisation des ressources génétiques, et donc, le plus souvent, d'en passer par un consentement écrit ;
- préciser la démarche selon qu'est sollicité du matériel situé *in situ* ou *ex situ* dans un jardin botanique, une entreprise, etc. ;
- prévoir un retour d'avantages pour toutes les parties prenantes, monétaire (en cas d'utilisation commerciale) ou non monétaire (dans le cas inverse), y compris, autant que faire se peut, pour les ressources acquises avant l'entrée en vigueur de la CDB ;
- conserver une trace des modalités d'acquisition et d'utilisation des ressources et de leur fourniture à des tiers ;
- préparer, adopter et diffuser des lignes directrices institutionnelles exposant la façon dont les parties prenantes vont mettre en œuvre ces principes.

Voilà une vraie discipline professionnelle, mais facilitée par le fait que, loin d'être atomisés, les instituts publics de recherche opèrent de plus en plus au sein de réseaux¹⁹.

Outre l'opportunité, le code de conduite est une nécessité, et ce pour deux raisons : le rôle croissant des institutions publiques de recherche dans la valorisation, déjà évoqué ; l'attitude des chercheurs qui n'ont pas encore pris conscience des enjeux de leurs travaux, ou, quand ils en sont conscients, négocient isolément les contrats sans pouvoir se référer à une politique générale. La mission de service public et de satisfaction de l'intérêt général – qui, sous certains angles, croise la question de l'équité – confère aux institutions de recherche une obligation d'exemplarité. Le code de conduite peut être un outil pour atteindre cet objectif.

En matière de génétique végétale, le contrat Génoplante²⁰ est exemplaire à cet égard. Il prévoit que dès que les données génériques obtenues sont placées dans la base de données interne à Génoplante, elles sont versées dans le domaine public. Quant aux résultats appliqués,

¹⁸ « Principles on Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing for Participating Institutions » et « Common Policy Guidelines », codes de conduite développés à l'instigation des Jardins botaniques royaux de Kew, Royaume-Uni, novembre 2000 et mars 2001. Voir www.rbhkew.org (visité le 27 juillet 2006).

¹⁹ Cette tendance est bien révélée par l'initiative de Bertrand Teyssandier, qui associe de grands instituts de recherche européens tels le CNRS, l'INRA, le Cirad et le Max Planck Institute (voir F. Bellivier et C. Noiville, Contrats et vivant, *op. cit.*, p. 231).

²⁰ INRA, CNRS, Cirad, IRD, Biogemma, Bioplante, Bayer Cropscience.

s'ils n'ont pas fait l'objet d'une demande de brevet par les partenaires, ils seront rendus publics au bout d'un an. Pour tenir compte du mandat spécifique dévolu à deux des parties, instituts de recherche publics, le Cirad (Centre de coopération internationale en recherche agronomique pour le développement) et l'IRD, deux dispositions sont prévues. D'une part, les organismes de recherche partenaires de ces institutions dans les pays en développement peuvent utiliser gratuitement les résultats de Génoplante pour développer des variétés locales. D'autre part, afin que les exploitants les plus défavorisés puissent assurer leur sécurité alimentaire, les producteurs locaux de semences vivrières pourront obtenir de Génoplante Valor (l'entreprise de valorisation du partenariat) des licences à des conditions très privilégiées, voire gratuites²¹. Voici donc comment l'on peut articuler des impératifs divergents souvent estimés antinomiques (communauté *vs* concurrence ; exclusivité *vs* non-exclusivité ; réservation *vs* diffusion des résultats).

Or ce que fait le contrat, le code de conduite peut aussi le faire. En témoignent des initiatives notables comme Pipra (Public Initiative for Intellectual Property Resource for Agriculture)²², qui s'est doté d'un code de conduite relatif aux licences accordées aux pays en développement, afin de favoriser la mise au point d'innovations « socialement utiles ». Notons aussi l'engagement pris par l'INRA qui, lorsqu'il est saisi d'une demande de mise à disposition d'un matériel biologique acquis à l'étranger, s'engage à la transmettre à l'État ou au propriétaire d'origine qui, seul, déterminera les règles de circulation du matériel²³.

La dynamique des codes de conduite, déjà largement intégrée par les entreprises privées dans des domaines comme la transparence financière, la protection de l'environnement ou les conditions de travail, doit donc essaier au-delà, vers les instituts publics de recherche qui constituent l'un des maillons-clés de la valorisation du vivant.

Comment ? Le relais et l'imitation

Contrairement aux idées reçues, le code de conduite peut utilement compléter la loi, tant par la méthode d'élaboration que par les effets juridiques attendus des normes.

Un double intérêt méthodologique

Mobiliser les acteurs

Par sa nature, le code de conduite suppose un exercice interne de mobilisation et de concertation. L'autorégulation émanant des acteurs eux-mêmes, contrairement à la loi, le code de conduite peut avoir des effets puissants²⁴ :

- clarifier, mettre à plat, civiliser des pratiques souvent anarchiques, éclatées, voire occultes ;

²¹ Il faut toutefois se garder de trop d'angélisme car les producteurs des pays en développement auront moins besoin des résultats, fondamentaux pour la plupart, de Génoplante que de résultats plus appliqués, lesquels seront probablement licenciés selon la politique de chaque membre, avec obligation d'un retour financier.

²² *Public Initiative for Intellectual Property Resource for Agriculture (PIPRA)*, institué par l'Université de Californie et regroupant toute une série d'institutions publiques américaines de biologie végétale.

²³ INRA, Charte de la propriété intellectuelle, précitée, point 1.6. Si cette règle ne concerne ici que le matériel acquis après l'entrée en vigueur de la CDB, d'autres institutions s'attachent à en faire une application rétroactive, subordonnant l'exploitation du matériel distribué à un partage avec l'État d'origine, quelle que soit sa date d'acquisition. V. « Principles on Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing for Participating Institutions » et « Common Policy Guidelines » développés à l'instigation des Royal Botanic Gardens de Kew, au Royaume-Uni, novembre 2000 et mars 2001, www.rbge.org.

²⁴ Sur ce point, cf. K. Evers, *Codes of conduct. Standards for ethics in research*, Directorate General for Research, CCE, Bruxelles, 2003, notamment p. 13 et s.

- élaborer une référence interne à l'entreprise ou à l'institut de recherche sur des notions aussi importantes mais aussi floues que l'équité ;
- dessiner la limite entre les comportements acceptables et ceux qui ne le sont pas, ce qui suppose de prendre conscience de l'insuffisance du *statu quo* et des faiblesses du système, et d'en débattre ;
- identifier les particularités du champ d'activités ou de recherche afin de construire de toutes pièces une « norme » spécifique²⁵. Par exemple, le document d'information de la World Federation for Culture Collections s'attache à adapter les exigences de la CDB aux spécificités des ressources biologiques microbiennes : « Les codes ont été établis pour différentes périodes de temps, certains pour un grand nombre d'années au service de la communauté scientifique internationale. Les collections existantes sont le résultat de dépôts faits par des scientifiques. De nombreux individus sont impliqués dans le transfert de la ressource génétique microbienne, de son habitat à son utilisation finale. Les micro-organismes sont aisément reproductibles... »²⁶ ;
- débattre et s'engager collectivement, ce qui suppose d'échanger des informations et de se concerter – le code de conduite Mosaïc a été adopté au terme d'une consultation ayant associé plusieurs dizaines d'institutions ;
- contribuer à sensibiliser les acteurs sur les implications éthiques, sociales, écologiques et autres de leurs activités. La mobilisation et la concertation internes facilitent l'intériorisation de la norme spontanée, voire l'apprentissage. En effet, elles transcrivent, dans l'univers de l'entreprise ou de l'institut de recherche, des règles juridiques avec lesquelles il n'est pas facile de se familiariser. Cet effet est nettement perceptible s'agissant de codes émanant d'organismes qui ont pris soin d'établir un *advisory board* (comité consultatif) chargé d'éclairer les points obscurs, d'examiner les questions sensibles voire de trancher les litiges.

Suppléer ou compléter la loi

En seconde analyse, le code de conduite est utile s'il n'existe pas de loi ou si la loi est trop générale pour être mise en pratique. Dans ce dernier cas, le code de conduite donne aux acteurs l'occasion de préciser la loi et contribue à rendre opératoires les règles existantes. C'est ainsi que le Cirad a édicté des règles invitant ses chercheurs à solliciter le consentement des populations locales avant toute collecte et leur indiquant des modalités de partage des avantages. Ces règles précisent alors utilement la loi générale.

Le code de conduite peut même devenir une sorte de « laboratoire » fournissant des résultats d'expériences dont le législateur pourra se servir pour élaborer la norme. En matière d'échange de ressources biologiques humaines, où la question de l'équité se pose dans des termes comparables, la pratique joue un rôle d'autant plus décisif qu'elle inspire les pouvoirs publics : lorsque ces derniers veulent imposer un contrat-type pour tout transfert de matériel entre centres de ressources biologiques, ils « homologuent » peu ou prou l'accord de transfert de matériel mis au point par certains acteurs. Lorsque la loi de bioéthique prévoit que le donneur peut s'opposer à une nouvelle utilisation de son matériel biologique, elle officialise une disposition récurrente dans les contrats de la banque du Généthon. Enfin, dans le domaine des ressources biologiques non humaines, lorsque l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) rédige des clauses-types de propriété intellectuelle dans les contrats

²⁵ G. Farjat, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 47.

²⁶ « CCs have been established for different periods of time, some for very many years as a service to the international scientific community. Their collections exist as a result of deposits made by scientists. Many individuals are involved in the transfer of the MGR from habitat to end use. M.O. are easily reproducible... ».

d'accès aux ressources génétiques, elle s'inspire explicitement des pratiques par lesquelles elle souhaite féconder les normes juridiques²⁷.

Un double effet normatif

Le caractère contraignant de facto

L'absence de valeur normative *stricto sensu* ne doit pas occulter le caractère de fait contraignant du code de conduite. En dépit des limites évoquées ci-dessus, le code de conduite a une portée indéniable, et ce pour cinq raisons²⁸.

1. Il porte les normes à la connaissance des professionnels intéressés.
2. Le non-respect des engagements pris peut nuire à l'image du chercheur ou de l'institution.
3. Le respect du code conditionne parfois l'obtention d'un financement²⁹ ou l'acceptation d'une publication.
4. Plus fondamentalement, le code de conduite détermine l'économie générale des futurs contrats qui, eux, auront une portée juridique indéniable. Il édicte des recommandations générales, ici sur les conditions de la prospection, là sur l'attribution des résultats et droits de propriété industrielle, là encore sur la façon dont sera menée la recherche ; le plus souvent, il énonce que tout contrat devra respecter ces principes. C'est donc sur le fondement de ces normes que seront conclus les accords, cédées les licences, etc. Par le truchement du contrat, qui a effet obligatoire entre les parties et dont le non-respect peut être sanctionné, le code de conduite acquiert donc une portée juridique.
5. La judiciarisation croissante de la société amène les juges à se prononcer sur des normes volontaires adoptées par les entreprises en matière de responsabilité sociale. Si le code est contraire à une norme étatique (juridiquement obligatoire), le juge le refusera. Il pourra aussi sanctionner le non-respect en se fondant sur les théories de l'engagement unilatéral de volonté ou du quasi-contrat³⁰. En cas de contentieux, cette « norme de comportement » que la communauté des chercheurs ou l'entreprise aura choisi de se donner lui sera opposable et pourra servir au juge pour apprécier son éventuelle responsabilité³¹.

²⁷ OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, troisième session, Genève 13-21 juin 2002, *Appel à commentaires sur la structure de la base de données proposée en ce qui concerne les pratiques et les clauses contractuelles relatives à la propriété intellectuelle, à l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages*, WIPO/grtkf/ic/3/3, Genève, 28 février 2002.

²⁸ G. Farjat, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 47.

²⁹ Pour des exemples, v. F. Bellivier et Ch. Noiville, *Contrats et vivant*, op. cit., p. 133.

³⁰ L'engagement unilatéral de volonté est une construction doctrinale et jurisprudentielle du droit civil qui met en lumière la question suivante : une volonté unilatérale peut-elle obliger son auteur ? (Puis-je unilatéralement me constituer débiteur d'autrui ?). Le quasi-contrat, qui remonte au droit romain, est un mode d'engagement reconnu dans le Code civil (art. 1371 et s.) dont la caractéristique est qu'il est purement spontané et qu'il en résulte un enrichissement pour un tiers et un appauvrissement pour l'agent.

³¹ Voir par exemple, dans le domaine du commerce électronique, M. Vivant, « Le commerce électronique, défi pour le juge », D. 2003, chron. p. 678 : « Le juge fait le droit en formalisant les usages et en en faisant de véritables normes ; une décision canadienne a déjà donné raison à un fournisseur d'accès d'avoir mis fin à un contrat sur la considération des règles fixées par la nétiquette, règles sans nul doute bien pauvres, mais usages néanmoins et de la sorte, juridicisés ». Pour des décisions de justice française dans le même sens, v. *Les Petites affiches*, 1^{er} août 2002, n° 53, p. 20.

NB : voir aussi l'arrêt rendu le 2 mai 2002 par la Cour suprême de Californie (*Mark Kasky c/ Nike*, SO87859). L'affaire opposait un citoyen américain à la société Nike qui, pour la production des vêtements et articles de sport qu'elle commercialise, fait appel à une multitude de sous-traitants dans les pays en développement.

Ce faisant, le code de conduite illustre une normativité à double détente pour les acteurs : il les incite à mettre en œuvre des règles qui pallient la loi ; il leur indique qu'ils ne peuvent pas se mettre au-dessus des lois.

L'effet d'imitation

De proche en proche, les codes de conduite non seulement civilisent les pratiques de ceux qui s'en sont dotés mais, au-delà, diffusent des modèles de comportement : telle entreprise imitera telle autre en reprenant son code, et ainsi de suite. C'est ainsi que l'EBRCN (European Biological Resource Centers Network) s'est inspiré des codes Mosaicc et Cabri pour développer sa politique d'échange de ressources. De la même manière, à la faveur de ce phénomène, l'Accord de transfert de matériel (ATM) est toujours plus standardisé, au point qu'il présente des similitudes de plus en plus fortes d'institution à institution, mais aussi de pays à pays. Cette uniformisation est d'autant plus nécessaire que les institutions collaborent étroitement : pas d'imitation, pas de collaboration.

D'où la nécessité de travailler sur le contenu, afin que le code de conduite ne se réduise pas à un simple effet d'affichage.

Quoi ? Le contenu des codes de conduite

Dans la période actuelle de transition où des textes nationaux et internationaux contraires sont en cours d'élaboration, il peut être utile d'aider les acteurs à concevoir les grands axes de leur stratégie d'accès aux ressources biologiques et de partage des avantages.

Il existe d'ores et déjà un corpus utilisable : d'une part, l'activité contractuelle des acteurs, de plus en plus soutenue, dévoile des figures de contrats innovants qui peuvent inspirer et alimenter les futurs codes de conduite³² ; d'autre part, les Lignes directrices de Bonn, dont nous rappellerons les grands principes, apparaissent comme un bon point de départ. Il ne s'agit donc pas de tout inventer *ex nihilo*.

La lecture des codes existants conduit à suggérer des améliorations de forme et de fond. La retranscription des Lignes directrices de Bonn est parfois insatisfaisante. Bien que l'on observe un certain affinement méthodologique dans une nouvelle génération de codes de conduite³³,

Au début des années quatre-vingt-dix, suite à la pression des médias et des associations de consommateurs, Nike est l'une des premières sociétés à reconnaître sa responsabilité sociale pour les travailleurs dans les usines de ses sous-traitants, et à adopter un code de conduite. Cependant, en octobre 1996, plusieurs médias américains révèlent que, contrairement aux engagements de Nike, les droits fondamentaux au travail ne sont pas respectés dans certaines usines de ses sous-traitants. Pour répondre à ces critiques et ainsi éviter une désaffection de ses clients, la société Nike envoie plusieurs lettres à la presse, à des présidents d'université et à des responsables de clubs sportifs, réaffirmant que ses sous-traitants respectent les droits sociaux fondamentaux. *Ce sont ces lettres qui ont fait l'objet du recours devant la justice californienne sur le fondement de la publicité mensongère*. Les juges du fond ayant apprécié souverainement que le contenu des lettres était erroné, la Cour suprême devait décider si ces fausses affirmations sur les conditions de production pouvaient être sanctionnées sur le fondement du droit de la consommation, autrement dit si elles avaient un caractère commercial. Or, la réponse donnée par la Cour à cette question est très nette : « Quand une entreprise commerciale, pour promouvoir et défendre ses ventes, fait des déclarations factuelles sur ses produits ou ses opérations, elle doit dire la vérité ». Moins que la question de la vérité ou du mensonge, ce qui compte dans notre perspective, c'est le fait que le juge confère au code de conduite un caractère contraignant.

³² F. Bellivier et Ch. Noiville, *Contrats et vivant*, op. cit., spéc. les contrats cités dans les notes 690 et s.

³³ V.K. Bannister : « For example, the American Society for Pharmacognosy has adopted membership *Guidelines for Interactions with Source Countries*, which consider issues related to consent, compensation, conservation, and the rights of Indigenous communities. A technical report on medicinal chemistry prepared by the International Union of Pure and Applied Chemistry considers issues such as access, benefit-sharing and intellectual property rights in relation to use of biodiversity for natural products development. Position statements of the American Folklore Society on ethics and human subjects outline specific responsibilities to protect the welfare of participants in ethnographic research. The International Chemical Society has adopted conservation and reciprocity-based principles embodied in its *Göteborg Resolution*.

trop de déclarations de politique générale se contentent encore d'énoncer de grands principes éthiques. Par exemple, le code éthique de l'International Society of Ethnobiology ne pose que quelques grands principes abstraits. L'entreprise DuPont, qui s'est dotée des *Bioethics Guiding Principles*, se borne à énoncer des principes aussi vagues que celui-ci : « DuPont s'efforcera d'identifier le ou les détenteurs(s) de ressources biologiques et de savoirs sélectionnés pour la recherche et le développement de produits et élaborera des accords commerciaux justes et équitables de façon à ce que soient reconnues les contributions de chaque partie impliquée. Dans la mesure du possible les accords seront rendus publics »³⁴.

De ces constats il résulte que les codes de conduite devront inclure les exigences minimales suivantes :

- un préambule, qui expose les principaux objectifs du code, son contexte et l'esprit général dans lequel il est élaboré ;
- un ensemble de principes et de lignes directrices clairs et opérationnels, même si la précision ne peut être que relative, la diversité des cas de prospection obligeant à se limiter à un certain niveau de généralité. Par hypothèse, la façon de solliciter le consentement et les demandes des fournisseurs en termes de partage différeront selon les pays ;
- des modèles de contrats. Par exemple, le code de conduite Mosaïcc est divisé en deux parties. La première mentionne des principes généraux et la démarche à suivre par l'utilisateur de ressources biologiques (consentement éclairé préalable, procédure pour l'accès aux micro-organismes *in situ*, procédure pour l'accès *ex situ*, mise au point d'accords de transfert de matériel, contrôle de la distribution et de l'utilisation des micro-organismes)³⁵. La seconde fournit des modèles de documents (accords de transfert de matériel, modèle de consentement éclairé, candidature pour l'accès aux micro-organismes *in situ*, certificat de consentement éclairé pour l'accès aux micro-organismes *in situ*)³⁶.

Sur le fond, deux observations découlent de la pratique et de la lecture des codes existants. Le code ne sera crédible que si les conditions suivantes sont remplies :

- ne pas être en contradiction avec les normes internationales, notamment la CDB, et avec les lois nationales quand elles existent ;
- inclure des clauses de mise en œuvre, de suivi et de vérification ;
- désigner une personne ou un groupe de personnes responsables de l'application effective des clauses et des principes généraux énoncés ;
- être diffusé auprès de tous ceux dont son application dépend – membres du personnel, fournisseurs et dirigeants –, qui devront être formés à sa bonne utilisation ;
- être soumis à une évaluation d'impact.

Some individually-authored documents containing ethical guidelines prepared on behalf of, or endorsed by, professional societies or organizations are also relevant to ethnopharmacology. Two well-known examples include *Suggested Ethical Guidelines for Accessing and Exploring Biodiversity* prepared as a Pew Conservation Scholars Initiative by Anil K. Gupta and *Ethics, Biodiversity, and New Natural Products Development* written by Anthony B. Cunningham and endorsed by the International Society of Ethnobiology. Many other codes, guidelines, standards, statements and declarations that are highly relevant to ethnopharmacology have also been developed by concerned scientists, Indigenous groups, non-governmental organizations, governments, industry, or a combination of these sectors”.

³⁴ « DuPont will strive to identify the owner(s) of natural biological resources and knowledge selected for research and product development and will develop fair and equitable business arrangements that recognize the contributions of the involved parties. To the extent possible, arrangements will be made public ».

³⁵ Prior Informed Consent, Procedure for access to in-situ MGRs, Procedure for access to ex-situ MGRs, Settlement of Material Transfer Agreement, Monitoring the distribution and utilisation of MGRs.

³⁶ Material Transfer Agreement, PIC application form for access to in-situ MGRs, PIC certificate for access to in situ MGRs.

Au-delà, le code de conduite doit apporter des réponses aussi claires que possible à quatre séries de questions par nature épineuses et qui ne sauraient être laissées dans le vague.

Définir l'objet

Le code doit tout d'abord définir précisément l'objet des pratiques qu'il se donne pour tâche de formaliser et de réguler : que sont des « produits », « extraits » ou « substances » ?

Par exemple, les lignes directrices pour les membres de BIO (Biotechnology Industry Organization) s'engageant dans la biopropsection³⁷ définissent celle-ci comme « la collecte par un membre de BIO d'échantillons physiques de ressources génétiques régulées existant *in situ* ou conservées dans une collection *ex situ* de telles ressources »³⁸. Ils omettent de soumettre aux lignes directrices la collecte de savoirs autochtones, même si plus loin, ils spécifient que l'entreprise « prendra toutes les mesures nécessaires pour prévenir la révélation d'informations fournies sous le sceau de la confiance par un membre d'une communauté indigène ou locale » et « traitera l'information en question conformément aux termes spécifiés par la communauté ayant fourni l'information. Quand ce sera faisable, elle inclura ces termes dans les accords de bioprospection »³⁹.

Obtenir un consentement préalable

Pour ne pas être une coquille vide, le consentement préalable donné en connaissance de cause doit obéir aux trois exigences suivantes. Il doit être sollicité auprès de l'autorité nationale compétente, si la loi nationale du pays fournisseur en a désigné une, ou auprès d'une autorité étatique quelconque dans le cas contraire. Au-delà des instances publiques, il convient également de « faciliter la participation de toutes les parties prenantes concernées » : les instances locales, mais aussi les communautés locales, sans l'aval desquelles la prospection pourra être ressentie comme inéquitable, et donc vouée à l'échec.

Ensuite, le consentement préalable doit s'imposer à la recherche publique comme privée. Si le particularisme de la recherche universitaire – par essence libre car désintéressée et liée par des liens d'amitié anciens avec les chercheurs du Sud – est parfois avancé pour justifier le libre accès aux ressources et connaissances⁴⁰, l'argument perd une grande partie de sa crédibilité en raison des liens étroits que nouent désormais industrie, universités et instituts publics de recherche. Dans ce contexte, l'argument se teinte d'ambiguïté : la ressource serait transférée gratuitement du Sud vers le Nord dans le cadre de la courtoisie académique et des bénéfices que peuvent en retirer les chercheurs du Sud ; puis elle serait transférée vers l'industrie sans que l'État fournisseur ni les communautés locales aient pu donner leur accord ni conditionner celui-ci à un retour d'avantages. Éviter le biopiratage, c'est prévenir ce type de transfert et, du même coup, soumettre l'ensemble des prospections à un consentement préalable.

L'objectif n'est pas de contraindre tous les chercheurs à s'engager d'emblée dans un processus lourd et, notamment, à négocier des contrats dans les moindres détails. Dans un premier temps, telle prospection pour la recherche pourra ne requérir que la signature d'un accord-type repoussant à plus tard la négociation de points plus précis (comme le partage des

³⁷ Guidelines for BIO Members Engaging in Bioprospecting.

³⁸ "The collection by a BIO Member of physical samples of Regulated Genetic Resources existing *in-situ* or in maintained in an *ex-situ* collection of such resources".

³⁹ "Shall take all reasonable steps to prevent the disclosure of information provided in confidence by a member of an indigenous or local community, and handle such information in accordance with the terms specified by the community that has provided the information. Where feasible, include such terms in the Bioprospecting Agreement".

⁴⁰ On retrouve cet argument dans les Lignes directrices de Bonn : « La recherche taxonomique ne devrait pas être entravée, et il faudrait que les fournisseurs facilitent l'acquisition de matériel destiné à une utilisation systématique et que les utilisateurs rendent disponibles toutes les informations relatives aux spécimens ainsi obtenus » (pt. 11) ; « L'accès aux ressources génétiques devrait être facilité aux coûts les plus bas » et « les restrictions imposées à l'accès aux ressources génétiques devraient être transparentes, être fondées en droit et ne pas aller à l'encontre des objectifs de la Convention ».

avantages escomptés). En tout état de cause, le principe du consentement préalable n'en demeure pas moins indispensable.

Enfin, le consentement ne doit valoir que pour l'utilisation indiquée dans l'autorisation, une autre utilisation impliquant un nouveau consentement. Pour éviter tout détournement, la demande d'accès précisera l'identité du demandeur et du collecteur, l'indication du lieu où se déroulera une éventuelle recherche, l'identité des institutions impliquées, des partenaires, les modalités de traitement des informations confidentielles, etc., mais elle obéira également au « principe de spécialité » établi par les Lignes directrices de Bonn – quelles ressources, quelles connaissances, début et fin de la collecte, zone de prospection, etc.⁴¹.

Assurer le partage des avantages

L'accès aux ressources biologiques doit être assujetti au principe du partage des avantages. En substance, il s'agit de rétribuer chaque intervenant – fournisseurs (y compris les populations locales) et prospecteurs de ressources biologiques – en fonction de sa contribution à la gestion de la ressource, ou à l'identification de telle ou telle de ses qualités, ou bien au développement d'innovations exploitables. Ainsi que l'énonce à raison le *Guide des bonnes pratiques pour la recherche pour le développement*, émanant de l'IRD, « les chercheurs doivent [...] avoir conscience de la disparité des moyens dont dispose la recherche au Nord et au Sud et tenter d'y remédier en définissant de concert, pour chaque projet, la répartition des ressources et des moyens disponibles. Un partenariat Nord-Sud authentique doit comprendre un partage des retombées de la recherche qui passe notamment par le renforcement des capacités de recherche des pays du Sud, et en particulier par la formation. Mais les résultats de la recherche doivent aussi bénéficier aux populations sous forme de transfert de connaissances ou d'amélioration de leurs conditions de vie ». Il ajoute : « Tout projet de recherche précisera dans ses attendus la façon dont il prend en compte ces objectifs et peut contribuer à leur réalisation ; tout projet fera apparaître non seulement les bénéfices escomptés de ces résultats pour le (ou les) pays en développement, mais aussi pour le (ou les) pays développés ».

Au-delà de l'énoncé du principe, il s'agira de surmonter les trois difficultés que la mise en œuvre a révélées ces dernières années.

La première tient à la lourdeur qu'impose la négociation du futur partage. Les rédacteurs de codes de conduite pourront privilégier la conclusion d'un contrat-type permettant de conserver la simplicité et la souplesse du régime. En effet, le contrat-type libère le chercheur ou l'entreprise de la contrainte de négocier, dès l'amont, un partage de bénéfices difficilement quantifiables et aléatoires. Il reporte la négociation de l'éventuel partage des avantages à l'étape de commercialisation du produit. Ce critère simple permet de maintenir la flexibilité requise, puisqu'il repousse le partage des avantages au stade auquel des bénéfices financiers sont envisageables.

Deux autres difficultés tiennent aux modalités du partage. Dans la pratique, chacun s'accorde à reconnaître que la cosignature des publications ou l'attribution des futurs droits de propriété industrielle joue un rôle décisif dans le partage des avantages : le plus souvent, le prospecteur sera titulaire des brevets sur les éventuelles innovations à venir et versera une part des redevances au fournisseur ; parfois, les droits de brevet seront purement et simplement partagés entre les intervenants. Quelle que soit la solution choisie, « la participation de tous les acteurs impliqués dans [la] recherche [...] sera reconnue » énonce le *Guide des bonnes pratiques* de l'IRD, et « l'ordre des signatures des publications sera décidé en commun, selon la participation de chacun et conformément aux usages internationalement admis. La prise de brevets et des licences d'exploitation se fera également de manière partenariale et toujours en prenant en compte les aspects favorables au développement des PED ».

⁴¹ M.-A. Hermitte (dir.), Introduction, in *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Bruylants, vol. II, p. 3 et s.

Mais comment partager *ab initio* – et en particulier fixer un prix de redevance – lorsque le résultat de la collecte est incertain ? Et n'est-il pas dangereux de rétribuer les communautés locales, ce qui les insère de fait dans le marché alors qu'elles en étaient jusque-là « protégées » ?

Deux mécanismes permettent dans une certaine mesure de contourner cette double difficulté : le retour d'avantages anticipé ; le retour d'avantages en nature.

Outre le versement de redevances à terme, toujours aléatoire, il convient de favoriser un retour d'avantages immédiat, avant même que la ressource ait été exploitée avec succès. Que la perspective adoptée soit strictement marchande ou davantage imprégnée de considérations éthiques, cette démarche s'impose afin de respecter l'impératif de justice et en raison de la nécessité, pour les pays fournisseurs, de constituer et de maintenir un marché de la biodiversité riche et ouvert.

La coopération scientifique et technique permet d'assurer un retour d'avantages en nature. Par exemple, l'organisation non gouvernementale de protection de l'environnement Pro Natura International aide à l'élaboration de contrats de partenariat pour exploiter équitablement la biodiversité dans certains pays africains et au Pérou : construction immédiate d'une école ou d'un dispensaire ; association de scientifiques locaux aux opérations de collecte, transfert des technologies permettant à ces derniers de participer aux recherches auxquelles leur biodiversité donne prise.... Autre exemple, le Fonds français pour l'environnement mondial (FFEM) s'est fixé comme règle de ne financer des opérations de bioprospection que si elles prévoient un partage équitable favorisant le développement économique et social local.

Quant aux Lignes directrices de Bonn, assez peu directives en la matière, elles envisagent diverses modalités de paiement, sans préciser à qui seront distribués les montants ; elles mentionnent un fonds d'affectation spéciale en faveur de la conservation et de l'utilisation durable de la diversité biologique, les avantages étant alors, selon toute vraisemblance, perdus pour les communautés. Face à cette faille des Lignes directrices de Bonn, il convient de ne pas négliger l'apport de certains montages contractuels innovants comme ceux que propose Pro Natura International ou comme les contrats de l'International Cooperative Biodiversity Groupes (ICBG) au Pérou⁴².

Contrôler et sanctionner

Par nature, les échanges de ressources biologiques suscitent des difficultés de contrôle exacerbées. Souvent minuscule, généralement facilement reproductible, la ressource peut passer de main en main, être donnée par le prospecteur à un collègue biologiste moléculaire qui va la travailler, faire participer au processus une *start up*, elle-même liée à un industriel. Une quinzaine d'années plus tard, un bénéfice commercial apparaîtra peut-être, mais les multiples changements de mains de la ressource empêcheront le fournisseur initial d'en tirer profit. Même si les mesures actuellement envisagées – traçabilité, contrôle par les offices de brevets, etc. – devaient voir le jour, il faut reconnaître que le contrôle absolu des échanges de ressources biologiques demeure hors de portée.

Les rédacteurs de codes de conduite n'en doivent pas moins avoir conscience de leur apport possible en la matière. Par exemple, ils peuvent s'engager à ne transmettre la ressource qu'à des tiers se pliant à leur tour à l'obligation de rémunérer le fournisseur original. Simple, favorable à la circulation des échantillons et donc à la recherche, cette première solution protège moins le fournisseur que celle qui prévoit que la ressource ne sera donnée à un tiers que si le chercheur ou l'industriel demande un nouvel accord préalable au fournisseur et l'obtient. Enfin, comme à l'image de certaines lignes directrices ou de certains contrats, le codage des ressources commence à s'imposer. Le document d'information de la World Federation for Culture Collections énonce ainsi, certes en termes trop flous, que « à chaque micro-organisme détenu dans une grande collection de culture est attribué un code

⁴²V. Walter H. Lewis et V. Ramani, "Ethics and Practice in Ethnobiology: Analysis of the International Cooperative Biodiversity Group Project in Peru", Conférence *Biodiversity, Biotechnology and the Protection of Traditional Knowledge*, Saint-Louis, 4-6 avril 2003.

d'identification unique (par exemple DSM1045, IMI20567) »⁴³, et qu'il serait bon que tout au long des transferts qu'il subit, il conserve ce même code de sorte qu'il puisse être suivi à la trace et ainsi maximiser les chances de partage équitable des avantages. Dans la même veine, certains contrats prévoient de fournir non pas la souche elle-même mais des petites quantités d'extraits dont l'origine (lieu, genre, etc.) n'est de surcroît pas précisément spécifiée, de telle sorte que l'industriel désireux de développer un produit ne puisse court-circuiter le fournisseur⁴⁴. Pour surmonter le risque lié à la synthèse – qui permettrait de copier la ressource et de s'abstenir ainsi de revenir sur place – certaines dispositions énoncent que le produit de synthèse lui aussi sera assujetti au principe du partage des avantages⁴⁵.

Afin d'être crédible et efficace, un code de conduite doit en outre prévoir un système de sanctions (et des clauses de règlement des différends au cas où des litiges naissent, à l'instar de ce qui se fait dans les contrats). Ce type de disposition est actuellement peu fréquent dans le domaine des ressources biologiques, contrairement à d'autres secteurs⁴⁶.

Conclusion

Depuis quelques années, les codes de conduite en matière d'utilisation de ressources génétiques se multiplient, entraînant l'adhésion volontaire d'un nombre croissant d'utilisateurs. Ces codes constituent une forme de réponse aux demandes d'équité et d'éthique formulées par les parties à la CDB. Leur contenu ne cessant d'évoluer, devenant de plus en plus complets et précis, ils anticipent ou relaient les lois.

Ces initiatives d'autorégulation révèlent une prise de conscience des enjeux liés aux échanges de ressources génétiques, permettant ainsi d'instaurer à nouveau la confiance nécessaire à la coopération entre fournisseurs et utilisateurs. Toutefois, elles ne reposent souvent que sur la bonne volonté de leurs auteurs.

Si l'objectif est que les codes de conduite soient aussi contraignants que possible en dépit de leur absence congénitale de force normative *stricto sensu*, et qu'ils ne se réduisent pas à de pures incantations, les comportements prohibés doivent être définis et sanctionnés non pas de façon vague, comme c'est le cas aujourd'hui, mais clairement (interdiction de publication, refus de financement, etc.).

De plus, l'exigence croissante de traçabilité et de transparence liée aux négociations sur le régime international d'accès et de partage des avantages nécessitera d'élaborer des outils plus formalisés s'appliquant aux pratiques quotidiennes des utilisateurs, qui compléteront les codes de conduite actuels.

⁴³ «Each microorganism held in major CCs is allocated a unique identifying code (eg. DSM1045, IMI20567) ».

⁴⁴ Accord entre Pro Natura International et l'Institut de recherche Pierre Fabre sur la valorisation de la biodiversité des forêts tropicales du Gabon.

⁴⁵ V., par exemple, un contrat-type de licence préparé par le cabinet d'avocats américain Venable : les parties prévoient que les ventes de ce produit de synthèse donnent lieu elles aussi au paiement de royalties, même si le taux prévu est plus bas.

⁴⁶ Cf. P. Lascoumes, « Chartes éthiques et code de bonne conduite en matière de délinquance économique et financière: au-delà ou en deçà du droit ? », Étude Attac-Cetim, qui observe que les trois quarts des codes existant en la matière s'attachent à définir des règles de sanction pour la violation des clauses, même s'ils sont tous beaucoup plus précis dans la désignation des autorités de contrôle internes et dans les procédures de leur saisine que dans la définition des sanctions encourues.

Annexe

Codes de conduite consultés

Cette liste, non exhaustive, a été établie en fonction de l'origine du code – organisations internationales, utilisateurs de matériel génétique, fournisseurs de matériel génétique. La distinction entre ces deux dernières catégories peut manquer de pertinence au premier abord, puisque certains opérateurs sont à la fois fournisseurs et utilisateurs de ressources. Elle n'en a pas moins de sens dans le cadre de cette étude centrée sur la problématique de l'équité envers les pays en développement et leurs populations, et qui conduit à distinguer autant que possible les utilisateurs localisés dans les pays industrialisés et les fournisseurs situés dans les pays en développement.

Codes de conduite d'institutions internationales

- FAO : code international de conduite pour la collecte et le transfert de matériel phytogénétique, 1993.
- Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation, Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, 2002.
- Initiative de conservation des boursiers de Pew pour l'élaboration de lignes directrices éthiques sur l'accès à la diversité biologique, Lignes directrices suggérées pour l'éthique liée à l'accès et l'étude de la diversité biologique.
- International Society of Ethnobiology, Code of Ethics.
- Organisation internationale du travail, Banque mondiale, Agence canadienne de développement international et KIVU Nature Inc., Intégration des connaissances autochtones à la planification et la mise en œuvre de projets, 2000.
- WWF/UNESCO/Kew, Fonds mondial pour la nature, Politique et principes d'éthique, de recherche ethnobiologique et de diversité biologique concernant les partenariats équitables pour le développement de nouveaux produits naturels, Gland, 1993.

Codes de conduite d'utilisateurs

- Code d'éthique et normes de pratiques adoptés par la Société internationale d'ethnobiologie, 1998.
- Code d'éthique des collecteurs étrangers d'échantillons biologiques, Atelier de conservation des herbiers
- Cirad, Règles de transfert de ressources génétiques, septembre 2001.
- Guidelines on Discovering New Medicines from Nature, de GlaxoSmithKline.
- Coalition mondiale pour la diversité bioculturelle, Convention sur les ressources intellectuelles, culturelles et scientifiques. Code d'éthique de base et code de conduite des partenariats équitables entre les sociétés, les travailleurs scientifiques ou les institutions responsables et les peuples autochtones.
- Éthique professionnelle en botanique économique, Société de la botanique économique
- Institut international pour la reconstruction rurale (IIRR), Règles et procédures de collecte, d'enregistrement et de documentation des connaissances intellectuelles, 1996.

- American Society for Pharmacognosy, Guidelines for Interactions with Source Countries, which consider issues related to consent, compensation, conservation, and the rights of Indigenous communities.
- Novo Nordisk Health Care Discovery, Acquisition de ressources naturelles pour le développement de nouveaux produits pharmaceutiques, 1995.
- International Federation for Alternative Trade, Code of practice, 1995.
- Glaxo Wellcome, Découverte de nouveaux médicaments provenant de la nature, 1992.
- Xenova Discovery Ltd, Politique pour l'acquisition de matières premières pour des nouveaux produits naturels, 1998.
- IPEN (International Plant Exchange Network), Code de conduite pour les jardins botaniques concernant l'acquisition, le maintien en collection et la fourniture de matériel végétal vivant.
- Bristol-Myers Squibb, Déclaration de principe, Droits autochtones et bioprospection, 1995.
- Institut de recherche pour le développement, Guide des bonnes pratiques pour la recherche pour le développement, 2005.
- Biotechnology Industry Organization, Guidelines for BIO Members Engaging in Bioprospecting.

Codes de conduite de fournisseurs

- World Federation for Culture Collections (WFCC), information document on access to ex-situ microbial genetic resources within the framework of the Convention on biological diversity.
- Mosaïcc, Micro-organisms Sustainable use and Access regulation International Code of Conduct, novembre 2000⁴⁷.
- Alaska Native Science Commission, Ethical guidelines for the use of traditional knowledge in research and science.

⁴⁷ Ce code organise à la fois l'accès aux ressources et leur distribution.