

La protection du patrimoine des amérindiens de Guyane française

Note d'information législative

Philippe KARPE, Juriste, Directeur de recherches, Dr-Hdr, CIRAD

Alexis TIOUKA, Juriste, Groupe des Experts et Juristes en Droits Humains et en Droits des Peuples Autochtones

Résumé en français

Les peuples autochtones demeurent les victimes d'actes dits de biopiraterie. Le cadre juridique s'améliore pour y mettre un terme, mais il reste insuffisant. Il faut renouveler la stratégie employée, y compris et surtout en avançant une nouvelle pensée juridique.

Résumé en anglais

Indigenous peoples continue to be the victims of so-called biopiracy. The legal framework is improving to put an end to it, but it is still insufficient. There is a need for a new strategy, including and above all by advancing new legal thinking.

Il n'y a pas de description claire et définitive de la qualité de peuple autochtone. Il est cependant possible d'utiliser la description de travail suivante :

- ✓ **Continuité historique avec les populations pré-coloniales**
- ✓ **Ne constitue pas la population dominante**
- ✓ Système social, économique ou politique distinct, langue distincte, culture et coexistence propre et engage à maintenir ces spécificités
- ✓ Autoidentification en tant que peuple autochtone
- ✓ En droit international, être une minorité numérique

Les autochtones se trouvent dans une situation générale de discrimination et de spoliation, dont la biopiraterie (vol du patrimoine matériel et immatériel) en Guyane française. Comment préserver utilement (efficacement et durablement) les droits des peuples autochtones victimes de ces différentes violations?

Le droit commun peut être utilisé, en particulier: Droit des contrats ; Droit pénal ; Droit de propriété intellectuelle ; Charte internationale des Droits de l'Homme ; Droit des minorités. Mais il échoue à protéger de manière **complète et adaptée**: il y a un « Conflit culturel » ce qui produit la biopiraterie. Il est ainsi indispensable de promouvoir un régime juridique spécial. Au niveau international, il est constitué de deux textes (Convention 169 de l'OIT et Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones), mais ils sont **d'inégale valeur et insuffisamment reconnus et ainsi finalement perpétuent les violations. Au niveau française, des textes existent également et viennent d'être enrichis. Ils sont tout à la fois français *stricto sensu* et européens.**

Encadré 1 : Liste des textes spéciaux constituant le régime juridique spécial de protection du patrimoine des peuples autochtones en France

Droit français: Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages
--

Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique

Loi n° 2019-773 du 24 juillet 2019 portant création de l'Office français de la biodiversité, modifiant les missions des fédérations des chasseurs et renforçant la police de l'environnement

Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets

Décret n° 2019-736 du 16 juillet 2019 portant désignation en Guyane, pour la mise en œuvre de la procédure décrite aux articles L. 412-9 et suivants du code de l'environnement, de la personne morale de droit public chargée d'organiser la consultation des communautés d'habitants détentrices de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques

Décret n° 2017-848 du 9 mai 2017 relatif à l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées et au partage des avantages découlant de leur utilisation

Arrêté du 13 septembre 2017 fixant le contrat type de partage des avantages découlant de l'utilisation de ressources génétiques prélevées sur le territoire national, mentionné à l'article R. 412-20 du code de l'environnement

Droit européen :

Règlement (UE) n° 511/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux mesures concernant le respect par les utilisateurs dans l'Union du protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation

Règlement d'exécution (UE) 2015/1866 de la Commission du 13 octobre 2015 portant modalités d'application du règlement (UE) n° 511/2014 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne le registre des collections, la surveillance du respect des règles par l'utilisateur et les bonnes pratiques

Communication de la Commission — Document d'orientation sur le champ d'application et les obligations essentielles du règlement (UE) n° 511/2014 du Parlement européen et du Conseil relatif aux mesures concernant le respect par les utilisateurs dans l'Union du protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation

Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil Règlement (UE) n° 511/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux mesures concernant le

respect par les utilisateurs dans l'Union du protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation.
COM/2019/13 final

Quelle est la portée protectrice de ce régime juridique ? Le patrimoine autochtone est-il « bien » protégé ? Le régime juridique spécial en vigueur présente des avantages et des lacunes. Quelles conclusions peut-on en tirer ? Quelles améliorations peut-on apporter et selon quelles stratégies ?

1. Droit français

Il existe un régime juridique spécial en France depuis plusieurs décennies. Ce statut juridique est longtemps resté tacite. Il pouvait être déduit du commentaire des articles R. 170-56, R.170- 58 et D.34 du Code du Domaine de l'Etat (Tiouka et al., 1998). A leur lecture, il était en effet possible de considérer qu'un statut personnel était reconnu aux Amérindiens de Guyane française, ces articles distinguant, d'une part, la tribu (ou communauté) de l'association et de la société et, d'autre part, lui attribuant des droits en propre, de surcroît à caractère collectif (Tiouka et al., 1998). Cette reconnaissance était néanmoins imparfaite et discriminatoire dans la mesure où l'on attribuait à la communauté la personnalité morale et des droits d'usage au sens du droit français actuel et non pas au sens du droit autochtone, contrairement à l'objet même du statut personnel (Tiouka et al., 1998). Ce régime juridique spécial est devenu exprès depuis près d'une décennie (Karpe et al., 2015). Le statut des parcs nationaux (loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux) fixait les premiers jalons en droit français d'un statut juridique spécifique de l'accès aux ressources génétiques et des conditions financières de leur exploitation (article L.331-15-6 du code de l'environnement). Il énonçait le principe de base de cette protection: « L'accès aux ressources génétiques des espèces prélevées dans le parc national ainsi que leur utilisation sont soumis à autorisation » (article L.331-15-6 alinéa 1^{er} du code de l'environnement). Il déterminait d'ores et déjà la procédure d'autorisation, dans ses éléments essentiels: "Les autorisations sont délivrées par le président du conseil régional, après avis conforme du président du conseil général et consultation de l'établissement public du parc national, sans préjudice de l'application des dispositions du

code de la propriété intellectuelle" (article L.331-15-6 alinéa 3 du code de l'environnement). Pour le reste, il renvoyait à la Charte du Parc Amazonien de Guyane¹ le soin de le préciser « dans le respect des principes de la convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992, en particulier du j de son article 8 » (article L.331-15-6 alinéa 2 du code de l'environnement)². Approuvée en conseil d'Etat par décret n°2013-968 du 28 octobre 2013, la Charte du Parc Amazonien de Guyane « [imposent donc la concertation et le recueil de l'avis des communautés autochtones et locales concernées ainsi que le partage juste et équitable des avantages en respectant l'utilisation et l'échange coutumiers » (p. 142). Conformément à la loi, elle pose en particulier que « l'accès aux ressources biologiques, y compris génétiques, en vue de leur utilisation est, dès lors que cet accès concerne les connaissances traditionnelles qui y sont associées, soumis au consentement préalable, libre et informé et à la participation des dépositaires des connaissances des communautés autochtones et locales concernées » (2ème orientation de la charte pour l'accès aux ressources génétiques et leur utilisation : Consentement préalable, libre et informé des dépositaires des connaissances traditionnelles des communautés autochtones et locales des territoires concernés par le Parc amazonien de Guyane) et que « [les] avantages découlant de l'utilisation et de la commercialisation des ressources génétiques ainsi que des connaissances traditionnelles associées aux ressources tant génétiques que biologiques, sont partagés de manière équitable entre l'ensemble des parties concernées ». Elle précise que « [ce] partage est soumis à des conditions convenues d'un commun accord, matérialisées par une convention soumise à l'autorisation et à la signature du président de région ou son délégué » et que « [les] avantages ne sont pas limités aux seuls avantages monétaires et peuvent revêtir des modalités multiples » (3ème orientation de la charte pour l'accès aux ressources génétiques et leur utilisation : Partage des avantages). Finalement, dans un souci de protéger au mieux les populations autochtones, elle fixe qu'en cas de dépôt en propriété intellectuelle, la Région « s'assurera que la propriété intellectuelle ne sera pas préjudiciable aux pratiques et coutumes traditionnelles des populations

¹ "La charte est le projet de développement durable et de protection des patrimoines naturels, paysagers et culturels pour les territoires du Parc amazonien de Guyane. [...]. La charte est une démarche qui aboutit à un document contractuel qui sera signé par les communes souhaitant y adhérer, par le Parc amazonien de Guyane et par le Premier Ministre (décret pris en conseil d'Etat). C'est une feuille de route pour l'intervention de l'établissement public du Parc amazonien de Guyane et de ses partenaires pour les 10 ans à venir. Les orientations, objectifs et mesures définis dans la charte seront mis en œuvre de manière partenariale au travers d'actions concrètes, au service des territoires des communes ayant fait le choix d'adhérer à la charte" (<http://www.parc-amazonien-guyane.fr/le-parc-amazonien-de-guyane/la-charte-des-territoires>). Ces orientations, objectifs et actions portent sur la lutte contre l'orpaillage illégal, l'amélioration de la qualité de vie des habitants: eau potable, électricité, gestion des déchets, etc., le développement économique local adapté, la protection de la forêt et des cours d'eau et la valorisation des richesses culturelles.

² Ces dispositions ont été abrogées par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (article 44).

autochtones et locales » (5ème orientation de la charte pour l'accès aux ressources génétiques et leur utilisation : Les droits de propriété intellectuelle – les brevets).

La loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages non seulement réaffirme, mais surtout développe précisément la protection juridique du patrimoine des peuples autochtones. Celle-ci concerne, d'une part, « [l'] accès aux ressources génétiques en vue de leur utilisation³ [et, d'autre part, l'] utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques⁴ » (articles L. 412-3 et L. 412-5 du Code de l'environnement).

S'agissant de l'accès aux ressources génétiques, les autochtones ont des droits en propre si ces ressources sont présentes sur leur territoire. Leurs droits sont distincts selon que l'accès ait ou n'ait pas un « objectif direct de développement commercial » (articles L. 412-7.-I. et L. 412-8.-I. du Code de l'environnement). Dans le premier cas, celui qui demande à accéder aux ressources génétique doit faire une déclaration⁵ « auprès de l'autorité administrative compétente »⁶ (article L. 412-7.-I. 1er alinéa du Code de l'environnement), laquelle « doit accompagner cette déclaration d'une procédure d'information des [peuples autochtones concernés] organisée par la personne morale de droit public mentionnée à l'article L. 412-10⁷ » (article L. 412-7.-I. 2ème alinéa du Code de l'environnement). Le demandeur doit par ailleurs « restituer à la personne morale de droit public mentionnée au même article L. 412-10

³ L'utilisation de ressources génétiques comprend « les activités de recherche et de développement sur la composition génétique ou biochimique de tout ou partie d'animaux, de végétaux, de micro-organismes ou autre matériel biologique contenant des unités de l'hérédité, notamment par l'application de la biotechnologie, ainsi que la valorisation de ces ressources génétiques, les applications et la commercialisation qui en découlent » (article L. 412-4 1° du Code de l'environnement).

⁴ L'utilisation de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques comprend « leur étude et leur valorisation » (article L. 412-4 2° du Code de l'environnement). Les connaissances traditionnelles associées à une ressource génétique s'entendent comme étant « les connaissances, les innovations et les pratiques relatives aux propriétés génétiques ou biochimiques de cette ressource, à son usage ou à ses caractéristiques, qui sont détenues de manière ancienne et continue par une ou plusieurs [population autochtone], ainsi que les évolutions de ces connaissances et pratiques lorsqu'elles sont le fait de ces communautés d'habitants » (article L. 412-4 5° du Code de l'environnement).

⁵ Cette déclaration comprend certaines informations obligatoires, donc « [le] choix du demandeur parmi les modalités de partage des avantages applicables à son activité et le ou les bénéficiaires » (article R. 412-13.-II. 6° du Code de l'environnement).

⁶ Il s'agit du ministre chargé de l'environnement (article R. 412-13-I. du Code de l'environnement).

⁷ Le 1^{er} alinéa de l'article L. 412-10 du Code de l'environnement dispose que, « dans chaque collectivité où est présente une communauté d'habitants [...], une personne morale de droit public chargée d'organiser la consultation de la ou des communautés d'habitants détentrices de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques [...]. Cette personne morale peut être un établissement public de coopération environnementale prévu à l'article L. 1431-1 du code général des collectivités territoriales, l'établissement public prévu à l'article L. 7124-19 du même code ou, à défaut, l'Etat ou un de ses établissements publics compétents en matière d'environnement »

les informations et connaissances, à l'exclusion des informations confidentielles relevant du secret industriel et commercial, acquises à partir des ressources génétiques prélevées sur le territoire [des peuples autochtones concernés] » (article L. 412-7.-II. du Code de l'environnement). SI la demande d'accès à un objectif commercial, la procédure à respecter n'est plus déclarative mais d'autorisation⁸. Celui qui demande⁹ à accéder aux ressources génétique doit obtenir l'autorisation « de l'autorité administrative compétente »¹⁰ (article L. 412-8.-I. 1er alinéa 1ère phrase du Code de l'environnement), laquelle « doit accompagner cette autorisation d'une procédure d'information des [peuples autochtones concernés] organisée par la personne morale de droit public mentionnée à l'article L. 412-10 » (article L. 412-8.-I. 2ème alinéa du Code de l'environnement). Cette autorisation précise « les conditions d'utilisation des ressources génétiques pour lesquelles elle est accordée, ainsi que les conditions du partage des avantages découlant de cette utilisation, qui sont prévues par convention entre le demandeur et l'autorité compétente » (article Art. L. 412-8.-II. du Code de l'environnement). Comme dans la procédure déclarative, le demandeur doit « restituer à la personne morale de droit public mentionnée à l'article L. 412-10 les informations et connaissances, à l'exclusion des informations confidentielles relevant du secret industriel et commercial, acquises à partir des ressources génétiques prélevées sur le territoire d'une collectivité où une ou plusieurs [des peuples autochtones concernés] » (article L. 412-8.-III. du Code de l'environnement). « A compter de l'accord sur le partage des avantages¹¹, le délai d'instruction de la demande d'autorisation ne peut excéder deux mois » (article L. 412-8.-I. 1er alinéa 2ème phrase du Code de l'environnement). L'autorisation peut être refusée, notamment si aucun accord sur le partage des avantages n'est réalisé entre le demandeur et l'autorité compétente ou si le partage des avantages proposé par le demandeur « ne correspond manifestement pas à ses capacités techniques et financières » (article L. 412-8.-IV. 1° et 2° du Code de l'environnement). « Un changement d'utilisation non prévu dans l'autorisation ou la déclaration requiert une nouvelle demande d'autorisation ou une nouvelle déclaration » L. 412-17.-III. 2ème alinéa du Code de l'environnement). La durée de validité de l'autorisation

⁸ Elle l'est aussi si « le déclarant estime que les modalités générales de partage des avantages s'appliquant à son activité ne sont pas adaptées au cas particulier de son dossier » (article L. 412-7.-IV. du Code de l'environnement).

⁹ Cette demande comprend certaines informations obligatoires, donc « [les] propositions du demandeur en matière de partage des avantages » (article R. 412-18.-II. 7° du Code de l'environnement).

¹⁰ Il s'agit du ministre chargé de l'environnement (article R. 412-18.-I. du Code de l'environnement).

¹¹ Le délai retenu pour parvenir à un accord sur le partage des avantages « ne peut être supérieur à quatre mois, sauf si le demandeur a indiqué dans sa demande souhaiter voir fixer un délai plus long » (article L. R. 412-19. 2ème alinéa du Code de l'environnement).

est variable. Elle est fixée « en fonction des activités en vue desquelles la demande est formulée » (article R. 412-22.-II. 2^{ème} alinéa du Code de l'environnement).

L'accès aux ressources génétiques (articles L. 412-4 3^o, L. 412-7.-I. et L. 412-8.-I. du Code de l'environnement) donne lieu à un partage « juste et équitable » des avantages¹² qui en découlent avec les peuples autochtones concernés. L'autorisation précise les conditions du partage des avantages découlant de cette utilisation, « qui sont prévues par convention entre le demandeur et l'autorité compétente¹³ » (article L. 412-8.-II. du Code de l'environnement). Si des contributions financières sont versées par les utilisateurs, elles sont calculées « sur la base d'un pourcentage du chiffre d'affaires annuel mondial hors taxes réalisé et des autres revenus, quelle que soit leur forme, perçus grâce aux produits ou aux procédés obtenus à partir de la ou des ressources génétiques faisant l'objet de l'autorisation » (article L. 412-8.-V. 1er alinéa du Code de l'environnement). Ces avantages financiers sont affectés à l'Office français de la biodiversité¹⁴ qui doit l'utiliser « exclusivement » pour le financement de projets répondant

¹² Aux termes de la loi, le partage des avantages s'entend globalement comme étant « le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées, entendu comme les résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que les avantages résultant de leur utilisation commerciale ou non commerciale, avec l'Etat qui exerce la souveraineté sur ces ressources ou avec les communautés d'habitants en ce qui concerne les connaissances traditionnelles associées à ces ressources » (article L. 412-4 3^o 1^{ère} phrase du Code de l'environnement). Ces avantages peuvent prendre différentes formes, parmi lesquelles :

- «a) L'enrichissement ou la préservation de la biodiversité in situ ou ex situ, tout en assurant son utilisation durable ;
- b) La préservation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques par la création, le cas échéant, de bases de données sur les connaissances traditionnelles des [populations autochtones] concernées, avec leur consentement préalable donné en connaissance de cause, ainsi que la préservation des autres pratiques et savoirs traditionnels respectueux de la biodiversité ;
- c) La contribution, au niveau local, à la création d'emplois pour la population et au développement de filières associées à l'utilisation durable des ressources génétiques ou des connaissances traditionnelles associées ou permettant la valorisation de la biodiversité, en lien avec les territoires qui ont contribué à la conservation de ces ressources ;
- d) La collaboration, la coopération ou la contribution à des activités de recherche, d'éducation, de formation, de sensibilisation du public et des professionnels locaux, ou de transfert de compétences ou de transfert de technologies ;
- e) Le maintien, la conservation, la gestion, la fourniture ou la restauration de services écosystémiques sur un territoire donné ;
- f) Le versement de contributions financières » (article L. 412-4 3^o 2^{ème} phrase du Code de l'environnement). La loi précise que « [les] actions mentionnées aux a à d sont examinées en priorité » (article L. 412-4 3^o 3^{ème} phrase du Code de l'environnement).

¹³ Un contrat type de partage des avantages a été établi, auquel les contrats de partage des avantages découlant de l'utilisation de ressources génétiques prélevées sur le territoire national peuvent se référer (Arrêté du 13 septembre 2017 fixant le contrat type de partage des avantages découlant de l'utilisation de ressources génétiques prélevées sur le territoire national, mentionné à l'article R. 412-20 du code de l'environnement Annexe).

¹⁴ En application de la loi n° 2019-773 du 24 juillet 2019 portant création de l'Office français de la biodiversité, modifiant les missions des fédérations des chasseurs et renforçant la police de l'environnement, l'Agence française pour la biodiversité et l'Office national de la chasse et de la faune sauvage sont dorénavant regroupés au sein du nouvel **Office français de la biodiversité (OFB)**. Il en assure les fonctions qui leur ont été attribuées. L'OFB est un établissement public de l'Etat qui « contribue, s'agissant des milieux terrestres, aquatiques et marins, à la surveillance, la préservation, la gestion et la restauration de la biodiversité ainsi qu'à la gestion

aux objectifs énoncés aux a à d du 3° de l'article L. 412-4 » (article L. 412-8.-VI. du Code de l'environnement)¹⁵.

S'agissant de l'accès et de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, ils sont soumis au seul régime de l'autorisation, qui ne peut être accordée « par l'autorité administrative compétente »¹⁶ (article L. 412-11 du Code de l'environnement) qu'au terme d'une procédure tendant « à recueillir le consentement préalable, en connaissance de cause, des [populations autochtones] » (article L. 412-9.-I. du Code de l'environnement). Une personne morale de droit public¹⁷ est saisie, dans un délai d'un mois à compter de la réception d'un dossier complet du demandeur¹⁸ (article R. 412-29 2^{ème} alinéa du Code de l'environnement), « par l'autorité administrative compétente pour délivrer l'autorisation » (article L. 412-11 du Code de l'environnement) pour « organiser la consultation [de la population autochtone détentrice] de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques » (article 412-10 1^{ère} phrase du Code de l'environnement). Cette personne morale peut être « un établissement public de coopération environnementale prévu à l'article L. 1431-1 du code général des collectivités territoriales, le conseil consultatif mentionné à l'article L. 71-121-1 du même code ou, à défaut, l'Etat ou un de ses établissements publics compétents en matière d'environnement » (article 412-10 2^{ème} phrase du Code de l'environnement). La personne morale de droit public ainsi saisie « définit et notifie au demandeur la durée maximale de la consultation » (article 412-11 du Code de l'environnement). « Pour garantir une information et une participation suffisantes » des peuples autochtones concernés, la durée de la consultation doit être « d'au moins deux mois » lorsque la demande porte sur l'utilisation d'une connaissance traditionnelle sans objectif direct

équilibrée et durable de l'eau en coordination avec la politique nationale de lutte contre le réchauffement climatique » (articles L. 131-8-II. et L. 131-9-I. du Code de l'environnement). Il a pour missions notamment « [de contribuer] à la lutte contre la biopiraterie et [au] suivi du dispositif d'accès aux ressources génétiques et de partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation » (article L. 131-9-I. 4° b) du Code de l'environnement).

¹⁵ Il doit par ailleurs tenir compte « de la part importante de la biodiversité des outre-mer dans la biodiversité nationale et s'assure d'une redistribution juste et équitable des avantages financiers » (article L. 412-8-VI 2^{ème} alinéa du Code de l'environnement).

¹⁶ Il s'agit du ministre chargé de l'environnement (article R. 412-28-I. du Code de l'environnement).

¹⁷ En Guyane, cette personne morale est « l'établissement public mentionné à l'article L. 7124-19 du code général des collectivités territoriales » (article D. 412-30 1° du Code de l'environnement).

¹⁸ Cette demande comprend certaines informations obligatoires, donc « [la] description des activités en vue desquelles la demande est effectuée, leurs objectifs et leurs applications envisagées, [la] description de la ou des connaissances traditionnelles concernées, l'indication de la ou des communautés d'habitants qui les détiennent, [la] description du protocole d'accès aux connaissances traditionnelles associées, [la] description de la qualification des personnes amenées à intervenir pour le compte du demandeur, [le] calendrier prévisionnel de réalisation des activités [les] propositions du demandeur en matière de partage des avantages » (article R. 412-28.-II. 2°, 3°, 4°, 5°, 6° et 8° du Code de l'environnement).

de développement commercial, et d'au moins quatre mois dans le cas contraire (article R. 412-31 3ème alinéa du Code de l'environnement).

Celle-ci doit se faire selon des étapes successives, obligatoires, précises et limitativement énumérées. Ainsi, la personne morale de droit public :

« 1° Identifie la ou les communautés d'habitants concernées par la demande et constate, le cas échéant, l'existence en leur sein de structures de représentation, coutumières ou traditionnelles, pertinentes pour se prononcer sur l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques qu'elles détiennent et sur le partage des avantages qui en découlent ;

2° Détermine les modalités d'information et de participation adaptées aux communautés d'habitants concernées ;

3° Effectue cette information ;

4° Procède, en tant que de besoin, à la consultation de toute institution, de tout organe ou de toute association ou fondation reconnue d'utilité publique compétents au regard du contenu de la demande ou des communautés d'habitants concernées ;

5° S'assure de la participation de toutes les communautés d'habitants concernées et recherche le consensus ;

6° Consigne dans un procès-verbal le déroulement de la consultation et son résultat, notamment :

a) Le consentement préalable donné en connaissance de cause à l'utilisation des connaissances ou le refus de consentement préalable ;

b) Les conditions d'utilisation de ces connaissances ;

c) Le partage ou l'absence d'accord sur un partage des avantages découlant de cette utilisation, ainsi que les conditions de ce partage ;

7° Transmet une copie du procès-verbal aux structures de représentation des communautés d'habitants concernées » (article 412-11 du Code de l'environnement).

Au cours de la consultation, le dossier de demande doit être présenté aux populations autochtones concernées « dans des conditions adaptées à leur mode de vie et à leur culture, en particulier dans une langue ou un dialecte qu'elles comprennent » (article R. 412-32 2ème alinéa du Code de l'environnement)

« Au vu » de ce procès-verbal », l'autorité administrative compétente « accorde ou refuse, en partie ou en totalité, l'utilisation des connaissances traditionnelles associées à des ressources génétiques » (article L. 412-12.-I. 1er alinéa du Code de l'environnement). Il est précisé que l'utilisation des connaissances traditionnelles associées est « limitée aux fins et conditions

expressément mentionnées dans l'autorisation » (article L. 412-12.-I. 2ème alinéa du Code de l'environnement). « Un changement d'utilisation non prévu dans l'autorisation [...] requiert une nouvelle demande d'autorisation ou une nouvelle déclaration » L. 412-17.-III. 2ème alinéa du Code de l'environnement).

A l'instar de l'accès aux ressources génétiques, l'accès et l'utilisation des connaissances traditionnelles des peuples autochtones donne lieu à un partage « juste et équitable » des avantages qui en découlent (articles L. 412-4 3° et L. 412-9.-II. 1ère phrase du Code de l'environnement). La personne morale de droit public qui réalise la procédure de consultation a également pour rôle « de négocier et de signer » avec l'utilisateur, « au vu du procès-verbal mentionné au 6° de l'article L. 412-11 du présent code », le contrat de partage des avantages « traduisant l'accord auquel sont parvenues les parties lors de la consultation » (articles L. 412-10. 2ème alinéa et L. 412-13.-I du Code de l'environnement). Il y a un contrat type de partage des avantages pour l'utilisation de connaissances traditionnelles associées à des ressources génétiques, auquel tout contrat doit être conforme (article R412-33 du Code de l'environnement). Aucun contrat ne peut contenir une clause d'exclusivité portant sur l'accès ou l'utilisation d'une connaissance traditionnelle associée à des ressources génétiques. Une telle clause est « réputée non écrite » L. 412-14.-III. du Code de l'environnement). Sauf si le contrat prévoit un autre bénéficiaire, les avantages sont affectés à la personne morale de droit public mentionnée à l'article L. 412-10, « qui en assure la gestion et la dévolution éventuelle au profit des [peuples autochtones concernés] » (article L. 412-14.-I. 1ère phrase du Code de l'environnement). Ces avantages ne doivent être affectés qu'à des projets bénéficiant « directement » aux peuples autochtones concernés populations (articles L. 412-9.-II. 1ère phrase et L. 412-14.-I. 3ème phrase du Code de l'environnement). Ils ne doivent par ailleurs être réalisés que « en concertation et avec la participation » de ces populations (articles L. 412-9.-II. 2ème phrase et L. 412-14.-I. 3ème phrase du Code de l'environnement).

Des règles particulières de contrôle et de sanction (dommage et intérêts, amende, emprisonnement et impossibilité d'obtenir une autorisation) (articles L. 412-14.-II et L. 415-3-1 du Code de l'environnement) sont établies afin de garantir l'effectivité et l'efficacité de ce régime juridique spécial de protection du patrimoine des peuples autochtones,

Malgré un engagement symboliquement¹⁹ fort à protéger les droits des peuples autochtones sur leur patrimoine, ces règles semblent peu les préserver. Elles incluent plusieurs restrictions. Celles-ci sont matérielles : sont exclus de la protection les éléments du patrimoine des autochtones qui ne peuvent pas leur être attribués ou ceux « dont les propriétés sont bien connues et ont été utilisées de longue date et de façon répétée en dehors des communautés d'habitants qui les partagent » (article 412-5-II. e) et f) du Code de l'environnement). Elles sont temporelles : le statut juridique ne s'applique qu'aux collections de ressources génétiques ou de connaissances traditionnelles associées constituées après la publication de la loi et, pour celles constituées avant cette publication, qu'aux accès ultérieurs à elle ou à leurs nouvelles utilisations, ces dernières étant définies comme « toute activité de recherche et de développement avec un objectif direct de développement commercial et dont le domaine d'activité se distingue de celui précédemment couvert par le même utilisateur avec la même ressource génétique ou connaissance traditionnelle associée » (article L. 412-6 du Code de l'environnement). La procédure n'est pas exclusivement d'autorisation et, concernant l'accès aux ressources génétiques, elle ne l'est que s'il a un « objectif direct de développement commercial » (articles L. 412-7.-I. et L. 412-8.-I. du Code de l'environnement). Bien que détenteurs des ressources génétiques, les peuples autochtones ne sont pas destinataires des informations et connaissances acquises à partir d'elles par le déclarant (article L. 412-7.-II. du Code de l'environnement). Les avantages sont également restreints : le pourcentage du chiffre d'affaires sur la base duquel sont calculées les contributions financières versées par les utilisateurs des ressources génétiques ne peut pas dépasser 5 %, quel que soit par ailleurs le nombre de ressources génétiques couvertes par l'autorisation (article L. 412-8.-V. 1er alinéa du Code de l'environnement). L'autorité administrative compétente peut, à la demande du bénéficiaire de l'autorisation ou de sa propre initiative, et sans autre obligation spécialement vis-à-vis des populations autochtones concernées, atténuer l'autorisation pour l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques des prescriptions initiales dont le maintien n'apparaît plus justifié (article R. 412-34 1er alinéa du Code de l'environnement).

En la matière, finalement, les imprécisions et les doutes générés par le statut en vigueur sont bien plus graves que les règles claires même réduisant les droits. Le processus d'accès et

¹⁹ Il est symbolique à travers spécialement l'emploi nouveau et exprès dans le corps même du texte de loi des termes très clairs et très forts de « lutte contre la biopiraterie » (article 21), de « consentement préalable donné en connaissance de cause » (article 37) et de « partage juste et équitable des avantages » (articles 21 et 37), ainsi que le développement approfondi et de nouveau dans le corps même du texte de loi du statut des savoirs traditionnels (article 37).

d'utilisation du patrimoine des peuples autochtones en comprend de très nombreuses. Ainsi, par exemple, l'application ou non de la procédure d'autorisation pour l'accès aux ressources génétiques dépend du caractère commercial de l'objectif de développement poursuivi et, bien plus regrettamment, de la qualité directe ou non de cet objectif (articles L. 412-7.-I. et L. 412-8.-I. du Code de l'environnement). De même, sans douter de la volonté par son emploi de se rapprocher du mode (supposé ?) propre de prise de décision au sein des communautés autochtones et ainsi de renforcer leur protection, le terme « consensus » (article L. 412-11 5 du Code de l'environnement) est trop vague et lâche et, de ce fait, ouvre à de trop multiples interprétations, y compris des manipulations. L'effet délétère de cette imprécision est renforcé par l'incertitude, par exemple, quant à la nature réelle du pouvoir des autorités administratives impliquées. S'agit-il d'une compétence liée, et, a contrario, celle du pouvoir des autochtones : s'agit-il d'un droit de veto ? (articles L 412-12-I et R. 412-33 alinéa 3 du Code de l'environnement) ou quant à l'identité de l'autorité dont le silence emporte décision (article R 412-34 alinéa 3 du Code de l'environnement). Cette situation est d'autant plus nuisible à la protection des autochtones que, pour l'instant (et peut-être durablement ?), on peut douter des connaissances du Juge²⁰ en la matière pour clarifier et compléter utilement les règles existantes.

Le régime de protection du patrimoine des communautés autochtones est renforcé par la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets²¹. En effet, les règles particulières de contrôle et de sanction (dommage et intérêts, amende, emprisonnement et impossibilité d'obtenir une autorisation) (articles L. 412-14.-II et L. 415-3-1 du Code de l'environnement) établies afin de garantir l'effectivité et l'efficacité de ce régime juridique spécial de protection du patrimoine des

²⁰ Compte tenu des caractères du « [droit] rond », seul fondamentalement pertinent en cette matière, le Juge a un rôle important essentiel dans son émergence (voir ci-après), sa construction et son application. Dans ce nouveau cadre, son identité reste néanmoins à définir, en particulier le jeu peut être très variable entre le texte de la loi, la parole du Juge et la pratique et les initiatives des usagers et des citoyens. Ceci a justement été débattu au cours de la discussion sur la loi ici étudiée, logiquement, à travers la discussion sur l'exigence et le degré de précision de certaines dispositions ou de termes usités (voir, notamment : Assemblée nationale. Compte rendu Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire. Suite de l'examen en deuxième lecture du projet de loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (n° 3442) (Mme Geneviève Gaillard, rapporteure). Mardi 1er mars 2016 Séance de 21 heures Compte rendu n° 39 Session ordinaire de 2015-2016 Présidence de M. Jean-Paul Chanteguet ; Assemblée nationale. Compte rendu Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire. Suite de l'examen en deuxième lecture du projet de loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (n° 3442) (Mme Geneviève Gaillard, rapporteure). Mercredi 2 mars 2016 Séance de 9 heures 30 Compte rendu n° 40 Session ordinaire de 2015-2016 Présidence de M. Jean-Paul Chanteguet Président ; Assemblée nationale. Session ordinaire de 2015-2016. Compte rendu intégral. 2^{ème} séance du mardi 15 mars 2016. JORF, Année 2016. – N° 27 [2] A.N. (C.R.) Mercredi 16 mars 2016).

²¹ JORF n°0196 du 24 août 2021, article 286 – III - 1°.

peuples autochtones, ont été aggravées. Ainsi dorénavant, le montant de l'amende mentionnée aux premier (150.000 euros) et avant-dernier alinéas (1.000.000 euros) du I de l'article L.415-3-1 du Code de l'environnement peut être porté jusqu'au double de l'avantage tiré de la commission de l'infraction.

Tableau 1: Comparaison des dispositions légales

<p>Article L415-3-1 Version en vigueur du 10 août 2016 au 25 août 2021 Création LOI n°2016-1087 du 8 août 2016 - art. 39</p>	<p>Article L415-3-1 Version en vigueur depuis le 25 août 2021 Modifié par LOI n°2021-1104 du 22 août 2021 - art. 286</p>
<p>I. — Est puni d'un an d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende :</p> <p>1° Le fait d'utiliser des ressources génétiques ou des connaissances traditionnelles associées, au sens de l'article L. 412-4, sans disposer des documents mentionnés au 3 de l'article 4 du règlement (UE) n° 511/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 16 avril 2014, précité lorsqu'ils sont obligatoires ;</p> <p>2° Le fait de ne pas rechercher, conserver ou transmettre aux utilisateurs ultérieurs les informations pertinentes sur l'accès et le partage des avantages pour les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées en application du même article 4.</p> <p>L'amende est portée à un million d'euros lorsque l'utilisation des ressources</p>	<p>I. — Est puni d'un an d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende :</p> <p>1° Le fait d'utiliser des ressources génétiques ou des connaissances traditionnelles associées, au sens de l'article L. 412-4, sans disposer des documents mentionnés au 3 de l'article 4 du règlement (UE) n° 511/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 16 avril 2014, précité lorsqu'ils sont obligatoires ;</p> <p>2° Le fait de ne pas rechercher, conserver ou transmettre aux utilisateurs ultérieurs les informations pertinentes sur l'accès et le partage des avantages pour les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées en application du même article 4.</p> <p>L'amende est portée à un million d'euros lorsque l'utilisation des ressources</p>

<p>génétiques ou des connaissances traditionnelles mentionnée au 1° du présent I a donné lieu à une utilisation commerciale.</p> <p>II. — Les personnes physiques ou morales coupables des infractions prévues au I du présent article encourent également, à titre de peine complémentaire, l'interdiction, pendant une durée ne pouvant excéder cinq ans, de solliciter, en application des articles <u>L. 412-8</u> et L. 412-9, une autorisation d'accès aux ressources génétiques ou à certaines catégories d'entre elles et aux connaissances traditionnelles associées en vue de leur utilisation commerciale.</p>	<p>génétiques ou des connaissances traditionnelles mentionnée au 1° du présent I a donné lieu à une utilisation commerciale.</p> <p><u>Le montant de l'amende mentionnée aux premier et avant-dernier alinéas du présent I peut être porté jusqu'au double de l'avantage tiré de la commission de l'infraction. Le premier alinéa de l'article 131-38 du code pénal s'applique uniquement aux amendes prévues au présent article exprimées en valeur absolue²².</u></p> <p>II. — Les personnes physiques ou morales coupables des infractions prévues au I du présent article encourent également, à titre de peine complémentaire, l'interdiction, pendant une durée ne pouvant excéder cinq ans, de solliciter, en application des articles <u>L. 412-8</u> et L. 412-9, une autorisation d'accès aux ressources génétiques ou à certaines catégories d'entre elles et aux connaissances traditionnelles associées en vue de leur utilisation commerciale.</p>
---	--

Pour rappel, selon l'article L412-4 du Code de l'environnement, les « connaissances traditionnelles associées à une ressource génétique : les connaissances, les innovations et les pratiques relatives aux propriétés génétiques ou biochimiques de cette ressource, à son usage ou à ses caractéristiques, qui sont détenues de manière ancienne et continue par une ou plusieurs communautés d'habitants mentionnées au 4°, ainsi que les évolutions de ces

²² Souligné par l'auteur

connaissances et pratiques lorsqu'elles sont le fait de ces communautés d'habitants » (5°) et les « communautés d'habitants : toute communauté d'habitants qui tire traditionnellement ses moyens de subsistance du milieu naturel et dont le mode de vie présente un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité (4°)

2. Droit européen

Le droit UE renforce la protection des droits intellectuels des autochtones en réduisant les opportunités qu'ont les utilisateurs d'échapper à leurs obligations. En effet, Il ajoute des nouveaux outils pour vérifier le respect des obligations nationales pertinentes et il oblige chacun à prendre en considération les droits intellectuels des autochtones et à les protéger concrètement, même si le droit national ne l'exige pas.

Le droit européen dans ce domaine ne fait que compléter l'action étatique, il impose le respect des principes du droit UE (notamment au regard de la réalisation et du fonctionnement du marché intérieur), mais ne peut aller au-delà, s'agissant d'une compétence étatique réservée.

Rappel

Par rapport à la législation européenne, la France demeure totalement maîtresse de son destin.

Valeur juridique des actes de l'Union européenne

Dans le domaine de la protection de l'environnement, dont relève essentiellement, bien que non exclusivement, l'intervention voulue par l'Union européenne "en matière d'accès aux ressources génétiques et de partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation", les Etats n'exercent leurs compétences, selon la formule consacrée à l'article 2 § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'*Union européenne* (TFUE) relatif aux compétences partagées ou concurrentes, aussi longtemps que et dans la mesure où l'Union n'est pas encore intervenue dans le domaine en question. Ainsi, la compétence de celle-ci se substitue ou remplace progressivement la compétence étatique, le cas échéant à l'issue d'une période transitoire prévue. Mais, le traité de Lisbonne prévoit pour la première fois également un possible retour à la compétence nationale, lorsque, dans le domaine des compétences partagées, l'Union a cessé d'exercer la sienne.

Après avoir signé en juin 2011 le protocole de Nagoya sur la biodiversité, l'Union européenne s'engage, parallèlement aux Etats, dans un processus de ratification. Conformément à l'article 218 du TFUE, relatif à la conclusion des accords internationaux dans un domaine qui relève des compétences de l'Union, celle-ci nécessite une décision du Conseil. La transposition quant-à-elle, du protocole de Nagoya en droit de l'Union, devrait se faire par voie de règlement, source de droit dérivé à laquelle celle-ci doit recourir conformément aux traités pour légiférer en la matière.

Rappelons d'abord sur le plan formel, que le règlement constitue un acte à portée générale. Adopté par les Institutions, il s'adresse à des catégories de destinataires envisagées de manière abstraite, selon la formule consacrée à l'article 288 du TFUE. Mais, c'est surtout un acte juridiquement contraignant dans l'ensemble de ses éléments et directement applicable dans chacun de ses Etats membres, dès son entrée en vigueur au niveau de l'Union européenne elle-même. Encore, conformément au principe de primauté, est-il par définition, comme l'ensemble des sources du droit de l'Union, supérieur au droit interne. En résulte notamment l'obligation des autorités nationales, en particulier judiciaires, d'écarter tout acte national contraire²³.

Le règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès aux ressources génétiques et au partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation dans l'Union, que celle-ci est en passe d'adopter pour transposer le protocole de Nagoya, devrait préserver la liberté laissée aux États membres d'exiger ou non un consentement préalable donné en connaissance de cause en ce qui concerne les ressources génétiques dont ils sont détenteurs. Cette liberté est d'ailleurs conforme à l'obligation de l'Union de respecter l'identité nationale des Etats membres, inscrite à l'article 5 du TUE, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Toutefois, la contrainte légale très forte qu'il exercera sur les Etats membres dès son entrée en vigueur, justifie pleinement le délai relativement long précédant l'adoption définitive du texte, indispensable à la prise en compte effective de tous les intérêts en présence, dont ceux des populations autochtones.

Enfin et surtout en substance, en se fondant sur le régime dérogatoire institué par les traités en matière d'application du droit de l'Union aux territoires dites ultrapériphériques au sens de

²³ Voir en particulier: Boev I, 2012. Droit européen, Bréal. Paris. pp. 191 et s..

l'article 349, la France ne reconnaît pas la compétence de l'Union européenne pour légiférer à sa place sur les savoirs traditionnels français. En l'état des discussions de chacun des dispositifs juridiques, ceci est sans gravité.

Répartition des compétences

Si le Conseil avait en 2009 exclu du champ de compétence de l'Union les connaissances traditionnelles relevant de la souveraineté des Etats membres²⁴, la proposition actuelle de règlement y compris avec les propositions d'amendement semble pourtant les y inclure. Elle n'établit apparemment aucune exclusion en la matière. Au contraire, elle use d'une formulation la plus générale possible. Au surplus, elle affirme sa pleine et nécessaire compétence en la matière²⁵.

On peut, tout au plus, relever la proposition d'amendement, au demeurant d'une lecture difficile, excluant du champ d'application de la législation européenne "[la] compétence et la responsabilité relatives à la mise en œuvre pratique des mesures défendant les droits des communautés autochtones et locales au sein de l'Union pour les accords liés à l'accès et au

²⁴ "The Council of the EU authorised the Commission in 2009 and again in 2010 to participate in the Nagoya Protocol negotiations on behalf of the Union with respect to matters falling within Union competence (CEU 2011). At the Council's insistence, Art 175(1) EC (now Art 192(2) TFEU), the environmental competence norm, in conjunction with Art 300(1) EC (now Art 218(1) TFEU) (on external competence for the conclusion of international agreements) provided the legal basis for the negotiations conducted by the Commission (CEU, 2009).

The negotiating directives issued by the Council recognised that the Protocol's operational provisions would affect several areas under EU competence. These include environment, public health, common commercial policy, customs cooperation, free movement of persons, agriculture, approximation of laws, development cooperation and research and technological development. Nearly all of these are areas of shared competence between the Union and the Member States, as defined in the Lisbon Treaty. The only area explicitly excluded from the Commission's negotiating mandate was traditional knowledge associated with genetic resources held by indigenous and local communities, which was directly handled by the Member State holding the Presidency of the Council (CEU, 2009/ CEU (2009), "*Council Decision on the Participation of the European Community in Negotiations on an International Regime on Access and Benefit-Sharing in the Framework of the Convention on Biological Diversity*". Council of the European Union, doc.14456/09, 15 October 2009) (IEEP, Ecologic and GHK (2012) *Study to analyse legal and economic aspects of implementing the Nagoya Protocol on ABS in the European Union*. Final report for the European Commission, DG Environment. Institute for European Environmental Policy, Brussels and London, April 2012. p. 14).

²⁵ Voir: 28^{ème} considérant et articles 1^{er} et 2^{ème} de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès aux ressources génétiques et au partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation dans l'Union; 28^{ème} considérant, Amendement 36 - Proposition de règlement - Article 1 – alinéa 1 ter (nouveau) et Amendement 37 - Proposition de règlement - Article 2 du Projet de résolution législative du Parlement européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès aux ressources génétiques et au partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation dans l'Union (Parlement européen. 2009 – 2014. A7-0263/2013, 16.7.2013. Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès aux ressources génétiques et au partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation dans l'Union. (COM(2012)0576 – C7-0322/2012 – 2012/0278(COD)). Commission de l'environnement, de la santé publique et de la sécurité alimentaire. Rapporteuse: Sandrine Bélier. p. 4-131).

partage des avantages [lesquels] demeurerait du ressort des États membres et de leurs tribunaux" (Amendement 10 - Proposition de règlement - Considérant 3 ter (nouveau). Projet de résolution législative du Parlement européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès aux ressources génétiques et au partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation dans l'Union)²⁶.

A l'occasion du débat sur la proposition de législation européenne, les parlementaires français ont fermement contesté la compétence de l'Union européenne pour fixer le statut interne des savoirs traditionnels, spécialement dans ses territoires d'outre-mer²⁷²⁸, opposition rappelée dans le Projet de résolution législative du Parlement européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès aux ressources génétiques et au partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation dans l'Union (4^{ème} visas).

Même lorsqu'au cours des discussions, les parlementaires ont considéré que la proposition législative européenne respectait la répartition des compétences conformément au traité de l'Union, ils l'ont justifié au motif que cette proposition respectait la liberté des Etats membres de légiférer sur leurs savoirs traditionnels²⁹.

Il faut enfin rappeler qu'en cas de contestation des compétences de l'Union européenne, postérieure à l'entrée en vigueur du règlement et telles qu'établies par ce dernier, la France aurait toujours la possibilité de saisir la CJUE. Mais, d'une part, les recours en annulation ou en carence, dirigés respectivement contre l'acte ou l'abstention des institutions, entachés de vice de forme, d'incompétence, de violation des traités ou d'un détournement de pouvoir, restent soumis à des conditions de recevabilités restrictives, ne serait-ce qu'en termes de

²⁶ Parlement européen. 2009 – 2014. A7-0263/2013, 16.7.2013. Idem. p. 4-131.

²⁷ Se reporter tout spécialement à: Rapport d'information n° 396 déposé par la Commission des affaires européennes sur la ratification et la mise en œuvre du protocole de Nagoya. Op.cit. p. 33-34; N° 174. Sénat. Session ordinaire de 2012-2013. Proposition de Résolution européenne portant avis motivé présentée au nom de la Commission des affaires européennes en application de l'article 73 octies du Règlement sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement relatif à l'accès aux ressources génétiques et au partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation dans l'Union (COM (2012) 576), présentée par Jean BIZET, Sénateur. Enregistré à la Présidence du Sénat le 29 novembre 2012. p. 4-5; Sénat. N° 65. Session ordinaire 2012-2013. Résolution européenne portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement relatif à l'accès aux ressources génétiques et au partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation dans l'Union (COM (2012) 576). Adoptée le 20 décembre 2012.

²⁸ Cette démarche est fondée légalement sur la reconnaissance, par le traité de Lisbonne, de la compétence nouvelle des Parlements nationaux de contrôler le respect du principe de subsidiarité par les Institutions. Ce contrôle – de nature politique – peut conduire à une saisine de la Cour de Justice de l'Union européenne par l'intermédiaire des Etats-membres.

²⁹ Voir: Assemblée nationale. XIVème Législature. Compte rendu. Commission des affaires européennes. Mardi 13 novembre 2012, 16 h 30, Compte rendu no 14 p. 20.

respect du délai de 2 mois, d'ordre public, dont la CJUE contrôle d'office le respect. Reste, d'autre part, le recours en responsabilité extracontractuelle, qu'elle pourrait également diriger contre les institutions en cas de préjudice résultant le cas échéant d'un comportement illégal. Les deux recours sont également ouverts aux particuliers.

Une tribune politique nouvelle?

"Compte tenu de sa spécificité revendiquée de pays à la fois fournisseur et utilisateur de ressources biologiques"³⁰, la France souhaite être le moteur de l'Europe en ce qui concerne la protection des savoirs autochtones. Dès lors, comment l'initiative européenne et son processus de rédaction peut-il amener la France à aller plus loin dans sa propre législation, la convaincre à défaut de l'obliger à enrichir et approfondir le statut des autochtones au-delà de ce qu'elle souhaiterait initialement et ce à quoi elle arriverait seule?

La réglementation aurait un intérêt certain. En effet, "[force] est de constater qu'en dehors des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, les recommandations, résolutions et rapports du Conseil de l'Europe ne jouissent généralement pas de la même visibilité que les demandes émanant de l'Union européenne. Dans les vingt-sept États membres, la contrainte de l'Union européenne oblige sans doute davantage"³¹.

Les principes généraux du droit communautaire

Le respect des droits de l'homme en est pleinement concerné. Œuvre prétorienne de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), son imposition se fait initialement à travers la consécration des principes généraux du droit communautaire. Le respect des droits de l'homme sera rapidement reconnu en tant que condition de légalité des actes des institutions. Avec la Charte des droits fondamentaux, l'Union européenne va se doter d'un catalogue propre en la matière. Ce catalogue acquiert une valeur constitutionnelle avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009. Ce dernier reconnaît en effet à la Charte, au sens de l'article 6 TUE, la valeur du droit primaire de l'Union.

Dans ce même cadre, le droit de propriété sera transposé à l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux. Ce dernier reconnaît en particulier le droit à la protection de la propriété

³⁰ Rapport d'information n° 396 déposé par la Commission des affaires européennes sur la ratification et la mise en œuvre du protocole de Nagoya. Op.cit. p. 36.

³¹ N° 199. Sénat. Session ordinaire de 2012-2013. Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur l'intégration des Roms: un défi pour l'Union européenne et ses États membres, Par Michel Billout, Sénateur. Enregistré à la Présidence du Sénat le 6 décembre 2012. p. 62

intellectuelle. Après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la CJUE a eu déjà l'occasion de statuer sur cette base juridique³². A rappeler cependant que bien avant le droit de propriété fut déjà largement affirmé à travers la jurisprudence, en qualité de principe général de droit de l'Union, révélé par la Cour, conformément à une pratique constante, à la fois à partir de l'article 1^{er} du protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et des traditions constitutionnelles communes des Etats membres.

La CJUE

Après l'entrée en vigueur du règlement portant transposition du protocole de Nagoya, en principe, le non-respect des savoirs traditionnels des communautés autochtones pourrait donner lieu, sur cette base, à la saisine de la CJUE. Outre le recours direct, dont il était déjà question, en annulation et/ou en carence et le recours en responsabilité contractuelle (indemnité), disponibles, mais soumis à des conditions de recevabilité restrictives, c'est surtout le renvoi préjudiciel qui semble présenter un intérêt certain, tout particulièrement en raison de son accessibilité aux requérants particuliers. Bénéficiant d'une applicabilité directe, le règlement serait ainsi invoqué lors d'une instance en cours devant une juridiction interne. Portant sur l'interprétation ou l'appréciation de validité, le cas échéant dudit règlement, il pourrait confronter ce dernier aussi bien à une loi nationale contraire qu'aux traités UE en vigueur. Le juge national serait toujours amené à trancher sur le fond, mais en tenant compte de l'arrêt rendu par la CJUE. Reste à assurer et favoriser, sur le plan national, l'accès des communautés autochtones à la justice étatique.

Contenu du droit européen

Le droit européen, par son Règlement (UE) n° 511/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux mesures concernant le respect par les utilisateurs dans l'Union du protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, est-il un complément utile au droit français ?

La nécessité d'un statut européen spécial est clairement affirmée (alinéa 35 du préambule). Définies comme « les connaissances traditionnelles détenues par une communauté autochtone ou locale présentant un intérêt pour l'utilisation des ressources génétiques et décrites en tant que telles dans les conditions convenues d'un commun accord qui s'appliquent à l'utilisation

³² Voir, CJUE, arrêt du 18 avril 2013, affaire C-565/11, Mariana Irimie c. Administratia Finantelor Publice Sibiu.

des ressources génétiques » (article 3, 7), les savoirs traditionnels des « communautés locales et autochtone »³³ font ainsi l'objet de règles particulières de protection (alinéa 20 du préambule).

Le statut de ces savoirs comprend plusieurs éléments de protection. Ainsi, les communautés autochtones bénéficient d'une obligation de diligence nécessaire (obligation morale de conduite supplémentaire et supérieure) à la charge des utilisateurs de leurs savoirs (alinéa 21 du préambule et article 4, § 1). Ceux-ci sont dans l'impossibilité de nier leur responsabilité en invoquant une méconnaissance etc. Plusieurs conditions sont fixées pour mettre en œuvre et vérifier cette diligence : certificat de conformité, reconnaissance (article 4 § 3 a) ou autre moyen (article 4 § 3 b) et respect de bonnes pratiques (alinéa 21 du préambule). Il s'agit d'une véritable obligation de résultat dans la mesure où si, malgré tous les efforts de l'utilisateur, celui-ci ne peut pas démontrer/prouver la légalité de l'acquisition, il a alors l'obligation de faire une action positive ou de cesser toute utilisation (article 4 § 5). Il y a ainsi une véritable volonté de réaliser les droits des autochtones. Le respect de cette obligation est vérifié et il y a une obligation de contrôle efficace (article 9). Ce contrôle est complété par des sanctions en cas de violation et, à nouveau, il y a une obligation d'efficacité en la matière (article 11).

La protection ainsi établie est parachevée par la mise en place d'un forum consultatif pour veiller à la bonne mise en œuvre du droit européen pertinent (article 15).

Cependant, cette protection ne concerne pas tous les savoirs autochtones. Elle est en effet limitée dans le temps (article 2 § 1) et dans l'espace. Elle ne concerne que :

- le pays signataire du protocole de Nagoya (intitulé du Règlement),
- le pays ou les législations pertinentes (article 2, alinéa 4),
- les ressources spécifiées dans ces législations (article 2, § 4),
- les savoirs autochtones « présentant un intérêt pour l'utilisation des ressources génétiques et couvertes par les accords contractuels pertinents (article 3 (7)), et ce
 - dans le cadre du respect du droit national (article 4 alinéa 2),
 - et pour les utilisations des ressources génétiques sur le territoire de l'Union Européenne (intitulé du Règlement).

³³ Telle qu'énoncé et introduit dans le droit international par la CDB...

Par ailleurs, il n'est pas certain que les peuples autochtones puissent être représentés au sein du forum consultatif. En effet, sont seulement prévues les « autres parties intéressées » sans autre précision et surtout sans obliger la présence de peuples autochtones (article 15).

3. Stratégie d'amélioration

Vivre ensemble... Aucun peuple autochtone ne cherche l'expulsion des non-autochtones ou la suppression de leurs droits (et réciproquement?). Mais il faut mettre un terme définitivement aux violations. Ainsi, **le but n'est pas** d'isoler les autochtones du reste de la population nationale, ni de discriminer cette dernière, ni de générer des conflits entre eux. Il **est** de créer une nouvelle et réelle communauté de vie: Comment? Existe-t-elle déjà? Il y a aujourd'hui une conjonction favorable. Il y a en effet **une coïncidence entre trois éléments solidaires qui permettrait de protéger les autochtones dans un cadre décolonisé:**

- Les **Communs**
- il **existe** un **autre** cadre/une **autre** compréhension du Droit: le « **[droit] rond** »
- il **existe** un **autre** cadre/une **autre** compréhension du Juriste: le « **Juriste errant** »

Image 1 : Droit / Juridicité / « [droit] rond »

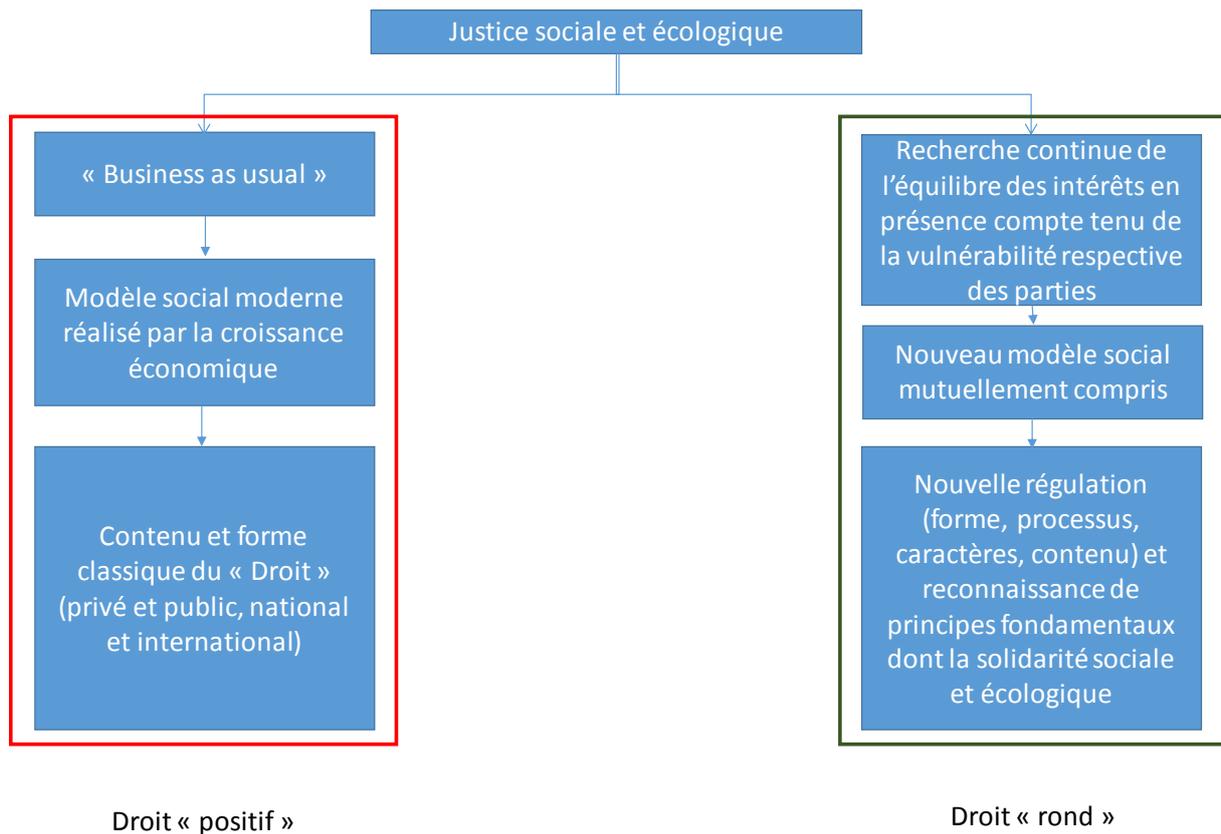
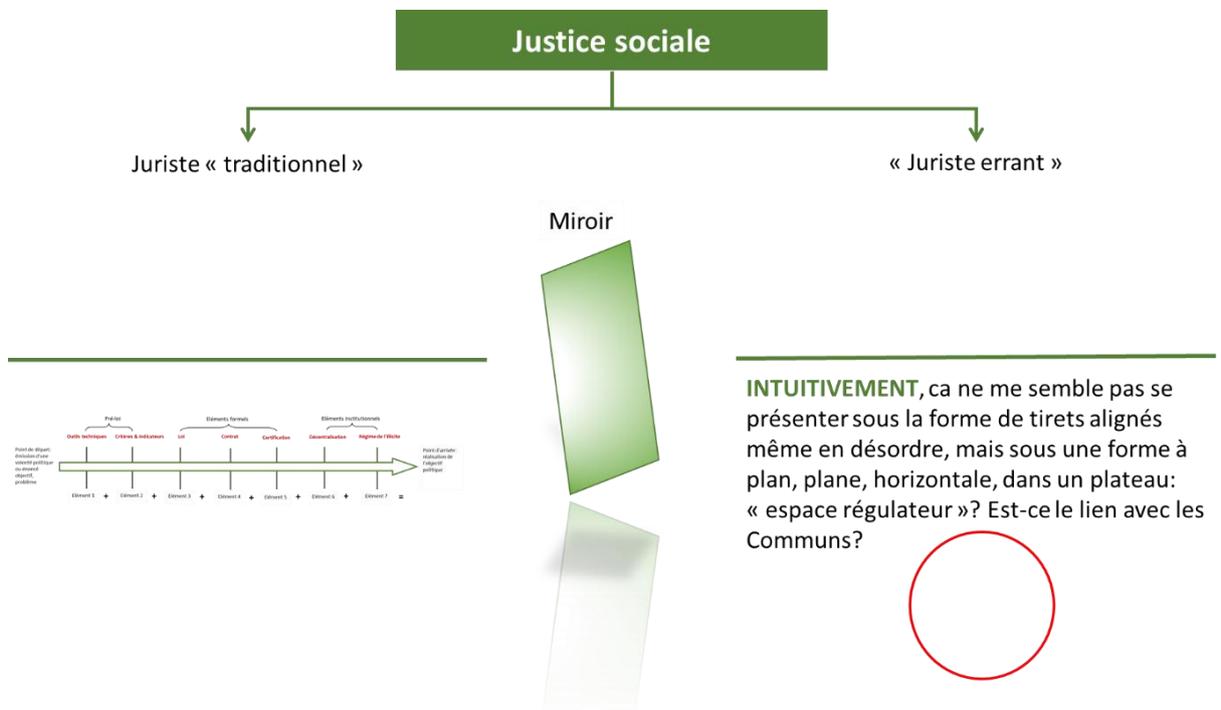


Image 2 : Juriste errant



Dans cet autre cadre/compréhension, c'est en **oubliant** les autochtones qu'on en assure la protection et la promotion. Concrètement il s'agit de « **décoloniser** » pleinement le statut des autochtones ; il ne s'agit pas de s'appuyer sur le droit international, même réformé. Le fruit **de cette jonction favorable La « citoyenneté autochtone »**. **La citoyenneté autochtone est le fait, pour un individu d'être reconnu comme membre d'un groupe œuvrant, au quotidien et sur la durée, au respect et à la défense des valeurs qu'il estime fondamentales au vivre ensemble sur un territoire donné. Le qualificatif d'autochtone met en exergue les libertés de choix et d'actions qui découlent du contexte social, écologique et économique particulier dans lequel les individus humains évoluent, libertés dont le contour est défini non seulement par le droit des États, mais potentiellement par d'autres systèmes de représentations que les acteurs mobilisent au nom de la dignité humaine et du respect du vivant.**