

BIOPROSPECTION EN ANTARCTIQUE : JURIDICTION DES ÉTATS ET LIBRE DISPOSITION DES RÉSULTATS

ÉTIENNE GIROUX*

La bioprospection est une activité de recherche scientifique possédant une composante économique. Elle s'effectue en Antarctique depuis quelques années. La gestion de l'Antarctique se fait dans le cadre du système du *Traité sur l'Antarctique*. Sous ce système, il n'existe pas de souveraineté territoriale reconnue. Aussi, les Parties au *Traité sur l'Antarctique* doivent respecter des obligations de libre disposition des résultats. Le système du *Traité sur l'Antarctique* ne réglementant pas la bioprospection, dont plusieurs questions se soulèvent. Quelle juridiction autorisera l'accès aux bioprospecteurs sur le territoire antarctique? Le caractère potentiellement commercial de la bioprospection pose-t-il un risque à l'obligation de libre disposition des résultats scientifiques? D'autres traités internationaux, tels que la *Convention sur la diversité biologique* et la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, ne procurent pas de solution. Le sujet est débattu depuis quelques années aux Réunions des Parties consultatives du *Traité sur l'Antarctique*. Jusqu'à présent, aucun consensus n'existe. Différentes solutions s'offrent, par exemple le maintien du *statu quo*, une prise en charge par un traité déjà existant ou la création d'une nouvelle convention.

Bioprospection is a scientific research activity featuring an economic component. For several years, it has been conducted in the Antarctic. The Antarctic's management operates within the framework of the Antarctic Treaty System. Under this System, territorial sovereignty is not acknowledged. Thus, the parties involved in the Antarctic Treaty must abide by the requirements for the free-disposal of scientific results. The fact that the Antarctic Treaty System does not regulate bioprospection raises many questions. Which jurisdiction will allow bioprospectors access to the Antarctic territory? Does the potentially commercial aspect of bioprospection represent a risk for the requirements concerning the free-disposal of scientific results? Other international treaties such as the Convention on Biological Diversity and the United Nations Convention on the Law of the Sea do not provide any solution. This theme has been subject to debate for some years at the Antarctic Treaty Consultative Meeting. Up to now, no consensus has emerged. Several solutions come to mind, for example its endorsement by an already existing treaty or the creation of a new convention.

* Étienne Giroux est présentement chercheur au Service de recherche de la Cour supérieure à Montréal. Il a complété son baccalauréat en droit avec maîtrise de type cheminement en biotechnologies à l'Université de Sherbrooke. Ce texte est une adaptation d'un essai de maîtrise rédigé sous la direction de Me Geneviève Dufour.

Les vingt dernières années ont vu la biologie progresser à pas de géant. Les découvertes de nouvelles techniques de laboratoire ou l'amélioration de celles-ci ont permis l'accélération de la recherche. Le génome de plusieurs organismes a été séquencé, y compris celui de l'être humain. Les chercheurs et les institutions les finançant poursuivent la recherche de « l'enzyme » encore inconnue qui permettra une avancée importante, que ce soit en recherche fondamentale, dans le domaine pharmaceutique, chimique ou agroalimentaire. Pour ce faire, généralement, les pays du Nord n'hésitent pas à aller puiser dans la riche biodiversité des pays du Sud pour y trouver plantes, animaux ou microorganismes susceptibles de produire des molécules biochimiques possédant un attrait scientifico-commercial. Cette activité a été dénommée la bioprospection. Il n'existe pas de définition claire et formelle du terme « bioprospection » (contraction de l'expression « prospection biologique ») ; la *Convention sur la diversité biologique*¹, instrument juridique international régulant, entre autres, cette activité, ne la définit pas. Les commentateurs s'entendent pour dire qu'il s'agit d'une forme de recherche scientifique². Par exemple, Patrizia Vigni propose la définition suivante : « *the search for bioactive compounds in natural sources for development in therapeutic or industrial applications* »³.

Un des environnements prometteurs en matière de bioprospection est l'Antarctique. L'Antarctique est un environnement unique où une foule de conditions extrêmes sont réunies : très basses températures, salinité, aridité et lacs souterrains à pression élevée. En particulier, les milieux marins offrent des conditions propices à l'évolution d'organismes spécifiquement adaptés, appelés extrémophiles. Les pressions environnementales ont obligé ces organismes à développer des caractéristiques exceptionnelles afin de survivre, et constituent dès lors des sujets d'étude exceptionnels⁴.

L'intérêt pour la biodiversité de l'Antarctique porte particulièrement sur ces microorganismes⁵. Certaines molécules produites par cette flore microbienne, notamment des enzymes, possèdent des propriétés de grand intérêt pour l'industrie. Par exemple, deux lipases⁶ provenant de la levure *candida antarctica*⁷, les lipases A et B, ont fait l'objet de plusieurs brevets sur des procédés biochimiques⁸. Aussi, une

¹ *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 R.T.N.U. 79 (entrée en vigueur : 23 décembre 1993) [CDB].

² Patrizia Vigni, « Antarctic Bioprospecting : Is It Compatible with the Value of Antarctica as a Natural Reserve? » dans Francesco Francioni et Tullio Scovazzi, dir., *Biotechnology and International Law*, Oxford et Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006, 111 à la p. 117 [Vigni].

³ *Ibid.*

⁴ Bernard P. Herber, « Bioprospecting in Antarctica: the search for a policy regime » (2006) 42 *Polar Record* 139 [Herber].

⁵ Levures, bactéries et archaebactéries.

⁶ Lipase : enzyme dégradant les lipides.

⁷ Levure alcalo-résistante retrouvée dans les sédiments du lac Vanda, en Antarctique. Voir « Industry Involvement In Antarctic Bioprospecting » (2004) XXVII Antarctic Treaty Consultative Meeting IP 106, United Nations University Institute of Advanced Studies à la p. 15, en ligne : United Nations Environment Programme <www.unep.org/dewa/Portals/67/pdf/bioprospecting_final.pdf>.

⁸ Un exemple de procédé : le brevet US6387692 protège la préparation d'une amine en présence d'une lipase de *C. antarctica*, amine pouvant être utilisée comme intermédiaire dans la synthèse de produits pharmaceutiques. Voir *ibid.* aux pp. 16-18.

collaboration entre la compagnie espagnole PharmaMar et l'University of Canterbury, en Nouvelle-Zélande, a permis l'isolement et la synthèse de la varioline, une molécule issue d'une éponge de l'Antarctique en cours de développement comme médicament anti-cancer⁹. Bien d'autres découvertes sont prometteuses, mais plusieurs obstacles à la bioprospection existent. Notamment, le manque de connaissances sur la microflore de l'Antarctique et le coût élevé de la recherche pour des propriétés commercialisables freinent les recherches et les investissements du secteur privé dans celles-ci. L'incertitude entourant la propriété intellectuelle des échantillons prélevés en Antarctique agit aussi comme un facteur négatif¹⁰. Malgré tout, l'intérêt pour la bioprospection risque fort d'être ravivé dans un futur rapproché du simple fait que l'activité renferme un grand potentiel commercial¹¹.

Cet article se veut tout d'abord un survol de la question de la bioprospection en Antarctique; il ne serait question de couvrir dans les détails un thème complexe pouvant faire l'objet d'une recherche encore plus approfondie. Après avoir jeté les bases de la situation politique particulière de l'Antarctique, l'analyse portera sur deux problèmes juridiques majeurs engendrés par l'activité scientifique sur le sixième continent. La première de ces difficultés concerne la compétence territoriale pour l'autorisation de l'accès aux bioprospecteurs en Antarctique. Le second enjeu implique la légalité de l'activité en rapport avec les obligations de partage des résultats de la recherche scientifique imposées par le *Traité sur l'Antarctique*¹². Finalement, il sera question du développement du débat sur la bioprospection au sein du Système du *Traité sur l'Antarctique*, pour conclure avec des pistes de solution aux problématiques étudiées.

I. L'Antarctique : son Système, ses enjeux

La région polaire se démarque des autres endroits bioprospectés, notamment en raison d'un Système de gouvernance internationale et d'une forte tradition de liberté scientifique. Le *Traité sur l'Antarctique*, adopté en 1959, encadre la recherche en Antarctique. Ce traité peut se résumer en trois termes-clés : paix, science et coopération internationale¹³. Sous la gouvernance des États parties au *Traité sur l'Antarctique*, l'Antarctique se trouve dans un contexte d'ouverture, tant internationale que scientifique¹⁴. Dans la prochaine partie, cette gouvernance et son fonctionnement seront sommairement présentés. Ensuite, il sera traité de ses enjeux propres, pour enfin conclure avec un mot sur le concept de patrimoine commun de l'humanité.

⁹ *Ibid.* aux pp. 10-11.

¹⁰ *Ibid.* aux pp. 19-20. Breveter constitue l'acte sacré des compagnies privées (compagnies pharmaceutiques, agroalimentaires, chimiques et pétro-chimiques), car le droit de propriété intellectuelle leur accorde l'exclusivité d'exploitation de l'invention, exclusivité incitant à l'innovation et à la poursuite de la recherche.

¹¹ Dagmar Lohan et Sam Johnston, « Bioprospecting in Antarctica » (2005) United Nations University Institute of Advanced Studies, à la p. 12, en ligne : United Nations University Institute of Advanced Studies <http://www.ias.unu.edu/binaries2/antarctic_bioprospecting.pdf> [Lohan et Johnston].

¹² *Traité sur l'Antarctique*, 1^{er} décembre 1959, 402 R.T.N.U. 71 (entrée en vigueur : 23 juin 1963).

¹³ *Ibid.*, préambule.

¹⁴ Herber, *supra* note 4 à la p. 141.

A. Le Système du *Traité sur l'Antarctique*

Ce contexte d'ouverture est rendu possible grâce à l'existence du Système dont le noyau est représenté par le *Traité sur l'Antarctique*. L'évolution de l'institution internationale a été assurée à travers les années grâce à la tenue des Réunions des parties consultatives du *Traité sur l'Antarctique*¹⁵ (RCTA). L'article IX du traité prévoyait la première de ces réunions. De 1961 à 1994, les RCTA eurent lieu en moyenne à chaque deux ans; depuis 1994, les RCTA se tiennent annuellement. Toute Partie contractante au *Traité sur l'Antarctique* peut assister à une RCTA. Toutefois, seules les Parties consultatives possèdent l'habileté de participer à la prise de décisions. Pour ce faire, et ainsi détenir le titre de Partie consultative, il faut qu'une Partie « démontre l'intérêt qu'elle porte à l'Antarctique en y menant des activités substantielles de recherche scientifique telles que l'établissement d'une station ou l'envoi d'une expédition »¹⁶. Un État Partie qui ne ferait pas de recherche scientifique substantielle sera dit une « Partie non consultative »¹⁷.

Pendant les RCTA, les Parties discutent de tout sujet à l'ordre du jour concernant l'administration de l'Antarctique¹⁸. Les Parties consultatives peuvent adopter différents instruments juridiques proportionnels à leur intention décisionnelle : mesures, décisions, résolutions et traités internationaux. Par exemple, les Parties consultatives ont voté à travers les années plusieurs conventions venant compléter le *Traité sur l'Antarctique* : la *Convention sur la conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique*¹⁹, *Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique*²⁰ et le *Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement en Antarctique*²¹. Les RCTA ont ainsi permis, avec le temps, l'ajustement du Système de l'Antarctique aux problématiques émergentes. Finalement, les Parties contractantes au *Traité sur l'Antarctique* ont prévu peu de dispositions sur les aspects institutionnels et

¹⁵ Tous les rapports finaux des RCTA se retrouvent sous format électronique sur le site internet du Système. Voir en ligne : Secrétariat du Traité sur l'Antarctique, <<http://www.ats.aq/>>.

¹⁶ *Traité sur l'Antarctique*, supra note 12 à l'art. IX(2).

¹⁷ La conséquence de cette condition est que se joint au *Traité sur l'Antarctique* tout État le désirant, mais ne devient pas Partie consultative qui veut; certains auteurs parlent même d'un club privé, ou d'une « aristocratie conventionnelle ». Voir Alexandre-Charles Kiss, « La notion de patrimoine commun de l'humanité » (1982) II R.C.A.D.I. 99 à la p. 137 [Kiss]. Également, une condition supplémentaire a été ajoutée en 1991 via le paragraphe 22(4) du *Protocole de Madrid* (voir infra note 21), exigeant que toute Partie voulant être « consultative » devait avoir ratifié, accepté et approuvé le *Protocole*.

¹⁸ Ces dernières années, les travaux ont principalement porté sur la formation d'un Secrétariat de l'Antarctique, sur l'adoption d'Annexes au *Protocole de Madrid* (voir infra note 21) sur la responsabilité environnementale et sur la régulation de l'activité touristique en Antarctique, activité grandement en hausse. Voir Alan D. Hemmings, « A Question of Politics : Bioprospecting and the Antarctic Treaty System » dans Alan D. Hemmings et Michelle Rogan-Finnemore, dir., *Antarctic Bioprospecting*, Christchurch, University of Canterbury (Gateway Antarctica), 2005, 98 aux pp. 127 et 128 [Hemmings].

¹⁹ *Convention sur la conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique*, 20 mai 1980, 1329 R.T.N.U. 47 (entrée en vigueur : 7 avril 1982) [*Convention de Canberra*].

²⁰ *Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique*, 25 novembre 1988, 27 D.J.I. (non en vigueur) [*Convention de Wellington*].

²¹ *Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement en Antarctique*, 4 octobre 1991, D.J.I. 1455 (entrée en vigueur : 14 janvier 1998) [*Protocole de Madrid*].

administratifs du Système²². Cependant, au fur et à mesure d'une accumulation et de la complexification des enjeux, il devint nécessaire pour les États Parties de mettre en place une institution permanente. En 2003, une mesure²³ votée lors d'une RCTA créait le Secrétariat du *Traité sur l'Antarctique*. Le Secrétariat, ayant son siège en Argentine, a pour principal objectif l'assistance à la préparation et à la conduite des RCTA.

On peut affirmer sans se tromper que le Système constitue une réussite pour la société internationale : un territoire représentant quelque 10% de la surface de la Terre (l'Antarctique et l'océan Austral) se trouve, depuis 1959, sous une gouverne guidée par la paix, la coopération scientifique et le respect de l'environnement²⁴. Le Système de l'Antarctique a démontré une grande souplesse et subsiste toujours après 50 ans d'existence.

Selon Ann-Isabelle Guyomard, le Système constitue une structure auto-portante, d'une « loi émotionnelle », attribuant un esprit de fond particulier à l'Antarctique :

*The Antarctic Treaty System is based on this undeniable constancy, which promotes the co-operation of all Parties each time the [System] face new issues, such as the exploitation of mineral resources and environmental protection. This constancy among states has become a sort of local custom in the wake of which an Antarctic regime has been developed.*²⁵

Ces principes fondamentaux prennent racine dans les articles II et III du *Traité sur l'Antarctique*. L'article II consacre le caractère libre de la recherche scientifique en Antarctique, ainsi que la coopération internationale en découlant. Cette coopération s'étend au domaine scientifique à l'article III. Précisément, le sous-alinéa (1)(c) prescrit aux États Parties de procéder, dans toute la mesure du possible, « à l'échange des observations et des résultats scientifiques obtenus dans l'Antarctique qui seront rendus librement disponibles ». Or, cette obligation apparaît contradictoire avec l'activité de bioprospection qui, elle, peut exiger la confidentialité des informations en vue de la commercialisation possible de produits issus des découvertes faites sur les ressources génétiques. Cette question sera abordée plus loin dans le texte.

²² Ainsi, la création d'un secrétariat au *Traité sur l'Antarctique* a été délibérément évitée. Voir Michelle Rogan-Finnemore, « What Bioprospecting Means for Antarctica and the Southern Ocean » dans Geoff Leane et Barbara Von Tigerstrom, dir., *International Law Issues in the South Pacific*, Aldershot, Angleterre, Ashgate Publications, 2006, 199 à la p. 215 [Rogan-Finnemore].

²³ Mesure 1 (2003), XXVI^e RCTA, en ligne : Secrétariat du Traité sur l'Antarctique, <http://www.ats.aq/devAS/info_measures_listitem.aspx?lang=f&id=294>.

²⁴ Alan D. Hemmings et Michelle Rogan-Finnemore, « Access, Obligations, and Benefits : Regulating Bioprospecting in the Antarctic » dans Michael I. Jeffery, Jeremy M. Firestone, *et. al.*, dir., *Biodiversity Conservation, Law and Livelihoods: Bridging the North-South Divide*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 529 à la p. 533 [Hemmings et Rogan-Finnemore].

²⁵ Ann-Isabelle Guyomard, « Bioprospecting in Antarctica: A New Challenge for the Antarctica Treaty » dans Francioni et Scovazzi, *supra* note 2, 147 à la p. 150 [Guyomard].

B. Les enjeux soulevés par la bioprospection

Plusieurs s'entendent pour dire que la bioprospection est porteuse de progrès et d'innovation, et que l'humanité pourra grandement bénéficier du développement de nouveaux produits provenant des découvertes²⁶. La bioprospection soulève toutefois des enjeux tant aux niveaux politique, environnemental, éthique que juridique. Tout d'abord, l'Antarctique se trouve sous une gouvernance ambiguë. Sept États revendiquent une portion du territoire du continent polaire : l'Argentine, l'Australie, le Chili, la France, la Norvège, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni²⁷. En raison de leurs revendications, ces États sont dits « possessionnés »²⁸. D'autres États adoptent la position inverse, rejetant toute revendication territoriale et prônant le caractère international du continent. Toutefois, toute prétention territoriale sur l'Antarctique est « gelée » en vertu de l'article IV²⁹ du *Traité sur l'Antarctique*. Conséquemment, d'autres États ne pourraient émettre de nouvelles revendications de souveraineté, du moins tant que le traité sera en vigueur. On observe donc une coexistence de deux approches opposées l'une de l'autre, coexistence rendue possible grâce à l'article IV. Ensuite, le *Protocole de Madrid* octroie au sixième continent le statut de réserve naturelle consacrée à la paix et la science, obligeant les États Parties à en préserver l'environnement et les écosystèmes³⁰. Les États Parties au Système³¹ doivent donc s'attarder à la protection du milieu naturel. Enfin, la pratique de la bioprospection en Antarctique engage également à des réflexions éthiques, notamment celles concernant l'accès aux ressources et le partage équitable des bénéfices. Juridiquement, il n'existe pas de convention sur la bioprospection en Antarctique; il faut donc consulter les traités déjà existants touchant de près ou de loin

²⁶ Julia Jabour-Green et Dianne Nicol, « Bioprospecting in Areas Outside National Jurisdiction: Antarctica and the Southern Ocean » (2003) 4 *Melbourne Journal of International Law* 76 à la p. 78 [Jabour-Green et Nicol].

²⁷ Les États-Unis et la Russie rejettent toutes ces prétentions et revendiquent eux-mêmes la souveraineté de toute Partie de l'Antarctique dont ils auront envie. Voir Hemmings et Rogan-Finnemore, *supra* note 24 à la p. 531.

²⁸ Anne Choquet et Betty Queffelec, « À la recherche d'un régime juridique pour la bioprospection en Antarctique » (2005) 13 *Natures Sciences Sociétés* 321 à la p. 322. [Choquet et Queffelec].

²⁹ *Traité sur l'Antarctique*, *supra* note 12, art. IV :

1. Aucune disposition du présent Traité ne peut être interprétée :

(a) comme constituant, de la part d'aucune des Parties Contractantes, une renonciation à ses droits de souveraineté internationale, ou aux revendications territoriales, précédemment affirmés par elle dans l'Antarctique;

(b) comme un abandon total ou Partiel, de la part d'aucune des Parties Contractantes, d'une base de revendication de souveraineté territoriale dans l'Antarctique, qui pourrait résulter de ses propres activités ou de celles de ses ressortissants dans l'Antarctique, ou de toute autre cause;

(c) comme portant atteinte à la position de chaque Partie Contractante en ce qui concerne la reconnaissance ou la non reconnaissance par cette Partie, du droit de souveraineté, d'une revendication ou d'une base de revendication de souveraineté territoriale de tout autre État, dans l'Antarctique.

2. Aucun acte ou activité intervenant pendant la durée du présent Traité ne constituera une base permettant de faire valoir, de soutenir ou de contester une revendication de souveraineté territoriale dans l'Antarctique, ni ne créera des droits de souveraineté dans cette région. Aucune revendication nouvelle, ni aucune extension d'une revendication de souveraineté territoriale précédemment affirmée, ne devra être présentée pendant la durée du présent Traité.

³⁰ *Protocole de Madrid*, *supra* note 21, art. 2.

³¹ Le Système est composé au centre du *Traité sur l'Antarctique*, entouré de conventions venues le compléter à travers les décennies, tels que le *Protocole de Madrid* et la *Convention de Canberra*.

au sujet. Les cartes du débat s'entremêlent davantage lorsqu'on prend conscience de la réalité de la recherche scientifique en Antarctique, où les activités de bioprospection sont souvent conduites dans le cadre de partenariats entre le privé et le public³².

Avant de poursuivre, il importe de préciser un concept pouvant être lié au régime antarctique, celui du patrimoine commun de l'humanité. Selon Alexandre Kiss, un patrimoine commun de l'humanité est un espace aux ressources exploitables et dévoué à des seules fins pacifiques, échappant à toute souveraineté territoriale³³. L'ensemble des utilisateurs s'assure de l'existence d'un système de gestion qui garantit une utilisation rationnelle³⁴ des ressources et une répartition équitable des avantages tirés de l'exploitation du patrimoine commun³⁵. À la lecture de ces principes, il serait tentant d'assimiler l'Antarctique à un patrimoine commun de l'humanité. Sans vouloir discuter un sujet largement débattu et sur lequel la doctrine abonde, il peut être affirmé que, malgré cette apparence, il n'existe pas d'entendement ou de consécration internationale sur cette question. Le régime antarctique échappe peut-être à l'appropriation territoriale grâce à l'article IV du *Traité sur l'Antarctique*, mais l'accès n'en est toutefois pas assuré :

*The Antarctic 'commons regime' denies free access to non-Parties of the regime. By increasing the number of member States in the Treaty system, Treaty powers have strengthened their resource regimes. What we have now is a regime effectively insulated from the rest of the world – one which will enjoy an exclusive pool of commons resources by excluding the rest of the world. And within this regime only a privileged few with means and technology will have real access to the pool of commons. Losers in this regime are the less developed countries, irrespective of whether they are within or outside the Treaty system.*³⁶

Bref, l'exemple de la bioprospection démontre bien toute la difficulté de mettre en place un concept comme celui de patrimoine commun de l'humanité. Sylvie Paquerot le résume admirablement bien : « Ainsi se rejoignent dans une complicité objective les deux obstacles au patrimoine commun de l'humanité : celui de l'appropriation souveraine et celui de l'appropriation marchande. La diversité biologique, y compris le génome humain, de même que l'eau, en sont des illustrations frappantes. »³⁷.

À travers tous ces enjeux, deux ressortent distinctement du lot. Le premier concerne l'encadrement de la bioprospection d'un point de vue territorial. Qui a juridiction pour autoriser l'activité sur le territoire? Quel régime juridique

³² Guyomard, *supra* note 25 à la p. 154.

³³ Kiss, *supra* note 17 à la p. 231.

³⁴ L'utilisation rationnelle comprend le renouvellement des ressources renouvelables et l'exploitation optimale des ressources non renouvelables.

³⁵ Kiss, *supra* note 17 à la p. 135.

³⁶ Sudhir K. Chopra, « Antarctica as a Commons Regime : A Conceptual Framework for Cooperation and Coexistence » dans Christopher C. Joyner et Sudhir K. Chopra, dir., *The Antarctic Legal Regime*, Hollande, Kluwer Academics Publishers, 1988, 163 à la p. 172.

³⁷ Sylvie Paquerot, *Le statut des ressources vitales en droit international : essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, Bruxelles, Bruylant, 2002 à la p. 237.

international s'applique? Le second enjeu se rapporte aux résultats de la bioprospection. Son caractère commercial est-il conciliable avec la libre disposition de l'information, principe fondamental du *Traité sur l'Antarctique*? Ces deux questions font l'objet des deux prochaines Parties.

II. Problèmes de juridiction sur l'Antarctique

Quel État ou quelle instance internationale peut autoriser l'accès au territoire de l'Antarctique pour des fins de bioprospection? La réponse dépendra de la position politique de l'État face à l'Antarctique.

Les États possessionnés argueront qu'ils ont compétence pour la portion de territoire que chacun revendique. Les États prônant la non-appropriation du continent (les « non possessionnés ») prétendront que n'importe quel État Partie au *Traité sur l'Antarctique* pourra autoriser cet accès. On pourra craindre à ce moment des abus par des États qui ne s'empêcheront pas d'autoriser l'accès opportunément³⁸. Idéalement, l'accès dépendrait d'un régime commun d'approbation. Est-ce que les régimes internationaux établis par la *CDB* et la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*³⁹ pourraient offrir un tel support? La majorité des Parties consultatives au Système sont également Parties à ces deux conventions, exception faite des États-Unis, qui n'ont ratifié ni l'une ni l'autre. Aussi, il sera vu si la *Convention de Wellington* ne pourrait pas venir apporter quelques suggestions.

A. La *Convention sur la diversité biologique*

La *CDB*⁴⁰ vise la « conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques »⁴¹. Pour y parvenir, les États Parties doivent assurer un accès satisfaisant aux ressources génétiques, un transfert technologique et un financement approprié⁴², tout cela dans un esprit d'équité et d'efficacité. De plus, la *CDB* constitue l'instrument international établissant les règles de base en matière de bioprospection et s'applique en principe à la région de l'Antarctique⁴³.

Des réserves doivent cependant être émises à l'égard de la pertinence de la *CDB* comme cadre de réglementation de l'accès aux bioprospecteurs en Antarctique. L'approche territoriale générale de la *CDB* sur l'accès aux ressources génétiques se base sur la juridiction nationale des États⁴⁴. En d'autres mots, un État possède tous les

³⁸ Choquet et Queffelec, *supra* note 28 à la p. 323.

³⁹ *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, 1834 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur: 16 novembre 1994) [CNUDM].

⁴⁰ *CDB*, *supra* note 1.

⁴¹ *Ibid.*, art. 1.

⁴² *Ibid.*, art. 15-21.

⁴³ Lohan et Johnston, *supra* note 11 à la p. 25.

⁴⁴ L'article 4 de la *CDB* prévoit que : « Sous réserve des droits des autres États et sauf disposition contraire de la présente convention, les dispositions de la Convention s'appliquent à chacune des

droits sur la ressource si celle-ci est recueillie sur son territoire. Chaque État a la responsabilité de protéger la diversité biologique sur son territoire. Or, la question de la souveraineté en Antarctique ne correspond pas à une réponse claire. Pour la *CDB*, la ressource génétique représente une préoccupation commune de l'humanité, mais que chaque État a la responsabilité de protéger. La ressource s'apparente donc à un bien public national⁴⁵.

Aussi, l'article 5 de la *CDB* stipule que les Parties contractantes coopèrent entre elles « directement ou, le cas échéant, par l'intermédiaire d'organisations internationales compétentes, dans des domaines ne relevant pas de la juridiction nationale et dans d'autres domaines d'intérêt mutuel, pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique ». Cela signifie-t-il que la *CDB* laisserait au Système la compétence pour encadrer l'activité?

D'ailleurs, la *CDB* indique que ses dispositions ne modifient en rien les droits et obligations découlant pour une Partie contractante d'un accord international. En ce qui concerne le milieu marin, elles s'appliquent conformément aux droits et obligations des États découlant du droit de la mer⁴⁶. Ceci lui confère donc un statut subsidiaire par rapport à celui de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* lorsqu'il est question de bioprospection en milieux marins.

B. La *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*

Les bioprospecteurs s'intéressent particulièrement à l'incroyable biodiversité des milieux marins⁴⁷. L'océan Austral qui entoure l'Antarctique peut donc faire l'objet de recherche. Or, il est connu que le statut juridique des mers adjacentes aux continents dépend de la souveraineté sur le territoire côtier. Ainsi, la question de la juridiction dans l'océan Austral s'en trouve complexifiée⁴⁸. La réglementation de l'activité en cette région appelle à l'étude de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM)*, notamment en ce qui concerne les dispositions sur la « Zone ». Cependant, la pertinence de la *CNUDM* pour la bioprospection en Antarctique pouvant faire l'objet d'un article entier, s'y attarder dans ce texte déborderait du propos suggéré⁴⁹.

Parties contractantes :

a) Lorsqu'il s'agit des éléments de la diversité biologique de zones situées dans les limites de sa juridiction nationale ;

b) Lorsqu'il s'agit des processus et activités qui sont réalisés sous sa juridiction ou son contrôle, que ce soit à l'intérieur de la zone relevant de sa juridiction nationale ou en dehors des limites de sa juridiction nationale, indépendamment de l'endroit où ces processus et activités produisent leurs effets ». *CDB*, *supra* note 1, art. 4.

Également, l'article 15(1) prévoit qu' : « Étant donné que les États ont droit de souveraineté sur leurs ressources naturelles, le pouvoir de déterminer l'accès aux ressources génétiques appartient aux gouvernements et est régi par la législation nationale ». *Ibid.*, art. 15(1).

⁴⁵ Herber, *supra* note 4 à la p. 141.

⁴⁶ *CDB*, art. 22(2).

⁴⁷ Rogan-Finnemore, *supra* note 22 à la p. 204.

⁴⁸ *Ibid.*

Tout ce qui en sera dit est que les grandes règles de la *CNUDM* ressemblent beaucoup à celles du Système, particulièrement au niveau de la « Zone »: activités à des fins pacifiques, importance de la recherche scientifique et de la coopération internationale. Une autre caractéristique commune des deux systèmes se rattache à leur contenu excessivement général⁵⁰; bien qu'elle puisse être enrichissante à certains égards, la *CNUDM* ne remplit pas le vide juridique du Système du *Traité sur l'Antarctique* et souffre elle-même de lacunes juridiques⁵¹. Non seulement le Système devra évoluer eu égard à la réalité de la bioprospection, mais la *CNUDM* également.

Si ni la *CDB* ni la *CNUDM* ne peuvent nous aider à trouver l'autorité compétente à autoriser l'accès aux bioprospecteurs, la *Convention de Wellington* pourrait s'avérer une excellente inspiration.

C. La *Convention de Wellington*

Rédigée en 1988, la *Convention de Wellington* n'est jamais entrée en vigueur. Des États possessionnés ont refusé de la ratifier, écartant toute chance d'entrée en vigueur de la *Convention*. Conséquemment, une prohibition a été mise en place par le *Protocole de Madrid*, selon laquelle « [t]oute activité relative aux ressources minérales, autre que la recherche scientifique, est interdite⁵² ». La *Convention de Wellington* est néanmoins d'intérêt puisqu'elle reflète la tentative du Système de réguler une activité commerciale menée principalement par le secteur privé en Antarctique⁵³. Tout un mécanisme de gestion y est élaboré pour l'exploitation des ressources minérales de l'Antarctique. La *Convention* contient des dispositions encadrant la prospection, met en place une institution organisationnelle, aborde la question de la souveraineté territoriale et traite de la confidentialité des informations scientifiques.

Sous la *Convention de Wellington*, les activités de prospection sont tout d'abord autorisées par l'État parrain de l'expédition⁵⁴. L'État parrain s'assure du respect des normes de la *Convention* par l'opérateur, c'est-à-dire l'entreprise ou l'institution intéressée à prospecter. À ce sujet, tout un mécanisme de parrainage étatique est mis en place, ceci afin d'éviter un parrainage « de complaisance ». Le critère prévu est celui du « lien substantiel et authentique »; le paragraphe 12 de l'article 1 énumérant des exemples de ce lien⁵⁵. Sous la *Convention de Wellington*, la

⁴⁹ Sur la relation entre la bioprospection et la *CNUDM*, voir Giuseppe Cataldi, « Biotechnology and Marine Biogenetic Resources » dans Francioni et Sovazzi, *supra* note 2, 99 à la p.103; Tullio Scovazzi, « Bioprospecting on the Deep Seabed : a Legal Gap Requiring to be Filled » dans *ibid.*, 81 à la p. 86 [Scovazzi]; Lohan et Johnston, *supra* note 11 à la p. 23.

⁵⁰ Vigni, *supra* note 2 à la p. 132.

⁵¹ Scovazzi, *supra* note 49 à la p. 93.

⁵² *Supra* note 21, art. 7.

⁵³ Vigni, *supra* note 2 à la p. 116.

⁵⁴ *Convention de Wellington*, *supra* note 20, art. 37(2).

⁵⁵ Plus encore, la *Convention de Wellington* détaille le lien entre l'État parrain et la personne morale privée en élaborant la notion de « contrôle effectif », visant particulièrement les multinationales. Ainsi, une approche fonctionnelle a aussi été préparée pour définir ce contrôle effectif : l'État parrain doit être en mesure d'assurer que l'opérateur dispose des moyens nécessaires aux activités projetées.

prospection ne reste que cela, de la prospection : aucun droit n'est conféré sur les ressources minières trouvées⁵⁶. Pour acquérir ces droits, il faut effectuer de l'exploration et de l'exploitation. Ces deux activités sont autorisées par l'effet d'un double mécanisme; celui de la « définition » d'une zone par la Commission⁵⁷ et celui de la délivrance d'un permis minier par le comité de réglementation. Sans se lancer dans les détails, il est juste d'affirmer que ce double mécanisme consiste en des étapes strictes et rigoureuses exigeant le dépôt de plusieurs demandes auxquelles un comité de réglementation et une commission se succèdent afin d'encadrer et de contrôler chaque détail⁵⁸.

L'aspect intéressant de la *Convention de Wellington* pour la question de la juridiction repose en ce que Josyane Couratier a nommé l'« approche bifocale » de la *Convention*⁵⁹. Cette approche résulte d'une volonté de satisfaire tant les États possessionnés que les non possessionnés. Tout d'abord, l'article 9 reprend en substance le compromis de l'article IV du *Traité sur l'Antarctique* et, plus encore, le paragraphe (b) stipule qu'« aucun acte, ni aucune activité, ni disposition de la Convention ne peut être interprété comme une renonciation ou une diminution de l'exercice de la juridiction d'État côtier, ni lui porter préjudice ». L'addition de l'expression « exercice de la juridiction d'État côtier » visait à reconnaître les droits que les États possessionnés pourraient avoir sur des espaces sur lesquels ils exerceraient une souveraineté non contestée. Sur le territoire réglementé par la *Convention de Wellington* équivalant au territoire du *Traité sur l'Antarctique*, il était également prévu une zone d'impact écologique débordant du territoire. Dans cette zone d'impact se retrouve des îles sur lesquelles les États possessionnés pourraient, au titre d'État côtier, exercer une souveraineté non contestée⁶⁰.

De même, cette recherche de compromis se reflète dans le système d'attribution des permis miniers et le partage des bénéfices. Les comités de réglementation établis par la Commission pour une zone d'exploration ou de développement donnée se composent de dix membres, dont quatre représentant les États possessionnés (l'État revendiquant le territoire sur lequel il y a une demande de permis minier étant automatiquement représenté) et six représentant les États non possessionnés⁶¹. Un permis d'exploitation est octroyé à la majorité des deux-tiers des membres votant, ce vote devant être rendu par au moins trois possessionnés et quatre non possessionnés⁶². Ainsi, il ne pourrait y avoir de blocage par un seul État possessionné. Ensuite, il semble que les intérêts financiers des États possessionnés

⁵⁶ *Convention de Wellington*, supra note 20, art. 37(1).

⁵⁷ Organisme plénier créé par la *Convention de Wellington*, responsable du fonctionnement et des mécanismes de régulation de celle-ci, « définissant » par consensus des zones où auront lieu exploration et développement. Voir *Convention de Wellington*, supra note 20, art. 21(d). Entre autres, cette Commission supervise aussi le respect du patrimoine écologique.

⁵⁸ Josyane Couratier, « La Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique » (1988) 34 A.F.D.I. 764 aux pp. 774-775.

⁵⁹ *Ibid.* à la p. 779.

⁶⁰ *Ibid.* à la p. 780. Il est à noter que pendant les années 80, les États négociant ce qui allait devenir la Convention de Wellington ont dû prendre compte des développements récents en droit de la mer, c'est-à-dire la toute nouvelle *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* à l'époque.

⁶¹ *Convention de Wellington*, supra note 20, art. 29.

⁶² *Ibid.*, art. 32.

aient été reconnus. Le paragraphe (k) de l'article 47 prévoit des paiements assimilables à des impôts ou des « droits de royauté » par les opérateurs. De plus, la Commission décide de l'affectation des revenus supplémentaires « en tenant compte des intérêts des Parties les plus concernées par la zone où les taxes sont prélevées »⁶³.

Pour l'instant, la question de la juridiction compétente pour autoriser l'accès aux bioprospecteurs ne connaît pas de réponse. Il a été vu que ni la *CDB* ni la *CNUDM* ne semblent indiquer de piste. De loin, la *Convention de Wellington* s'avère un précédent très inspirant de par ses dispositions créatives dans la recherche d'une voie du milieu entre les intérêts des États possessionnés et non possessionnés.

III. Bioprospection et libre disposition des résultats scientifiques

L'autre grande question juridique émanant d'une pratique de la bioprospection en Antarctique concerne sa légalité par rapport aux dispositions du *Traité sur l'Antarctique*. Les paragraphes qui suivent se veulent une rapide esquisse de la recherche scientifique moderne antarctique. Ensuite, il sera discuté de la légalité de la bioprospection en Antarctique selon les articles II et III du *Traité sur l'Antarctique*.

A. De la recherche scientifique en Antarctique

La bioprospection implique un intérêt économique. Dans certains cas, ce lien sera direct; dans d'autres, il sera plutôt indirect⁶⁴. Les chercheurs d'aujourd'hui ne sont plus de simples curieux avides de comprendre Mère Nature : ils écrivent des articles dans l'espoir d'être publiés par les plus grosses revues; ils ont besoin de subventions; ils travaillent parfois pour des compagnies privées ou en collaboration avec elles en cherchant à transférer leurs technologies à l'industrie. Ils peuvent être des hommes d'affaires, des administrateurs, des conseillers. Certains vont jusqu'à comparer les bioprospecteurs à des franc-maçons modernes, en ce sens qu'ils possèdent les connaissances, donc le pouvoir, et qu'à la tête de compagnies multinationales, ces hommes ne peuvent plus être considérés comme « moralement guidés »⁶⁵. Il appartient alors aux gouvernements d'encadrer leurs activités pour que celles-ci puissent devenir éthiques. Puis, il ne faut jamais oublier que la recherche se fait principalement dans les laboratoires occidentaux, après une rapide excursion en sol antarctique pour y cueillir de nouveaux sujets d'étude⁶⁶.

Le défi pour les Parties consultatives au Système sera de délimiter

⁶³ *Ibid.*, art. 35(5)(b).

⁶⁴ Il est envisageable qu'un chercheur trouve un usage commercial à un enzyme provenant d'un microorganisme qu'il étudiait dans le seul but de comprendre un aspect de son métabolisme, et vice-versa.

⁶⁵ Alistair Graham, « Environmental, Ethical and Equity Issues » dans Hemmings et Rogan-Finnemore, *supra* note 18 à la p. 58.

⁶⁶ Cueillette qui peut être régulée par le *Protocole de Madrid*, *supra* note 21 et la *Convention de Canberra*, *supra* note 20.

exactement où s'arrête la régulation du Système dans le processus de bioprospection-biodécouverte. Autrement dit, il faudra déterminer quelle part de l'innovation est directement attribuable à l'activité de bioprospection. Il est fortuit que les Parties se soient déjà questionnées à ce sujet lors des négociations ayant mené à l'institution de la *Convention de Wellington*. La séparation de la prospection de l'exploration et de l'exploitation dans cette convention et toutes les dispositions en découlant s'avère un précédent unique à considérer.

La voie normale à la commercialisation d'un produit est le brevetage de celui-ci. Si des enzymes ou des séquences de gènes sont brevetées en prévision d'une éventuelle application, le brevetage *pourrait* nuire à la libre circulation de la recherche scientifique⁶⁷. Aussi, les chercheurs en situation de partenariat avec le privé peuvent être tenus au secret pendant le développement de la biotechnologie après avoir signé une entente de confidentialité, ce qui nuirait également à la libre circulation de l'information. Il devient donc nécessaire de vraiment comprendre à quoi engage l'« obligation de partage des résultats, dans toute la mesure du possible ».

B. Analyse en vertu des articles II et III du *Traité sur l'Antarctique*

Le sous-alinéa (1)(c) de l'article III du *Traité sur l'Antarctique* constitue un obstacle potentiel à la bioprospection en Antarctique : « [L]es Parties Contractantes conviennent de procéder, dans toute la mesure du possible, à l'échange des observations et des résultats scientifiques obtenus dans l'Antarctique qui seront rendus librement disponibles. » Pour entamer cette analyse, il importera avant tout de s'interroger sur la portée des expressions composant le libellé du sous-alinéa (1)(c).

Est-ce que la bioprospection correspond à des « observations et des résultats scientifiques », particulièrement dans la perspective économique intrinsèque à l'activité? Tant le *Traité sur l'Antarctique* que la *CNUMD* rappelle le caractère fondamental de la recherche scientifique, mais nulle part il n'est défini exactement ce qu'est la recherche scientifique.

Dès lors, on en vient au problème de la classification scientifique de la bioprospection. La bioprospection se caractérise par un aspect commercial : on ne parle plus de science fondamentale, dite « pure », mais plutôt d'une activité se situant entre la science appliquée et la science fondamentale⁶⁸. La science prend plusieurs formes, selon les circonstances. Dans sa forme dite « classique », l'objectif de la recherche sera de comprendre l'environnement antarctique dans ses particularités. La science pourra aussi être propulsée par une exploitation éventuelle, nommément par les domaines de la santé et de l'agroalimentaire. En d'autres cas, la recherche sera dite

⁶⁷ Jabour-Green et Nicol, *supra* note 26 à la p. 99.

⁶⁸ À ce sujet, certains remettent en question la nécessité et la pertinence de distinguer entre la recherche appliquée et fondamentale, toutes deux pouvant mener à des utilisations commerciales. Voir Roberta Farrell et Shona Duncan, « Uniqueness of Antarctica and Potential for Commercial Success » dans Hemmings et Rogan-Finnemore, *supra* note 18 à la p. 33. Aussi, pour une classification des différents genres d'activités scientifiques menées en Antarctique, voir texte de Julia Jabour-Green et Dianne Nicol, *supra* note 26.

« technologique » : les prédicats habituels scientifiques d'augmenter le corpus de connaissances sont évacués pour laisser la seule place à l'élaboration de solutions biochimiques et pharmaceutiques aux problèmes d'aujourd'hui⁶⁹.

La question se pose alors à savoir si cette recherche technologique constitue toujours de la recherche scientifique dont traite l'article II du *Traité sur l'Antarctique*. Toutefois, à travers tout cela, il est suggéré que la méthode scientifique continue son cours normal, ce qui vient à dire que l'on retrouve *nécessairement* des « observations et des résultats scientifiques ». Seulement, ces informations possèdent une valeur commerciale potentielle. L'organisme cueilli dans son environnement naturel constitue une ressource génétique; une fois en laboratoire, il sera analysé afin qu'on y trouve une utilisation commerciale intéressante⁷⁰. Qui dit exploitation économique dit nécessairement secteur privé; les droits de propriété intellectuelle sur les innovations provenant de la bioprospection en Antarctique pourraient s'avérer lucratifs dans le futur⁷¹. L'activité doit ainsi être considérée comme un lieu de rencontre de la science, de l'économie et de la santé⁷² où les trois domaines s'entremêlent pour ne plus pouvoir être distingués et séparés.

Le sous-alinéa (1)(c) de l'article III du *Traité sur l'Antarctique* prévoit au surplus que les données scientifiques doivent être « obtenu[e]s dans l'Antarctique ». Or, la cueillette d'échantillons ne représente qu'une partie du processus entier de bioprospection. Le travail s'effectue plutôt dans les laboratoires des pays occidentaux. Dès lors, est-ce que l'information doit être considérée comme ayant été obtenue dans l'Antarctique? La même question peut se poser à l'égard des microorganismes s'étant reproduits pendant plusieurs générations en laboratoire. Il est suggéré que peu importe l'endroit où sont analysés les organismes recueillis. Le fait qu'ils proviennent de l'Antarctique suffit pour affirmer que tout renseignement découlant de leur étude doit être inclus dans les observations et résultats scientifiques de l'article III.

Toujours selon le sous-alinéa (1)(c) de l'article III du *Traité sur l'Antarctique*, les observations et résultats doivent être « dans toute la mesure du possible rendus librement disponibles ». Ces expressions viennent tant renforcer que tempérer l'obligation de partage de l'information des États Parties au *Traité sur l'Antarctique*. L'idée de « rendre librement disponible » se retrouve appliquée dans le milieu scientifique depuis des décennies par le moyen de publications d'articles dans des revues spécialisées. La publication permet donc cet échange d'information, mais donne également une chance au chercheur de faire valoir sa science pour recevoir davantage de subventions. Dans un contexte de bioprospection, il peut arriver que les chercheurs se trouvent à devoir taire ou cacher leurs démarches et résultats. Dans ce cas, ce n'est pas tant le brevet que tout le temps précédant l'enregistrement de ce brevet qui exigera confidentialité. Ainsi, certains chercheurs pourront même être

⁶⁹ Jabour-Green et Nicol, *ibid.* à la p. 101.

⁷⁰ Pour une description détaillée des différentes phases du processus de bioprospection, voir *ibid.*

⁷¹ Choquet et Queffelec, *supra* note 28 à la p. 325.

⁷² À travers toute cette discussion, il est facile d'oublier que l'un des grands moteurs de la bioprospection, sinon le principal, est la santé : « *There is no doubt that bioprospecting is exploitation-driven, because the primary purpose of the bioprospecting effort in the Antarctic is for use in downstream drug and related technologies* », Jabour-Green et Nicol, *supra* note 26 à la p. 102.

restreints par des clauses de non-divulagation.

Comparativement, l'expression « dans toute la mesure du possible » prévoyant l'échange en conséquence nuance l'obligation. Quel sens précis renferme-t-elle? L'article 16 de la *Convention de Wellington* apparaît d'intérêt ici. Il y est tout d'abord réitéré le principe du sous-alinéa (1)(c) de l'article III du *Traité sur l'Antarctique* selon lequel toutes données et informations sont rendues librement disponibles « dans toute la mesure du possible ». Deux nuances s'ajoutent cependant au principe. Le paragraphe (a) mentionne que toute donnée et information de valeur commerciale provenant de la prospection pourra être retenue par l'opérateur, en accord avec l'article 37 régulant la prospection. Le paragraphe (b) indique qu'il revient à la Commission d'adopter les mesures appropriées pour dévoiler et assurer la confidentialité des données et informations provenant de l'exploration et du développement. Michelle Rogan-Finnemore en déduit qu'à toute activité générant des données commerciales et confidentielles ne correspond pas automatiquement une violation du sous-alinéa (1)(c) de l'article III du *Traité sur l'Antarctique*⁷³. Cette limite vaut-elle pour la bioprospection? Le libellé entend à une possibilité d'exception à la règle de libre circulation de l'information, ne reste donc qu'à décrire exactement les détails de cette frontière.

Une distinction peut être faite pour aider au débat. Le scientifique contribue à la connaissance en apportant de son inventivité dans la compréhension des phénomènes observés, ou encore dans le procédé mis au point pour parvenir au résultat concluant⁷⁴. Cet apport sera celui revendiqué dans une demande de brevet⁷⁵. Et c'est celui-ci qui devrait faire l'objet de l'exception de confidentialité à l'obligation de libre circulation de l'information en vue de la préparation d'un brevet, exception faite des cultures microbiennes et des séquences d'ADN. Ces dernières ressources présentent l'avantage de constituer en quelque sorte la substance première, la base à partir de laquelle les chercheurs façonnent des produits biotechnologiques commercialisables. En général, elles précèdent l'apport inventif du chercheur et pourraient donc être rendues librement disponibles sans affecter la confidentialité des informations possédant une valeur commerciale⁷⁶.

En définitive, la seule certitude en rapport avec le sous-alinéa (1)(c) de l'article III est l'incertitude frappant l'interprétation du texte. Décidemment, la question n'attend qu'une chose : que les Parties l'abordent sur le fond. Cette démarche demandera une réflexion sur la science et la direction que l'on veut qu'elle prenne dans le temps de l'Antarctique. Pour s'inspirer, on pourra valablement se

⁷³ Rogan-Finnemore, *supra* note 24 à la p. 219.

⁷⁴ On peut penser, entre autres, au choix des microorganismes, plasmides, enzymes de restriction, séquences d'ADN isolées, insérées ou effacées dans les protocoles d'expérimentation.

⁷⁵ Les trois critères à la validité d'un brevet sont l'utilité, la nouveauté et l'apport innovateur à l'invention.

⁷⁶ Un moyen utile de facilement parvenir à ce but repose en l'idée de la création d'une banque de données où pourraient être conservés des spécimens des organismes recueillis, ainsi rendus accessibles à tous les bioprospecteurs. Ce système préserverait l'environnement antarctique en y réduisant le nombre d'expéditions, tout en assurant un accès à des pays qui n'auraient pas à prime abord les moyens de bioprospecter le sixième continent. Voir Hemmings et Rogan-Finnemore, *supra* note 24 à la p. 551.

rappeler l'un des principes directeurs⁷⁷ du *Traité sur l'Antarctique* : la liberté de la recherche scientifique. L'article II⁷⁸ en traite et, aux côtés de la coopération internationale, prévoit une pratique semblable à celle de l'Année Géophysique Internationale. Durant l'année en question, de juillet 1957 à décembre 1958, eurent lieu une série d'événements représentant une réussite pour la société internationale, du moins en Antarctique : en pleine Guerre froide, des pays (dont les États-Unis et l'URSS) établissaient deux bases de recherches scientifiques, Amundsen-Scott et Vostok, et envoyaient des chercheurs étudier cet environnement encore très peu connu⁷⁹, tout cela paisiblement.

La liberté de la recherche scientifique a eu le dessus sur la politique; maintenant, il s'agit de savoir si elle aura le dessus sur le mercantilisme. Ces deux valeurs ne sont pas diamétralement opposées et nécessairement en conflit⁸⁰; une réponse peut être articulée, ce qui permettra les revendications de propriété intellectuelle et le maintien du libre accès à l'information. Ainsi, il est maintenant opportun de voir ce qu'il résulte des débats des dernières années aux RCTA.

IV. Réponse du Système et pistes de solution

Dans cette partie, les deux résolutions sur la bioprospection, rendues aux RCTA, seront tout d'abord expliquées. Ensuite, une rapide étude des avenues possibles pour le Système sera développée.

A. Les Résolutions des RTCA de 2005 et 2009

Les Parties consultatives ont envisagé le sujet de la bioprospection⁸¹ aux RCTA⁸². En 2005, elles ont adopté la *Résolution 7* sur la prospection biologique en

⁷⁷ « Vénère la faculté de te faire une opinion. Tout dépend d'elle, pour qu'il n'existe jamais, en ton principe directeur, une opinion qui ne soit pas conforme à la nature et à la constitution d'un être raisonnable. Par elle nous sont promis l'art de ne point se décider promptement, les bons rapports avec les hommes et l'obéissance aux ordres des Dieux. », Marc-Aurèle, *Pensées pour moi-même*, Livre III, IX.

⁷⁸ Et le quatrième paragraphe du préambule du *Traité sur l'Antarctique*, *supra* note 12 : « Persuadés qu'il est conforme aux intérêts de la science et au progrès de l'humanité d'établir une construction solide permettant de poursuivre et de développer [la coopération internationale] en la fondant sur la liberté de la recherche scientifique dans l'Antarctique telle qu'elle a été pratiquée l'Année Géophysique Internationale ».

⁷⁹ On parle ici d'études océanographiques, météorologiques et de sciences physiques, tel que le géomagnétisme, les aurores, l'activité solaire. Avec le temps, d'autres disciplines scientifiques se sont développées sur le sixième continent, telles que la biologie et la géologie, toutes deux ayant par la suite engendré l'apparition d'intérêts économiques pour les ressources étudiées. Voir Jabour-Green et Nicol, *supra* note 26 à la p. 101.

⁸⁰ Le débat sur la bioprospection en Antarctique réfère à certaines valeurs comme celles de la recherche scientifique, la valeur économique de l'activité et la valeur environnementale intrinsèque à la région selon le *Protocole de Madrid*. Voir Hemmings et Rogan-Finnemore, *supra* note 24 à la p. 538.

⁸¹ Les Parties consultatives utilisent l'expression « prospection biologique ».

⁸² Cependant, la première fois qu'il a été abordé dans une RTCA remonte maintenant à dix ans. Un organisme du Système, le Comité scientifique pour la recherche scientifique (SCAR), créé en vertu de

Antarctique⁸³. Dans cette résolution, les Parties consultatives ont rappelé l'article III du *Traité sur l'Antarctique* ainsi que les articles 2 et 3 du *Protocole de Madrid*⁸⁴. Aussi, tout en reconnaissant que d'autres fora traitent de la bioprospection, elles ont réaffirmé l'alinéa (1) de l'article III et son application pertinente au problème en y attirant l'attention des gouvernements dans leurs travaux et leurs recherches. On y recommande également que les gouvernements explorent le sujet et poursuivent annuellement les échanges.

La lecture du rapport final de la RCTA de 2005⁸⁵ permet de répertorier la position des États Parties sur le sujet. À une extrémité, on retrouve l'État convaincu du besoin d'une convention sur la bioprospection en Antarctique et à l'autre, l'État qui demande à ce que soit définie la bioprospection avant toute autre chose. En 2005, les avis se partageaient ainsi :

D'aucunes se sont déclarées préoccupées par l'absence d'une définition de la prospection biologique tandis que d'autres étaient d'avis qu'il n'était pas nécessaire d'avoir à ce stade une définition particulière. Il a été souligné que d'autres groupes internationaux – y compris un groupe de travail de l'ONU – travaillaient sur le même thème. Quelques Délégations souhaitaient attendre le résultat des travaux de ces autres groupes alors que d'autres pensaient qu'il était important pour le Système du Traité sur l'Antarctique d'assumer le rôle de chef de file sur la question de la

la *Convention de Canberra*, a pour la première fois soumis la problématique à une RCTA tenue à Lima en 1999. Voir Hemmings, *supra* note 18 à la p. 107.

⁸³ Réunion consultative du *Traité sur l'Antarctique*, *Résolution 7: La prospection biologique en Antarctique*, Rapport final de la XXVIII^e Réunion consultative du Traité sur l'Antarctique, Stockholm, 2005 [XXVIII^e RTCA].

⁸⁴ *Protocole de Madrid*, *supra* note 21, art. 2 : « Les Parties s'engagent à assurer la protection globale de l'environnement en Antarctique et des écosystèmes dépendants et associés. Elles conviennent, par le présent Protocole, de désigner l'Antarctique comme réserve naturelle, consacrée à la paix et à la science.

Art. 3 : 1. La protection de l'environnement en Antarctique et des écosystèmes dépendants et associés, ainsi que la préservation de la valeur intrinsèque de l'Antarctique, qui tient notamment à ses qualités esthétiques, à son état naturel et à son intérêt en tant que zone consacrée à la recherche scientifique, en particulier celle qui est essentielle pour comprendre l'environnement global, constituent des éléments fondamentaux à prendre en considération dans l'organisation et la conduite de toute activité dans la zone du Traité sur l'Antarctique.

[...]

3. Les activités sont organisées et conduites dans la zone du Traité sur l'Antarctique de façon à accorder la priorité à la recherche scientifique et à préserver la valeur de l'Antarctique en tant que zone consacrée à la recherche, y compris celle qui est considérée comme essentielle pour la compréhension de l'environnement global.

4. Les activités entreprises dans la zone du Traité sur l'Antarctique relatives aux programmes de recherche scientifique, au tourisme et à toutes les autres activités gouvernementales ou non gouvernementales dans la zone du Traité sur l'Antarctique pour lesquelles une notification préalable est requise conformément à l'Article VII, paragraphe 5, du Traité sur l'Antarctique, y compris les activités associées de soutien logistique:

a) se déroulent d'une façon compatible avec les principes du présent Article; et

b) sont modifiées, suspendues ou annulées, si elles ont ou si elles risquent d'avoir sur l'environnement en Antarctique ou sur les écosystèmes dépendants et associés, des incidences incompatibles avec ces principes ».

⁸⁵ Réunion consultative du *Traité sur l'Antarctique*, *Rapport final de la XVIII^e Réunion consultative du Traité sur l'Antarctique*, Stockholm, 2005.

prospection biologique en Antarctique.⁸⁶

Quant à elle, la *Résolution 9* commence par rappeler la *Résolution 7* de 2005 : l'importance de la recherche scientifique pour les avantages qu'elle procure à l'humanité, le texte de l'alinéa III(1)(c) du *Traité sur l'Antarctique* et les dispositions relatives à la protection de l'environnement du *Protocole de Madrid*⁸⁷. Une note sur la capacité de réglementer la capture de ressources vivantes de la *Convention de Canberra* au Sud de la Convergence antarctique s'ajoute à ces rappels.

Ensuite, trois recommandations sont faites :

Les représentants des États [à la RCTA] [...] recommandent à leurs gouvernements:

1. Qu'ils réaffirment que le Système du *Traité sur l'Antarctique* est le cadre approprié pour assurer la gestion de la collecte de matériel biologique dans la zone du *Traité sur l'Antarctique* et pour en envisager son utilisation;
2. Qu'ils fassent valoir que les mécanismes existants du Système du *Traité sur l'Antarctique* qui relèvent du Protocole relatif à la protection de l'environnement et de la *Convention sur la conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique* couvrent les aspects environnementaux de la recherche scientifique et la collecte de matériel biologique dans la région antarctique;
3. Qu'ils continuent d'examiner activement ces questions au titre du point 17 de l'ordre du jour de la Réunion consultative du *Traité sur l'Antarctique* intitulé *Prospection biologique en Antarctique* dans le cadre du Système du *Traité sur l'Antarctique*, notamment en rapport avec les obligations imposées par l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article III du *Traité*⁸⁸.

De ces recommandations, trois déductions peuvent être faites : les Parties consultatives semblent vouloir conserver la problématique à l'intérieur du cadre du Système; l'aspect environnemental de la bioprospection en Antarctique est couvert par des conventions existantes et rattachées au Système; et, le débat se poursuit dans le cadre des RCTA, avec en tête le principe du libre-échange de l'information scientifique.

B. L'avenir de la bioprospection en Antarctique

Les questions de la compétence pour autoriser l'accès au territoire et de la légalité de la bioprospection au regard de l'article III du *Traité sur l'Antarctique* ne sont pas encore solutionnées. À ce jour, et mises à part les résolutions des RCTA de 2005 et de 2009, aucune politique officielle n'existe sur le sujet. La situation actuelle

⁸⁶ *Ibid.* au para. 235.

⁸⁷ Précisément, l'article 3, la procédure d'évaluation d'impact sur l'environnement de l'annexe I, les dispositions régissant la conservation de la faune et de la flore de l'Antarctique arrêtées dans l'annexe II ainsi que les modalités de protection et de gestion des zones de l'annexe V.

⁸⁸ Réunion consultative du *Traité sur l'Antarctique*, *Résolution 9 : Collecte et utilisation de matériel biologique de l'Antarctique*, Rapport final de la XXXII^e Réunion consultative du *Traité sur l'Antarctique*, Baltimore, 2009 au para. 317.

peut être décrite sommairement comme un laisser-faire⁸⁹. Plusieurs États pratiquent la prospection biologique et les régulations sont minimales. Il est envisageable de laisser aller les choses. Toutefois, on peut craindre les dérives et anticiper les incertitudes à se fier de cette manière aux impératifs économiques pour diriger les choses. Un « accès ouvert » aux ressources génétiques pourrait mener à leur exploitation incontrôlée. À ce point, les risques de perdre de vue les principes de coopération scientifique et de libre-circulation de l'information des articles II et III du *Traité sur l'Antarctique* sont élevés, en plus de laisser la voie libre à l'intervention d'autres instances de la société internationale. Quoiqu'il en soit, il est suggéré qu'un minimum soit fait par les institutions publiques :

*Individual institutions could enter into their own negotiations with commercial partners, which is the current position. If this option is chosen, institutions should be educated on the value of the resources that they are bargaining with and the nature of the restrictions that are being imposed on their own research and research undertaken by others.*⁹⁰

Bien que l'Antarctique soit géré dans le cadre du Système depuis 1959, il n'est pas le seul organe international qui puisse s'intéresser à l'Antarctique. Ainsi, d'autres fora tel que l'Assemblée générale de l'ONU, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, l'Organisation mondiale du commerce et les États Parties à la CDB poursuivent le développement de leurs politiques sur la bioprospection et pourraient bien intervenir là où le Système se fait trop timide pour agir⁹¹. Après plusieurs décennies de gouvernance par le Système, voilà que le problème de la bioprospection pourrait ouvrir la porte à l'intégration du continent par d'autres régimes internationaux⁹². Une telle éventualité n'est pas réjouissante pour tous ceux qui voient en le Système un modèle exemplaire de coopération internationale et de gouvernance internationale restreinte. Néanmoins, il semble que le consensus commun soit à l'effet que le Système reste le cadre approprié pour administrer la bioprospection en Antarctique⁹³. Sortir de ce cadre impliquerait un trop grand risque d'une perte de contrôle des Parties consultatives sur l'activité en Antarctique.

Pour l'instant, il semble que les choses stagnent par manque de volonté. L'ASOC (Antarctic and Southern Ocean Coalition), un organisme voué à la protection de l'environnement Antarctique ayant obtenu le statut d'observateur aux RCTA en 1991, se fait très critique suite à la RCTA de 2010 :

In the face of a clear report from SCAR on large and rapidly expanding scope of bioprospecting and patenting of Antarctic life forms in various countries, the governments couldn't even agree to maintain serious

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Jabour-Green et Nicol, *supra* note 26 à la p. 111.

⁹¹ Vigni, *supra* note 2 à la p. 144.

⁹² « *Potentially, an inability on the part of the Antarctic Treaty System to develop a nimble and sensitive approach to bioprospecting could be the first step in the rollback of regional management of the Antarctic, and the Antarctic's incorporation into global regime* ». Voir Hemmings, *supra* note 18 à la p. 128.

⁹³ Réunion consultative du *Traité sur l'Antarctique*, *Rapport final de la XXXIIIe Réunion consultative du Traité sur l'Antarctique*, Punta del Este, 2010 au para. 510.

*intersessional work on this set of issues. The Parties are about evenly divided between doing nothing - status quo, and taking at least initial steps towards a legal regime.*⁹⁴

Ainsi, plusieurs éventualités s'offrent aujourd'hui aux Parties consultatives : conserver le statu quo, dépendre des instruments juridiques déjà existants ou créer un tout nouvel instrument sur le sujet. Les prochains développements explorent les tenants et aboutissants de ces trois possibilités⁹⁵.

Tout d'abord, les Parties consultatives pourraient utiliser un traité déjà existant, tel que la *Convention de Canberra*. Or, cette convention ne couvre que les hautes mers bordant le sixième continent, et bien qu'elle encadre toutes les ressources vivantes marines, la *Convention de Canberra* ne régle que la collecte afin d'assurer la conservation des ressources⁹⁶. Il reste encore le partage des bénéfices, la question de la brevetabilité à couvrir et, plus que tout, un esprit général guidant un encadrement en phase avec les principes de l'article III du *Traité sur l'Antarctique*.

Sans doute, la meilleure solution pour les Parties consultatives se situe à mi-chemin entre le traité existant et le traité non-existant. Sans répéter ou adapter directement la *CDB*, les *Lignes directrices de Bonn*⁹⁷ et la *CNUDM*, une lecture intelligente de ces trois instruments juridiques combinée à la chance de créer un tout nouveau texte international sur le sujet dans le cadre du *Traité sur l'Antarctique* pourrait constituer l'option la plus responsable et la plus probable. Il ne faut pas oublier la pertinence de l'expérience de la *Convention de Wellington*, que l'on pourrait revisiter pour définir des termes précis pour lesquels un consensus avait été atteint⁹⁸.

Aussi, avant le développement d'un nouvel instrument, l'application développée d'une politique affirmant une prise de position claire devrait faciliter l'implantation d'un nouveau régime⁹⁹. Par exemple, tout entrepreneur intéressé à développer une utilisation commerciale d'une ressource génétique provenant de l'Antarctique devrait payer des frais d'accès au matériel, frais déposés dans un fonds commun. Un succès commercial pourrait entraîner le paiement de royalties sur les bénéfices monétaires, eux aussi amassés dans un fonds commun. Administré par le Secrétariat du Traité sur l'Antarctique, l'argent de ce fonds pourrait servir à financer la coopération scientifique en Antarctique¹⁰⁰. Pour mettre en place ce système, les États Parties pourraient adopter une mesure fondée sur des précédents, provenant

⁹⁴ Antarctic and Southern Ocean Coalition, *ASOC Report on XXXIII ATCM*, Secrétariat de l'ASOC, Washington, 2010 à la p. 3, en ligne : Antarctic and Southern Ocean Coalition <http://www.asoc.org/storage/documents/Meetings/ATCM/XXXIII/ASOC_Report_on_XXXIII_ATCM_062910.pdf>.

⁹⁵ Hemmings et Rogan-Finnemore, *supra* note 24 aux pp. 547-549.

⁹⁶ *Convention de Canberra*, *supra* note 19, art. II.

⁹⁷ La 6^e Conférence des Parties à la *CDB* a adopté les *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages issues de leur utilisation*, 2002, en ligne : Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique <<http://www.cbd.int/doc/publications/cbd-bonn-gdls-fr.pdf>>.

⁹⁸ On pense à des expressions telles que « prospection », « commercialisation », « opérateurs », « États commanditaires » et « partenariat » : Jabour-Green et Nicol, *supra* note 26 à la p. 111.

⁹⁹ *Ibid.* à la p. 110.

¹⁰⁰ *Ibid.*

notamment des *Lignes directrices de Bonn*¹⁰¹.

Une autre idée très intéressante consisterait à créer une espèce d'« identification Antarctique » certifiant l'origine spéciale de l'objet ainsi marqué. Ce mécanisme pourrait être mis en place par les législations nationales, ou encore selon un brevet spécial éventuellement reconnu par l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*¹⁰². Tout le concept consiste à reconnaître l'unicité des ressources génétiques antarctiques et les bénéfiques dont profite l'humanité, afin d'assurer le développement durable de ces ressources et, ce, dans le même esprit de la reconnaissance internationale de la valeur intrinsèque des savoirs traditionnels liés aux ressources biologiques de communautés indigènes¹⁰³. Cette « identification » confirmerait l'origine, une confirmation qui pourra faciliter la gestion de l'accès, du partage et de l'utilisation des ressources¹⁰⁴.

Que devrait aborder une éventuelle convention sur la bioprospection en Antarctique? Surtout, et avant toute chose, quelle forme pourrait-elle prendre? Diverses possibilités ont été explorées, mais le bon sens exige que cette convention soit créée dans le cadre du Système. Les obligations découlant d'autres instruments pourront continuer à s'appliquer¹⁰⁵, mais il devra être clair que la gestion de la bioprospection en Antarctique ne pourra se faire qu'en fonction de cette nouvelle convention¹⁰⁶. Un obstacle important provient du fait qu'une convention sur la bioprospection antarctique devra s'harmoniser à d'autres traités internationaux, telles que la *CNUDM*, la *CDB* et l'*Accord sur les ADPIC*. Cependant, l'obstacle devient moins imposant en considérant qu'un nouvel instrument sera ouvert à tout État désirant s'y joindre. En effet, cette situation ne présentera pas les inconvénients pouvant être engendrés par l'élargissement de la juridiction d'un traité régional déjà existant et ne concernant que quelques pays¹⁰⁷. Surtout, et tout en dépendra, encore faudra-t-il trouver un consensus parmi les Parties consultatives, à savoir si l'on désire réellement construire un régime légal; cela semble pour l'instant le seul vrai obstacle.

Dans un nouveau traité, il faudra réitérer les articles II, III et IV du *Traité sur*

¹⁰¹ Dans le même ordre d'idée, il est proposé de stocker tous les échantillons provenant d'Antarctique dans un endroit commun pour que tout chercheur à travers le monde puisse effectuer des recherches non-commerciales. Ou, encore, que des pays individuels, de leur propre initiative, mettent en place leur propre régime de partage des échantillons. Dans les deux cas, des mécanismes élaborés dans les *Lignes directrices de Bonn* peuvent guider ces moyens. Voir *ibid.*

¹⁰² *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 229 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [ADPIC]. Au sujet de l'ADPIC, peu abordé dans ce travail, on se référera aux justes propos d'Alan D. Hemmings et Michelle Rogan-Finnemore, *supra* note 24 à la p. 547: « How TRIPS [ADPIC en anglais] may impact Antarctic bioprospecting remain unclear. It does appear, however, that because every Antarctic Treaty Consultative Party is a signatory to the TRIPS Agreement, to deny a patent simply of the Antarctic-origin of the materials involved in the application, would be a breach of the TRIPS agreement ».

¹⁰³ Jabour-Green et Nicol, *supra* note 26 à la p. 111. Cette reconnaissance a pris forme en la *CDB* et les *Lignes directrices de Bonn*.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Par exemple, la procédure d'évaluation d'impact environnemental du *Protocole de Madrid* et la considération des effets des expéditions sur les écosystèmes marins sous la *Convention de Canberra*.

¹⁰⁶ Hemmings et Rogan-Finnemore, *supra* note 24 à la p. 549.

¹⁰⁷ *Ibid.* à la p. 550.

l'Antarctique. Il faudra également réaffirmer le principe central de la liberté de la recherche scientifique. Pour pouvoir mettre fin à toute incertitude, il importera de clarifier l'étendue de cette obligation, particulièrement au regard des droits de propriété intellectuelle. Aussi, il n'est pas aisé d'anticiper le contenu d'une convention dont l'existence future demeure incertaine. Dans l'esprit d'harmoniser l'activité et les idéaux sous-tendant le *Traité sur l'Antarctique*, diverses suggestions peuvent être faites quant à l'orientation que pourrait prendre cette convention. En voici quelques-unes :

- Adopter une approche guidée par le principe de précaution envers les ressources génétiques;
- Établir un objectif clair et précis à cette convention permettra de solutionner toute ambiguïté, tout comme définir des termes-clé tels que « bioprospection », « biodiversité » et « ressources biologiques »¹⁰⁸;
- Contenir des dispositions sur chacune des phases de la bioprospection, de la découverte de la ressource en Antarctique jusqu'à la commercialisation du produit, en passant par l'étude en laboratoire hors-Antarctique. Ces dispositions simplifieront certains aspects, comme celui du partage des bénéfices;
- Déterminer si l'on désire adopter un régime d'État parrain et d'opérateur commandité semblable à celui de la *Convention de Wellington*;
- Au sujet de l'accès aux ressources, l'élaboration de dispositions administratives sur la création, le développement et l'entretien d'une banque de données serait pertinente.

Pour l'instant, il n'existe pas réellement de régime légal pour la bioprospection en Antarctique. Les Parties consultatives détiennent, en la *Convention de Wellington*, une plateforme d'envoi unique à l'élaboration d'une réglementation pour l'activité scientifique. Cependant, la volonté n'y est pas. Il est vrai que, dans une logique marchande, il est beaucoup plus profitable d'opérer dans l'ambiguïté et l'incertitude. En tout réalisme, il se pourrait bien que les problèmes de compétence juridictionnelle et ceux de la légalité face aux obligations de l'article III du *Traité sur l'Antarctique* favorisent les intérêts scientifico-économiques des États-Unis, de l'Europe et du Japon.

Toutefois, il est arrivé par le passé que des revirements soudains s'opèrent, comme ce fut le cas lorsqu'il fut décidé de refuser l'entrée en vigueur de la *Convention de Wellington*. On ne sait pas ce que nous réservent les Parties consultatives pour les prochaines RCTA : peut-être un consensus naîtra sur le besoin de réglementer la bioprospection? Affaire à suivre.

¹⁰⁸ *Ibid.* à la p. 551.