

UNIVERSITE DE LIMOGES

FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques (O.M.I.J.)

Thèse

Pour l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE DE LIMOGES

Présentée et soutenue publiquement le 13 Avril 2007 par

Sitsofé Serge KOWOUIH

Le savoir-faire traditionnel

Contribution à l'analyse objective des savoirs traditionnels

TOME1

Directeur de recherches :

- Monsieur **Jean-Pierre MARGUENAUD**, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges.

Co-Directrice de recherches :

- Madame **Ghilaine JEANNOT-PAGES**, Maître de Conférences à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges ;

Rapporteur :

- Monsieur **Philippe GAUDRAT**, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Poitiers.

Rapporteur :

- Madame **Christine HUGON**, Professeur à la faculté de droit de l'Université de Perpignan
- Monsieur **SANTOS Akuété Pedro**, Professeur, Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Lomé (TOGO).

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

**A Emmathalie à qui je dois tant,
A Dzigbodi et à Logo de qui je tiens tout,
A ceux qui savent faire confiance à un Inconnu.**

Toute ma gratitude va à mon Directeur de thèse, le Professeur Jean-Pierre MARGUENAUD et à ma co-Directrice Mme Ghilaine JEANNOT-PAGES, pour leurs conseils, leur disponibilité, et leur présence tout au long de ces années.

Je tiens à remercier Délali, Agbéko, Guibert, Shamsidine, Fétine, Adama, Anne-Marie et Hyppo. Chacun sait ce que je lui dois.

Je tiens également à remercier Anne Langenieux-Tribalat, Carine Laurent-Boutot, Lydie Feral-Delaunay, ainsi que Raymond & Raymonde pour leur présence et précieuse aide dans les derniers jours de la préparation de cette thèse.

ABREVIATIONS.

ADPIC	- Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.
AIPPI	- Association internationale des Professionnels de la Propriété intellectuelle.
ANVAR	
ARIPO	- Organisation régionale africaine de la propriété industrielle.
ARV	- (médicament) antirétroviral.
CBE	- Convention sur le brevet européen du 5 octobre 1973.
CDB	- Convention sur la diversité biologique.
CEDH.	- Convention de Sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.
CIB	- Classification internationale des brevets.
CNRS	- Centre National pour la Recherche scientifique.
CNUCED	- Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.
DFID	- Ministère britannique du développement international.
DMCA	- Digital Millennium Copyright Act (Loi du millénaire sur le droit d'auteur
numérique).	
DOV	- Droit d'obtention végétale.
DPI	- Droits de propriété intellectuelle.
FAO	- Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture.
GATT	- Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.
GCRAI	- Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale.
GM	- Génétiquement modifié.
GSK	- GlaxoSmithKline Plc.
ICTSD	- Centre international du commerce et du développement durable.
IG	- Indications géographiques.
IPGRI	- Institut international des ressources phytogénétiques.
ITPGR	- Traité international sur les ressources phytogénétiques.
IUPGR	- Engagement international sur les ressources phytogénétiques.
MRC	- Conseil de la recherche médicale (Royaume-Uni).
MST	- Maladies sexuellement transmissibles.
NIH	- Instituts nationaux de la santé (Etats-Unis).
OAPI	- Organisation africaine de la propriété Intellectuelle.
OCDE	- Organisation de coopération et de développement économiques.
OEB	- Office européen des brevets.
OMC	- Organisation mondiale du commerce.
OMPI	- Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.
OMS	- Organisation mondiale de la santé.
ONG	- Organisation non gouvernementale.
ONU	- Organisation des Nations Unies .
ONUDI	- Organisation des Nations Unies pour le développement industriel.
ONUSIDA	- Programme conjoint des Nations Unies pour le VIH/SIDA.
OUA	- Organisation de l'unité africaine.
PCT	- Traité de coopération en matière de brevets.
PI	- Propriété intellectuelle.
PMA	- Pays les moins avancés.
PME	- Petites et moyennes entreprises.
PNUD	- Programme des Nations Unies pour le développement.
PVV	- Protection des variétés végétales.
R&D	- Recherche et développement.
R&D	- Recherche et développement
SIDA	- Syndrome d'immunodéficience acquise.
TKDL	- Bibliothèque numérique des savoirs traditionnels.
UE	- Union européenne.
UNESCO	- Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture.
UPOV	- Union internationale pour la protection des obtentions végétales.
USDA	- Ministère de l'agriculture des Etats-Unis.
USPTO	- Office américain des brevets et des marques.
VIH	- Virus de l'immunodéficience humaine

SOMMAIRE

<u>LE SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL</u>	1
<u>INTRODUCTION</u>	2
<u>I. GENESE DE LA PROBLEMATIQUE</u>	5
<u>II. LE RENOUVEAU DE LA PROBLEMATIQUE</u>	13
<u>III. JUSTIFICATION DE L'ETUDE</u>	19
<u>PARTIE 1. LA NOTION DE SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL</u>	34
<u>TITRE 1 EXISTENCE D'UNE REALITE JURIDIQUE DIFFUSE</u>	40
<u>CHAPITRE 1. UNE EVICTION DISCUTABLE DES NORMES ET REGLES RELEVANT DE LA SOURCE COUTUMIERE</u>	44
<u>CHAPITRE 2. UNE REHABILITATION NESSECAIRE DES REGLES ET NORMES RELEVANT DE LA SOURCE COUTUMIERE</u>	127
<u>TITRE 2. DETERMINATION DE LA NATURE DU DROIT PORTANT SUR LE SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL</u>	186
<u>CHAPITRE 1. LA PRATICITE, ELEMENT OBJECTIF DE LA DETERMINATION</u>	189
<u>CHAPITRE 2. LA TITULARITE : DETERMINANT SUBJECTIF DU SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL</u>	244
<u>PARTIE 2. L'EXPLOITATION DU SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL</u>	327
<u>TITRE 1 L'EXPLOITATION AU REGARD DES CONDITIONS CLASSIQUES DE BREVETABILITE</u>	331
<u>CHAPITRE 1. L'APPLICATION CONTROVERSEE DES CONDITIONS CLASSIQUES DE BREVETABILITE</u>	333
<u>CHAPITRE 2. LA DESTRUCTION DES CONDITIONS CLASSIQUES DE BREVETABILITE</u>	358
<u>TITRE 2^{EME} L'EXPLOITATION AU REGARD DES CONDITIONS EMERGENTES EN MATIERE DE BREVET : L'INFLUENCE DES TECHNIQUES CONTRACTUELLES</u>	405
<u>CHAPITRE 1. LA TRANSPARENCE DANS L'EXPLOITATION DU SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL</u>	408
<u>CHAPITRE 2. L'EQUITE DANS L'EXPLOITATION DU SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL</u>	442
<u>CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE</u>	494
<u>CONCLUSION GENERALE</u>	496

Le savoir-faire traditionnel

Contribution à l'analyse objective des savoirs traditionnels

Introduction

1. L'appellation est nouvelle et peut paraître étrange. Et pourtant, le savoir-faire traditionnel ne semble pas privé de filiation dans l'histoire de la propriété industrielle. Par les termes qui le composent, il nous semble familier et dans le même temps, il réitère la permanence de la question de la protection des connaissances techniques, qu'elles soient couvertes par les mécanismes de propriété industrielle ou qu'elles ne soient pas susceptibles d'une telle protection¹.

2. Le droit a renoncé à penser le savoir en tant qu'objet, laissant à d'autres disciplines le loisir de déterminer un statut à la première conquête de *l'homo sapiens* qui a fait passer l'humanité des « richesses manufacturées » aux « richesses cérebroyées² »³. Le droit privé éprouve ainsi une série de difficultés à cerner le savoir dont pourtant la présence et la signification économique s'imposent à lui en tant que « ressource première dans la vie économique moderne »⁴. La tradition et le traditionnel sont quant à eux appréhendés par le droit avec une fougue qui en fait l'un des moteurs épistémologiques⁵ de l'évolutivité et de l'adaptabilité du droit.

3. Au-delà de cette troublante familiarité des termes, l'objet de cette étude est rebelle à une vision purement nationale car les textes qui l'encadrent appartiennent à plusieurs plans d'édiction et les échos jurisprudentiels du savoir-faire traditionnel sont rares, voire inexistantes en droit privé français et plus spécialement en droit français de la propriété industrielle qui semble l'ignorer. Autant le savoir-faire en matière de transfert de technologie et en matière de franchise est largement visité, autant le savoir-faire traditionnel semble vierge de toute activité jurisprudentielle et à peine entamé par la doctrine⁶.

¹ Notons à ce propos que l'un des principes fondamentaux communs aux législations des pays de l'ex bloc socialiste en matière de propriété industrielle est celui de la protection de toutes les formes de la création technique. Ce régime spécial était réalisé par l'extension de la protection aux propositions dont la nouveauté, à la différence de celle des inventions n'est que relative, donc établi par rapport à l'état local de la technique. Il s'agissait selon madame Y. Emineco de « dépasser le stade de la protection limitée aux seules inventions brevetables, de la nécessité de stimuler toutes les idées techniques même celles qui n'ont pas de nouveauté absolue » ; « Unité et diversité dans la protection des idées non brevetables en droit socialiste : l'innovation et le Know-how », in *Mélanges BASTIAN*, librairies techniques 1974, p.215.)

² Le terme de « cérebroyage » est employé par **Bourg, D.**, *L'homme artificiel, le sens de la technique*, le débat/Galimard, 1996, p.244 ; Voir pour une utilisation plus ancienne de cette expression : **Humbert, M.**, *L'Europe face aux mutations mondiales*, Economica, 1993, p. 54.

³ Voir sur l'exploitation de l'antagonisme entre ces deux termes : **Becquet, S.**, *Le bien Industriel*, thèse Paris 1, bibl. de dr.pr. t. 448, 2005, p.9.

⁴ **Drahoš, P.**, "The universality of intellectual property rights : origins and development" citant l'article majeur de **Mandeville, T.**, *Understanding Novelty: Information, Technological Change, And The Patent System*, (Ablex Publishing Corporation, Norwood, New Jersey, 1996), p. 3.; Voir aussi sur cette question du statut de l'information en droit anglo saxon: **Drahoš, P.**, "Global property rights in information: the story of TRIPS at the GATT", revue *Prometheus*, vol 13, 1995, p. 6.

⁵ Au sens de l'obstacle épistémologique de **Bachelard, G.**, *La formation de l'esprit scientifique* (1938), 11ème éd. Paris, Vrin, 1980, p. 14.

⁶ Au moment où nous entamons cette étude, aucune autre ne lui était consacrée par la doctrine juridique française. Lui ont été consacrés depuis, deux mémoires de DESS, l'un à l'Université Panthéon

Le contentieux du brevet d'invention dont la doctrine s'accorde à dire « *qu'il est le droit processuel commun en matière de propriété industrielle* »⁷ en France, offre cependant des éléments qui serviront dans la détermination de la notion de savoir-faire traditionnel.

Face à un tel état du droit interne français, il conviendra, non seulement de scruter l'ordre juridique international, mais aussi, d'utiliser l'outil comparatiste au niveau des systèmes nationaux.

A cette double démarche il faut ajouter un constant souci de médiation entre des champs juridiques d'inspiration et de philosophie diverses ; moyennant quoi, il sera possible, tout au long de cette étude et encore plus à son terme, de vérifier la pertinence de la notion de savoir-faire traditionnel et partant, la justification de sa construction.

4. Il semble que le savoir-faire traditionnel soit le résultat non encore accompli de l'interaction sans cesse renouvelée entre le savoir, le faire, et le savoir-faire. Cette interaction traduit l'évolution de la pensée juridique relativement à cette valeur incorporelle qu'est la « *connaissance appliquée* ».⁸

Assas par Mlle **Vieira Nastri R.** sur *La Protection juridique des savoirs traditionnels: les discussions de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle à la lumière des expériences nationales*, 2005, 51 p. et l'autre à l'université Paris XII par Mlle **Ch. Karila** sur *La brevetabilité des savoirs traditionnels* en 2003. Voir aussi les travaux en cours à l'université de Poitiers sous la direction des Professeurs Philippe Gaudrat et Marie cornu : **Delacourt I.**, « *Les plantes médicinales et la propriété industrielle*, Mémoire de Master « Propriétés intellectuelles » sous la direction du Pr. **Philippe Gaudrat**, Université Poitiers 2000.

Ho Kong Ciat J., *Esquisse d'une protection éthique des savoirs médicaux traditionnels par le droit de la propriété industrielle*, Mémoire de Master « Propriétés intellectuelles » sous la direction du Pr. **Philippe Gaudrat**, Université Poitiers 2001. Travail reconduit dans le cadre d'une thèse initiée la même année sous la même direction et sous le titre : *La protection des savoirs traditionnels par le droit de la propriété intellectuelle* ; **Mancho M-C.**, La protection des arts et savoirs traditionnels, travail de Thèse initié sous la Direction du Pr. **Marie Cornu** en Octobre 2006. **Amend Laurence** *La propriété intellectuelle autochtone à l'épreuve du droit des brevets d'invention*. Mémoire DESS Accords et Propriété Industrielle, CEIPI, Université Robert Schumann, sous la direction de **Mezghani Nebila et Thomas Daniel**. L'on peut aussi mentionner, bien qu'elle n'y soit pas spécifiquement dédiée, la thèse de M. **Karpe Ph.** sur Les collectivités autochtones en droit international, th. Paris X Nanterre, 2002. Pour une étude en sciences de la vie l'on citera le Mémoire bibliographique de Mlle **Canoy A-S.** sur le thème Phytopharmacie et savoirs traditionnels, DESS Gestion de la Biodiversité Université Paris VI, 2000. Une note d'actualité du Pr. **J-C Galloux** à la RTDCom. Juillet 2004 a réconcilié dans la forme, la doctrine spécialisée en droit de la propriété intellectuelle française avec le sujet qui occupe depuis 7 ans l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle. Il faut aussi noter que le Pr. **Galloux** avait déjà en 2002, dans une autre note d'actualité consacrée au Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, évoqué le rapprochement qui pouvait être fait entre l'article 9.2 dudit Traité et « la problématique plus générale de protection des savoirs traditionnels actuellement discutée dans des Forums mondiaux » (Propriétés intellectuelles Octobre 2002 n°5, p. 68) ; V. également **Mortureux**, *Droits de propriété intellectuelle et connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones*, Mémoire DESS droit des biotechnologies, Versailles 1999.

Pour une approche contractuelle et systématique des difficultés que la circulation des ressources biologiques pose au droit français il convient de citer le tout récent et éclairant ouvrage du Pr **Florence Bellivier et de Mme Christine Noiville**, remarquablement introduit par le Professeur **Catherine Labrusse-Riou** : *Contrats et vivant : Droit de la circulation des ressources biologiques*, LGDJ, Coll. Traités et contrats, 2006, 293 pp.

⁷ **Foyer J.**, « *Le droit processuel de la propriété industrielle* », in *Ecrits en hommage à Gérard CORNU*, PUF, 1994, p. 156.

⁸ Appliquée parce que d'abord maîtrisée et possédée ; nous retrouvons ici le dernier critère de qualification d'une connaissance en savoir qui est la titularité actuelle. Cette dernière en fonde l'opérationnalité et l'utilité.

En effet, la question du savoir-faire traditionnel pose à la branche de la propriété intellectuelle en général une interrogation dont elle s'est, pour les besoins de sa construction et de sa cohérence, accommodée en se contentant d'une vision ségrégationniste des connaissances appliquées. Depuis, les frontières qui ont été patiemment établies entre ses différentes branches sont devenues mouvantes⁹ et se révèlent aujourd'hui perméables¹⁰. Il est dès lors utile de ne pas oublier que « (...) *toutes ces techniques juridiques d'appropriation se dégagent d'un substrat où liberté, libre disposition, libre parcours riment avec savoir, savoir-faire, savoir-faire technique, know-how, connaissance(s), information...* »¹¹ ; et la boîte de Pandore des fondements de la propriété intellectuelle semble ouverte !

D'abord parce qu'utile, ensuite parce que technique et enfin parce que industrielle, le droit s'est intéressé à la connaissance appliquée : c'est le cheminement qui mène du savoir au savoir-faire.

Il a été ensuite observé, à la faveur de la dématérialisation de la richesse, des limites techniques du système actuel de propriété industrielle et du caractère concurrentiel du marché, un cheminement inverse qui va du savoir-faire aux savoirs traditionnels¹². Estimant que le droit, ce faisant, se retrouve en « *terra incognita* »¹³ il nous semble essentiel de compléter ce double mouvement par un troisième qui mène des savoirs traditionnels au savoir-faire traditionnel.

Ainsi, et afin d'approcher utilement l'objet de notre étude, envisagerons nous successivement, dans ces propos introductifs, la genèse de la problématique

⁹ Considérer dans ce sens, le langage imagé des Prs. Foyer et Vivant quand ils font référence à , « un archipel où chaque droit privatif (...) émerge comme une île d'un océan soumis au régime de la liberté » ou à une « nébuleuse dans laquelle ces droits privatifs apparaîtraient comme autant de noyaux plus ou moins durs, interagissant parfois, perdus dans un nuage de poussières. », *Le droit de brevets*, Presses Universitaires de France, 1991, p.9.

¹⁰ Les cas des droits sur les logiciels et de ceux sur les topographies en attestent.

¹¹ J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, op. cit. p. 12.

¹² L'argument ici est que la compétition et l'innovation étant devenues les moteurs de l'économie, il s'est imposé l'idée qu'une accélération de la recherche et développement et par conséquent, la conservation d'un avantage concurrentiel décisif, passait par la recherche et l'acquisition de savoir-faire traditionnels relatifs aux ressources génétiques issues de la biodiversité et à leur utilisation. Ceci est particulièrement vrai pour l'industrie bio-pharmaceutique fondée sur la recherche. Voir contra : Macilwain, C., « *When rhetoric hits reality in debate on bioprospecting* », *Nature*, 1998, N° 392: pp. 535-540; Rouhi, A.M., « *Betting on Natural Products for Cures* », *CENEAR*, 81 41 (2003) pp. 93-103 <<http://pubs.acs.org/cen/coverstory/8141/8141pharmaceuticals3.html>> cité dans Kling Finston S., « L'intérêt de l'industrie pharmaceutique pour les ressources génétiques », in *Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation, Compte rendu des discussions*, Mexique 2004, p. 265 qui fait valoir en outre dans son article que les sociétés pharmaceutiques ont commencé à délaisser la mise au point de nouveaux produits basés sur des matériels génétiques ou des savoirs traditionnels pour se consacrer à la synthèse de produits à partir de ressources qui sont déjà à leur disposition.

¹³ Expression empruntée aux Prs Foyer et Vivant pour qui, « qui ignore le brevet à des chances de se perdre en *terra incognita* », *Le droit des brevets*, Coll. Thémis, PUF, 1991, pp. 398 et 474.

L'idée ici est que la protection des savoirs, qu'ils soient traditionnels, modernes ou autres, n'est pas du domaine du droit. Elle peut en revanche relever du fait. Il est difficile d'envisager une protection des savoirs sans replonger dans le débat au demeurant tranché de la protection des idées. Au delà d'une telle objection, des raisons techniques contribuent aussi à ne pas envisager plus loin la protection des savoirs en tant que tels : individualisation du savoir en question, forme et support de la protection.

des savoir-faire traditionnels (I), le renouveau d'une telle problématique (II) et la justification des termes de l'étude (III).

Ce qui se présente comme une bataille terminologique et sémantique n'en est pas une car l'apparence des mots ne dissimule pas durablement la substance des droits qui sont en jeu.

I. GENESE DE LA PROBLEMATIQUE.

5. Beaumarchais écrivait : « *Pour gagner du bien le savoir-faire vaut mieux que le savoir* »¹⁴. Fort de cet *a priori* favorable, il ne suffisait pas que le savoir-faire joue ce rôle capital dans l'enrichissement matériel au 18^{ème} siècle, il a été promu par la suite au nombre des forces qui gouvernent la société. En témoigne la déclaration de Charles. CAHIER quand il affirme que « *Trois savoirs gouvernent le monde : le savoir, le savoir vivre et le savoir-faire, mais ce dernier souvent tient lieu des deux autres* »¹⁵.

Ce sont là autant de traces littéraires qui ont à tout le moins le mérite de rendre compte de ce qui semble avoir présidé à l'activité humaine en matière de savoir et de savoir-faire.

Pour les Prs. VIVANT et FOYER : « *en rigueur, il reste peu¹⁶ au-delà des mots de savoir, savoir-faire, connaissance ...* »¹⁷. Notre travail consistera, si l'on en croit ces illustres auteurs, en la recherche de ce « *peu* » qui ne cesse pourtant de hanter l'histoire et le droit de l'appropriation depuis la révolution industrielle.

Ce premier mouvement de nos propos introductifs est à l'image de l'ascendant que la recherche appliquée a pris sur la recherche fondamentale¹⁸ dans les milieux péri-industriels. Il semble que dans ce domaine, le savoir n'a eu, pour justifier son élaboration que l'ambition de trouver une application pratique. Très vite l'explication des phénomènes n'a plus suffi comme moteur de la science¹⁹. La

¹⁴ Beaumarchais, *Le mariage de figaro*, V III, 1784.

¹⁵ Cahier Ch. Proverbes et aphorismes, 1856.

¹⁶ C'est nous qui soulignons.

¹⁷ Foyer J. et Vivant M., *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 401

¹⁸ Un ascendant qui cependant ne se construit pas sur un antagonisme. Dans ce sens Le Professeur Mousseron parle dans sa préface à l'ouvrage de R. Fabre sur *le Know-how et sa réservation en droit commun* de : "non-opposition de la recherche fondamentale et de la recherche appliquée et souhaite même le développement des "études fondamentales de droit privé appliqué". Sur la distinction entre recherche fondamentale et recherche appliquée, Voir aussi Morere J.R, « Problèmes fondamentaux de la recherche scientifique » in *Des chercheurs s'interrogent*, Paris PUF, 1957 ; Piganiol, P. « Le gouvernement et la recherche scientifique », *Revue Industrie et techniques*, mars 1959 ; Labeyrie, J. , in *Des chercheurs s'interrogent*, op.cit. pp. 22-30.

¹⁹ Terme dont la définition n'est pas aisée. Elle désigne tantôt l'ensemble organisé des connaissances relatives à certaines catégories de faits ou de phénomènes, tantôt elle désigne l'activité à laquelle se livrent les chercheurs, les scientifiques, les ingénieurs et techniciens dans le cadre de méthodes, procédures et techniques sanctionnées par l'expérimentation et la vérification que la pratique exprime par le terme de recherche scientifique. Pour s'en convaincre il suffit de consulter le sens (2) du mot dans le dictionnaire *Le petit Robert* où l'on peut lire comme définition du mot science: « savoir-faire que donnent les connaissances ; habileté ; manière habile et savante de mettre en œuvre ».

conception judéo-chrétienne du monde²⁰ qui gouverne les sociétés industrielles imposait à la science de maîtriser ce dernier, et ce par le biais de la recherche scientifique. Cette dernière peut être entendue simplement comme « *l'ensemble des travaux systématiques entrepris dans un but d'accroître les connaissances scientifiques et techniques, de résoudre les problèmes nouveaux ou non encore traités* ». ²¹

6. Quand elle est fondamentale, elle concourt à l'analyse des propriétés, des structures, des relations mutuelles des objets et des êtres qui composent l'univers, en vue d'organiser en lois générales, au moyen de schémas explicatifs et de théories interprétatives, les faits dégagés de cette analyse. L'exposé des motifs de la Loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche voit dans la recherche fondamentale « *le fondement d'une forme de solidarité internationale, un bien public mondial que la France et l'Europe ont la responsabilité de promouvoir* »²² Ces travaux de recherche fondamentale sont entrepris soit par pure curiosité scientifique²³, « *soit pour apporter une contribution théorique à la résolution de problèmes techniques* »²⁴. Une telle définition montre déjà la place désormais mineure qui est celle de la recherche fondamentale ; la recherche fondamentale dite orientée n'étant rien d'autre que de la pré-recherche appliquée : une sorte de préalable à la recherche appliquée. Les travaux de cette dernière sont entrepris selon le Pr. Yves REBOUL « *pour discerner les applications possibles des résultats d'une recherche fondamentale, soit pour trouver des solutions nouvelles permettant d'atteindre un objectif déterminé choisi à l'avance en vue de satisfaire un besoin de l'Humanité.* »²⁵

Nous sommes là, bien loin de la recherche ainsi qu'elle était entendue par ESTIENNE loresqu'il écrivait en 1539 « *La recherche, mot dérivé du bas latin circare (aller-retour) est l'ensemble de travaux, d'activités intellectuelles qui tendent à la découverte de connaissances nouvelles (sciences) ou des moyens d'expression (arts et lettres)* ». L'éloignement constaté tient à la finalité de la recherche qui est l'application, la mise en place de procédés utiles qui constituent une avancée technique²⁶. Il tient aussi aux moyens juridiques que la recherche se donne pour y parvenir.

²⁰ Gen. Chap1, verset 28 « Dieu les bénit et Dieu leur dit: Soyez féconds, multipliez, remplissez la terre, et l'assujettissez, et dominez sur les poissons de la mer, sur les oiseaux du ciel, et sur tout animal qui se meut sur la surface de la terre », La bible traduction de Louis SEGOND.

²¹ Nous nous en tiendrons à cette approche de la recherche scientifique. V. cependant pour de plus amples informations : Kuhn T. S. , La structure des révolutions scientifiques, Flammarion 2ème ed. 1983.

²² Voir à l'adresse: www.legifrance.gouv.fr/actualite_legislative/2005-450 Dossier législatif de l'Assemblée Nationale.

²³ C'est ce que l'on appelle : recherche fondamentale libre.

²⁴ C'est ce que le Pr. Reboul Y., a nommé la « recherche fondamentale orientée », *Les contrats de recherche*, collection du CEIPI, Litec, 1978 p.3

²⁵ Idem.

²⁶ Les fins, les moyens et les démarches des deux recherches ne sont pas semblables mais il est clair qu'elles ne sauraient s'ignorer selon Louis de Broglie qui estime « *que la technique industrielle ne*

La finalité de la recherche a, en effet, radicalement changé depuis la révolution industrielle en Europe occidentale²⁷.

La dernière illustration de cette évolution est celle contenue dans l'exposé des motifs de la loi n° 2006-450 du 18 Avril 2006 qui place à côté de la recherche fondamentale, une recherche dite à « *finalité sociétale* »²⁸ et une autre à « *finalité économique* »²⁹. Le droit ne pouvait pas ignorer un tel changement.

En tant que reflet de l'état de la société, le droit ne pouvait qu'en prendre acte. En tant que phénomène d'organisation, il se devait de fournir les mécanismes adéquats pour soutenir ce changement³⁰. En tant que phénomène d'encadrement, il se devait d'en modérer les excès³¹.

7. Ainsi, la réponse la plus claire du droit à l'essor de la science appliquée³² a été l'organisation d'un régime qui en garantisse le développement et la pérennité à travers un système de récompense des efforts, qu'ils soient intellectuels³³ ou financiers³⁴ dans un environnement économique marqué par la liberté

progresses que grâce aux apports de la science pure ». Il faut dans ce sens considérer aussi que « la recherche n'est pas un spectre discontinu mais, au contraire un spectre continu » (Scott H. in OECE, *L'organisation de la recherche appliquée*, Conférence, Nancy, 11-13 Nov. 1954, cité par le Pr. Mousseron dans son *Traité des brevets d'invention*, p. 5.)

²⁷ Certains auteurs cependant, à l'instar du Professeur **Reboul** estiment que l'union entre la recherche pure et la recherche appliquée, du savoir et de son application est un phénomène récent que l'on peut faire remonter à l'apparition du concept de « recherche-développement », c'est à dire à la deuxième moitié du 20^{ème} siècle. V. dans ce sens **Morand J. Cl.**, *Recherche, progrès technique et dimension des entreprises*, th. Sc. Eco.Nancy 1968 ; **Saint Paul R.**, *Recherche et développement*, Paris éd. Dunod 1966.

²⁸ Selon les promoteurs de la loi : « la recherche à finalité sociétale vise à fournir des données scientifiques et technologiques en réponse aux interrogations et attentes que peuvent exprimer la société et nos concitoyens dans de nombreux domaines : santé, environnement, développement durable, sécurité, etc » (Voir à l'adresse: www.legifrance.gouv.fr/actualite_legislative/2006-450 Dossier législatif de l'Assemblée Nationale.)

²⁹ Dans la philosophie de la nouvelle loi: « La recherche à finalité économique est indispensable, car elle est la clé de la transition vers une économie fondée sur la connaissance. Elle doit être renforcée pour que la France atteigne le niveau des pays les plus performants. Ceci passe par un accroissement massif de la recherche et développement des entreprises, dont la compétitivité est toujours plus fondée sur l'innovation. Le développement des secteurs de haute technologie dépend en particulier de la création et de la croissance de très nombreuses entreprises intensives en recherche, beaucoup d'entre elles étant issues des découvertes des laboratoires. » (Voir à l'adresse: www.legifrance.gouv.fr/actualite_legislative/2006-450 Dossier législatif de l'Assemblée Nationale.)

³⁰ Ont ainsi été promus : les principes de liberté d'entreprendre, de la recherche etc...

³¹ Sur ce dernier aspect faire référence aux questions de bio éthique qui sont récents et semblent découler du deuxième mouvement de l'introduction (du savoir-faire aux savoirs)

³² Sur l'essor de la recherche appliquée tant en termes de personnes qualifiées impliquées, de moyens alloués, que de résultats obtenus, v. **Reboul Y**, op.cit. pp.7-8 pour les années 60 et 70 en France.

³³ Elle repose sur le principe selon lequel chaque peine mérite salaire et le droit intellectuel vient seulement récompenser cet effort dans la stricte mesure nécessaire à encourager l'innovation. **Roubier P**, *Le droit de propriété industrielle*, T. 1 n° 1 et 6. Cette théorie de la récompense semble imprégner le droit communautaire (CJCE, 31 octobre 1974, « Centrafarm c. Sterling drug », Aff. 15/74, Recueil, p. 1147). La théorie de la récompense est très voisine de celle dite de **jus naturalisme** qui consiste à mettre en avant les intérêts de l'inventeur qui a le droit de recevoir les utilités de ce qu'il a inventé sous réserve de l'intérêt général.

Il faut dès l'abord noter que cette dernière théorie offre des perspectives de développement plus satisfaisantes au regard du savoir-faire traditionnel qui implique une prise en compte adéquate de l'intérêt des communautés autochtones.

³⁴ Cette théorie est avancée sous la dénomination de protection de l'investissement. Elle correspond à une conception qui s'est faite jour dans la période contemporaine et qui considère que tout effort d'investissement mérite une protection par un droit privatif. Cette théorie poussée à l'extrême conduit à une érosion du domaine public par une négligence des conditions de brevetabilité classiques que déplorent les Professeurs **Vivant** (« L'irrésistible ascension des droits de propriété intellectuelle »,

d'entreprendre³⁵. Le droit des inventions, disait-on, « ne peut s'épanouir que dans des sociétés de commerçants entreprenants et ouverts »³⁶. Déjà en 1899, Eugène POUILLET, dans la préface au célèbre ouvrage « *Le traité des brevets* », fixait les termes de ce véritable pacte social. Selon l'éminent auteur, « *L'inventeur ne peut exploiter sa découverte sans la société ; la société ne peut en jouir sans la volonté de l'inventeur ; la loi, arbitre souverain, est intervenue, elle a garanti à l'une, la jouissance exclusive et temporaire ; à l'autre, une jouissance différée mais perpétuelle. Cette solution, transaction nécessaire entre les principes et les intérêts constitue le droit actuel des inventeurs, droit naturel ou droit concédé, propriété ou privilège, indemnité ou rémunération, ce résultat a été regardé universellement comme le règlement le plus équitable des droits respectifs.* »³⁷

8. Dans ce nouvel environnement d'innovation et de compétition, l'on en est très vite venu au constat qu'un seul mécanisme juridique pouvait prétendre faire un écho acceptable à la recherche de solutions utiles aux défis technologiques : le brevet d'invention. Il suffit de lire l'article 1^{er} de la Convention d'union de Paris du 20 mars 1883 qui dispose : « *la protection de la propriété industrielle a pour objet les brevets d'utilité, les dessins ou modèles industriels ...* » pour se rendre compte que le brevet est envisagé comme le mécanisme de référence de la propriété industrielle. C'est en cette qualité qu'il occupera une place prépondérante tant dans la réflexion de la doctrine³⁸ que dans les décisions de juridictionnelles³⁹. C'est donc tout naturellement que la doctrine, suivie en cela par la jurisprudence, a fait du savoir-faire un phénomène marginal des brevets⁴⁰.

Mélanges C. Mouly, Litec, 1998, T. 1, p. 441.) et Pollaud-Dulian, F., *Droit de la propriété industrielle*, Monchrestien 1999, p. 5).

³⁵ De ce point de vue le système de propriété industrielle peut se voir comme un modérateur de la liberté d'entreprendre où en principe les opérateurs économiques peuvent reproduire librement les biens non appropriés par autrui. C'est donc naturellement que l'on ne relève pas de traces d'un tel système dans l'Europe du moyen-âge et de l'ancien régime, où l'application des techniques était contrôlée par les corporations qui tendaient à perpétuer les méthodes de production plus qu'à innover ; Roubier P. *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Sirey 1952, p. 13 ; Szramkiewicz R, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, 1989, n° 278 s. Un tel système a tardé à voir le jour dans les pays à économie planifiée de type socialiste en raison de l'absence d'entreprises privées. Certains auteurs tels que Van Den Bussche C. (La protection pénale contre l'espionnage des secrets d'affaires, PA n°135 du 10 nov.1995), parlent même de « démocratie industrielle ».

³⁶ Pollaud-dulian F., *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 118

³⁷ Pouillet E., *Le traité des brevets*, 4^{ème} édition 25 janvier 1899. Extrait reproduit entre autres sur : www.progexpi.com/htm7.php3, consulté le 12/01/2006, à 16h 49.

³⁸ Pour une bibliographie non exhaustive des travaux de doctrine qui n'envisagent le savoir-faire que dans les considérations entourant le brevet d'invention : Chavanne A. et Burst J.-J., *Droit de la propriété industrielle*, 5^{ème} ed. Précis Dalloz 1998 ; De Haas Ch, *Brevet et médicament en droit français et en droit Européen*, Litec 198 ; Mathély P., « Le droit français des brevets d'invention », *Journal français des notaires et des avocats*, 2^{ème} ed. 1991 ; Phelip B., *Droit et pratique des brevets d'invention*, 3^{ème} ed. Masson Delmas 1989 ; Roubier P., *Le droit de la propriété industrielle*, T. 1, Sirey, ; Schmidt-Szalewski J. et Pierre J.-L., *Le droit de la propriété industrielle*, Litec, 1999.

³⁹ Foyer J., « *Le droit processuel de la propriété industrielle* », in *Ecrits en hommage à Gérard CORNU*, PUF, 1994, p. 158

⁴⁰ Pour certains auteurs dont les Prs Foyer J., et Vivant M., le savoir-faire est une réalité « entourant » le brevet. Pour ces auteurs, « qui ignore le brevet à des chances de se perdre en *terra incognita* », *Le droit des brevets*, Coll. Thémis, PUF, 1991, pp. 398 et 474.

9. Tout le droit de la propriété industrielle est un droit d'exception essentiellement caractérisé par l'interventionnisme du législateur. Par les éléments de qualification qu'il a retenus, le droit de la propriété intellectuelle ne laisse accéder à la protection par monopole qu'une partie du phénomène des connaissances utiles, techniques et formalisées. Le critère d'appropriation comme essence des biens juridiques conforte le système sélectif de la propriété industrielle vis-à-vis du savoir-faire qui *stricto sensu* ne relèverait pas de cette catégorie.

10. L'expression de savoir-faire constitue, on le sait, la traduction officielle du concept anglo-saxon « *Know-how* »⁴¹. Le débat purement terminologique entre le « *Know-how* » et le savoir-faire n'a en fait que peu d'intérêt puisque la pratique⁴² ainsi que la jurisprudence⁴³, suivant en cela le législateur⁴⁴ et la doctrine⁴⁵, en font de parfaits synonymes. Il est plus instructif pour notre étude de s'intéresser à la définition que reçoit le savoir-faire en droit positif.

La recherche d'une définition du terme savoir-faire en droit interne présente une surprise qui n'est pas à négliger. En effet, aucun texte législatif ou réglementaire en droit interne ne le mentionne ni ne comporte de définition de ce terme⁴⁶. Un examen des sources légale et jurisprudentielle révèle une notion, qui se combine ou qui parfois se confond avec d'autres termes.

Il ressort de ce qui précède que la notion de savoir-faire est une construction de la doctrine et que son autonomie est encore à acquérir. C'est donc auprès de « *sources dérivées* »⁴⁷ du droit interne qu'il faut rechercher une approche de la notion de savoir-faire.

⁴¹ L'expression complète étant "Know how to do it", on notera que le savoir-faire est avant tout une connaissance qui permet de faire, c'est-à-dire une connaissance applicable à tout le moins. Cette lecture étymologique de l'expression soutiendra notre recherche d'une définition essentielle de ce qu'est le savoir-faire.

⁴² Association Internationale des Professionnels de la Propriété Industrielle (AIPPI) Congrès de Mexico, 1972.

⁴³ CA Douai, 16 mars 1967, D. 1967, jur., p. 637, note G. Plaisant; CA Amiens, 18 juill. 1974, D. 1976, jur., p. 703, note J-M Mousseron et M. Vivant; CA Paris, 24 janv. 1975, PIBD 1975, III, p. 323; CA Paris, 29 nov. 1995, PIBD 1996, III, p. 109. Cependant, la consécration de cette traduction du vocable anglophone de know how est intervenue à travers un arrêté du 26 mai 1970, JCP 70, III, 88, 447.

⁴⁴ C. Propr. intell. Art. L621-1, art. R. 624-1 et s.; Arrêté du 26 mai 1970, relatif aux contrats avec l'étranger portant sur l'acquisition ou la session de droits de propriété industrielle et de tous éléments intellectuels d'aide scientifique et technique.

⁴⁵ Mousseron J-M, « Les problèmes juridiques du know-how », *Cah. Dr. entr.* 1972, n° 1, le know-how, Rep. Com., Dalloz, secret et contrat, *Mélanges Foyer*, PUF, 1997, p. 257; Malaurie-Vignal, Ch. « La protection des informations privilégiées et le savoir-faire », *D.* 1997 107; Fabre, *Le know how et la propriété industrielle*, Litec 1974; *Le know-how, sa réservation en droit commun*, Litec 1976 et Fabre, *juris-Classeur Brevets*, Fasc. 120, n° 11; Dessemontet, *Le savoir-faire industriel en droit américain*, Droz, Genève, 1974; Azema J, *Travaux de la 5^{ème} rencontre de la propriété industrielle, le savoir-faire*, Montpellier, Litec, 1976; Burst J-J., *Commercialisation du know-how*, *Actu. Dr. Ent.*, n° 7, Litec, 1976; V. enfin Mathély P., in *Le nouveau droit français des brevets d'invention* précité p. 20 où l'auteur écrit: « Le meilleur moyen de protéger le savoir-faire est de le garder secret; car le secret correspond bien à la nature de ce qui constitue le know-how ».

⁴⁶ Tel est aussi le cas de l'expression « secret d'affaires » qui est presque inexistant dans les textes légaux.

⁴⁷ Il eut été plus conforme à l'opinion de la doctrine majoritaire (Terré F., *Introduction générale au droit*, 4^{ème} éd. Dalloz 1998 p. 256; Malaurie Ph. et Aynès L., *Droit civil: Introduction générale*, Cujas,

11. La doctrine, remplissant son office, en propose une grille de lecture⁴⁸ moyennant une activité foisonnante depuis les années 1970⁴⁹.

Le savoir-faire est, selon le Pr. Paul MATHELY : « *Un ensemble de connaissances et d'expériences*⁵⁰, *directement applicables dans la pratique, et servant à une exploitation industrielle* »⁵¹. De cette définition, il faut retenir qu'elle mentionne un « *ensemble de connaissances et d'expériences* » dont les qualités requises sont de pouvoir recevoir une application directe dans la pratique et de servir à une exploitation industrielle. Une telle définition limite pourtant prodigieusement le champ du savoir-faire en question. En effet, par la mention d'une exploitation industrielle, elle cantonne le savoir-faire à une dimension de « sous-brevet » ou de « pré-brevet ». La conception industrielle apparaît plus clairement dans la définition que le Pr. MATHELY en propose. Pour cet éminent auteur, le savoir-faire « *mérite une mention spéciale en raison de ses liens avec le droit des brevets* »⁵², qui une fois encore sert de référence en matière de protection de connaissances appliquées ou pratiques. Il ne faut donc pas s'en tenir à une telle définition d'autant que le savoir-faire est une catégorie quelque peu hétérogène qui rassemble des connaissances techniques diverses dont un autre point commun est qu'elles ne sont pas couvertes par un droit privatif.

12. Une autre définition proposée par le Pr. MOUSSERON énumère mieux les éléments constitutifs. Elle comporte néanmoins un tempérament au regard du sujet de notre étude. Il importe cependant de mentionner cette définition : « *le savoir-faire consiste finalement en un ensemble d'informations pour la connaissance desquelles une personne, désireuse de faire des économies d'argent et de temps est prête à verser une certaine somme (...)* »⁵³

1991, p. 267 ; Larroumet Ch., *Droit civil : Introduction à l'étude du droit privé*, 2^{ème} éd. 1995 n° 156, p.94) d'utiliser le terme « *autorité* », mais, nous utilisons à dessein cette formule pour rendre compte de ce que la doctrine exhume par son travail de systématisation et de recherche les qualifications qui se cachent derrière les termes parfois imprécis de la loi. La principale étant la loi qui dans notre cas se montre muette ou presque, ne rendant compte du savoir-faire que dans une nébuleuse de notions voisines, parfois synonymes telles que : secrets de fabrication (L621-1 du code de la Prop. Intell.)

⁴⁸ Voir pour le droit suisse et sa doctrine, les nombreuses définitions recensées par A. Blatter, « Der Schutz des Know-how im arbeitsertragsrecht », insbesondere die auslegung von Art.321 A IV OR. Diss. Bern.1982. XVI, p.8

⁴⁹ Hormis les travaux de l'AIPPI, il convient de citer ceux, en suisse, de Dessemontet, F., « Le contrat de savoir-faire en droit Suisse », Rapport présenté à la journée d'informations du 17 juin 1981 du groupe suisse de la Licensing Executive society (LES), Genève 1981, pp. 1-28 ; du même auteur, « Les accords de confidentialité », in *Mélanges Pierre ENGEL*, ed. par Dessemontet François/Piotet Paul, Lausanne 1989, pp. 27-37 ; en Allemagne de Pfitzer, B. « Das technische Geheimnis « Know-how » als Vermögensrecht, München 1974.XXII, 187p.-En droit comparé nous citerons les travaux de Soltysinski, S., « Are trade secrets Property ? » In ICC 1986, pp. 331-3356; Wise, A., Trade secret and Know-How throughout the world. Vol. 3et 4 New York 1976 (publications à feuillets mobiles.)

⁵⁰ C'est nous qui soulignons.

⁵¹ Mathély, P., *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, LJNA, 1991, p. 14

⁵² Idem

⁵³ Définition adoptée par le Pr. Pollaud-dulian, *Droit de la propriété industrielle*, précité, p. 318, n°754 ; Chavanne, A et Burst,J-J., précis, 5^è éd. N°613.

Pareille approche permet à l'auteur de proposer la définition suivante du savoir-faire: « *connaissances techniques* ⁵⁴ , *transmissibles, non immédiatement accessibles au public* »⁵⁵. Cette définition, pour être pleinement opérationnelle et recouvrir le champ réel de son objet, ne peut faire l'économie d'une certaine lecture du terme « *technique* ».

En effet, si technique veut dire « *à application industrielle* », il faudra considérer que le savoir-faire commercial, par exemple, qui est souvent l'élément essentiel des contrats de franchise et qui ne porte pas sur des techniques industrielles mais sur des procédés commerciaux ou des méthodes de gestion, n'est pas concerné par une telle définition. Une telle conception amputerait considérablement la définition de son contenu réel. Le terme « technique » étant toutefois présent dans la quasi-totalité des définitions qui ont été proposées, la lecture qu'il convient d'en faire n'est plus unitaire. Technique veut dire aussi « pratique, utile, industriel ». Nous retiendrons comme illustration de cette ouverture dans l'acception du terme « technique » la définition qu'a donnée l'AIPPI⁵⁶ en 1974 lors de sa réunion du Comité exécutif et du Conseil des présidents de Melbourne. Il a été à cette occasion proposé que l'on « *appelle savoir-faire (know-how) des connaissances et expériences de nature technique, commerciale, administrative, financière ou autre, qui sont applicables dans la pratique pour l'exploitation d'une entreprise ou l'exercice d'une profession* »⁵⁷

Il est cependant utile de relever la particularité de cette approche du Pr. MOUSSERON qui fait entrer dans la sphère de la définition, la nécessaire et indispensable utilité des connaissances constituant le savoir-faire pour une personne autre que le détenteur. Ainsi, c'est le désir qu'aura la personne qui postule au savoir-faire de bénéficier du potentiel utile de ces informations, qui donne corps au savoir-faire.

13. L'on peut ne pas partager cette proposition de définition essentiellement économique du savoir-faire, mais il convient de constater qu'elle présente l'avantage principal de refléter la réalité et de justifier l'intervention du droit car le savoir-faire ainsi entendu se voit invariablement attribuer une valeur économique.

Cette conception a été très tôt adoptée par la Chambre commerciale de la Cour de Cassation, à l'occasion d'un arrêt du 13 juillet 1966 dans lequel les juges ont estimé que : « *c'est à bon droit qu'une Cour d'Appel énonce qu'en révélant à un établissement industriel des procédés ou des tours de main d'œuvre encore ignorés de celui-ci et que ce dernier n'aurait pu découvrir lui même, qu'au prix de*

⁵⁴ C'est nous qui soulignons.

⁵⁵ Mousseron, J.-M. , *Cahiers dr. Entr.*, 1977 et traité précité, n° 12

⁵⁶ Association Internationale des Professionnels de la propriété intellectuelle.

⁵⁷ Annuaire AIPPI, 1974, p. 47.

longues recherches et de tâtonnements coûteux, le concédant fournit à son co-contractant un avantage appréciable⁵⁸ dont il est ainsi autorisé à subordonner l'octroi au versement de redevances »⁵⁹.

14. Au plan communautaire, le savoir-faire est défini par le règlement n° 240/96 du 31 janvier 1996 en son article 10 comme « *un ensemble d'informations techniques qui sont secrètes, substantielles et identifiées de toute manière appropriée* »⁶⁰. Cette formulation avait été déjà retenue par le texte précédent⁶¹, montrant ainsi une certaine constance dans l'approche communautaire de la définition du savoir-faire. La jurisprudence française a pourtant, concomitamment à cette recherche générale de contenu, « *manqué de rigueur* »⁶² dans la définition d'une terminologie adéquate⁶³.

Le savoir-faire ainsi présenté est un accessoire du brevet. Une somme de connaissances permettant de porter l'utilisation du brevet à un degré optimal de satisfaction des besoins exprimés.

Une approche terminologique concise ne semble pas non plus figurer au nombre des priorités des législations étrangères⁶⁴.

15. Quoiqu'il en soit, le savoir-faire prend de l'importance et de ce fait va attirer l'activité juridique vérifiant ainsi l'idée selon laquelle : « *compte tenu de la complexité des techniques actuelles, le savoir-faire revêt une importance économique croissante* »⁶⁵. En effet, l'opacité croissante des descriptions des brevets a fait que ceux-ci ont cessé d'être, même pour les spécialistes, des sources d'informations, sans l'aide du savoir-faire qui les accompagne. Cet état de fait accentue l'importance du savoir-faire dont on dira désormais, en accord avec Mme EMINESCO, qu'il est un concept « *prodigieux dont la destinée a, d'ores et déjà étendu son ombre sur l'avenir du droit des brevets* »⁶⁶.

Comme par un retour de balancier la technicité des connaissances qui a permis de donner corps au régime formalisé des brevets est celle-là même qui redonne de la

⁵⁸ C'est nous qui soulignons.

⁵⁹ Cass. Com. 13 juil. 1966, JCP 67 II. 15131, note Durand ; Ann. prop. ind. 1967. 227.

⁶⁰ Cette définition est la reprise de l'article 1er-7 du règlement européen n° 2349/84 du 23 juillet 1984 abrogé à compter de 1996. V. sur ce point : JCP E, 1996.III. 67889 ; commentaire par G. Bonnet, JCP E, 1996. I. 544, RTDE, 1996, p. 305, S. Pruzzeto, D. Aff., 1996, chr.1115. Sur l'ancien règlement sur les accords de savoir-faire n° 556/89 du 30 novembre 1988 (JOCE, L. 61 du 4 mars 1989, p.1), voir dossier des Cahiers dr. Ent. 1989/1.

⁶¹ Le règlement européen n° 2349/84 du 23 Juillet 1984.

⁶² Weniger O., *La protection des secrets économiques et du savoir-faire*, précité, p. 123.

⁶³ Cass. com., 18 janv.1966, annales 1967,p.103 ; Cass. Com. 25 Avr. 1967, annales 1968, p.283 et 284 ; Cass. com. 5 déc. 1978, annales 1979, p.372.

⁶⁴ En Europe, l'on peut mentionner le cas de l'Allemagne où les appellations fluctuent selon la loi envisagée (Cf Weniger, O. précité p. 121 et les lois allemandes citées, note 624 à 626). En Suisse, l'article 321-a alinéa 4 du Code des Obligations du 30 mars 1911 mentionne les secrets de fabrication et d'affaires. Les articles 1 (f) et (g) de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 a parlé de secrets de fabrication ou commerciaux avant de s'aligner dans sa nouvelle rédaction sur les termes de l'article précité du Code des obligations.

⁶⁵ Weniger O., *La protection des secrets économiques et du savoir-faire*, précité., p. 15

⁶⁶ Eminesco Y., « Unité et diversité dans la protection des idées non brevetables en droit socialiste », précité p.219

vigueur et de l'importance au savoir-faire. On a pu affirmer que le savoir-faire était un phénomène périphérique du droit des brevets ; c'est l'occasion d'inverser l'affirmation pour dire que les brevets les plus techniques sont totalement inopérants sans la transmission du savoir-faire adéquat. Plus le brevet est sophistiqué, plus le savoir-faire acquiert de l'importance. Plus la technicité de l'invention est poussée, plus l'apport d'informations relatives à son exploitation, mais qui ne sont pas protégées par le brevet, est cardinale.

L'importance du savoir-faire qui se révèle au niveau de l'exploitation des brevets soulève une interrogation qui nous replonge au centre de notre étude : quelle est la place des savoirs et des savoir-faire dans la mise au point de l'invention ? Quelle est la place de ces savoir-faire dans le cas des inventions liées à la biodiversité et aux ressources génétiques pour lesquelles les savoirs des sociétés traditionnelles et des communautés autochtones sont importantes voire déterminantes ? Présentant tous la caractéristique commune d'être des connaissances utiles pour la recherche fondamentale, pour la recherche appliquée et pour l'exploitation des résultats de ces dernières, le chemin qui mène du savoir-faire aux savoirs traditionnels était vite parcouru.

II. LE RENOUVEAU DE LA PROBLEMATIQUE.

16. Le savoir-faire est ce qui ne peut être breveté ou ce qui ne l'a pas encore été ou encore ce qui ne le sera pas par pure volonté de son détenteur. Il peut alors être vu comme une somme de connaissances qui ne rentrent pas dans les conditions rigides de qualification du brevet et qui, de ce fait, se prêtent à un commerce juridique moins contraignant. Son importance a été révélée par la pratique et l'essor des biens incorporels de nature informationnelle. Ceci a déclenché un engouement dont les particularismes méritent que l'on s'y arrête un instant.

17. Les fichiers clients des entreprises ont acquis une valeur qui rend possible leur cession à titre onéreux. La collecte, le séquençage et la vente des adresses électroniques des internautes se vulgarisent. De simples informations, à partir du moment où elles sont utiles, sont l'objet d'une exploitation économique qui les projette *de facto* dans le commerce juridique.

18. Il est avéré que près de 70% de médicaments qui sont mis au point proviennent des plantes⁶⁷ et les découvertes les plus révolutionnaires en matière de

⁶⁷ Chesney Mc., « Biological diversity, chemical diversity and the search for new pharmaceuticals », in *Medicinal resources of the tropical forest : biodiversity and its important in human health*, 1996, p. 12 ;

produits pharmaceutiques sont liées à la matière végétale⁶⁸. 25% des médicaments « modernes » dérivent de plantes utilisées tout d'abord en médecine traditionnelle⁶⁹ et des divers usages qu'en font les populations indigènes et traditionnelles. Rendant compte de ceci, Lucas GRENVILLE soutient que de telles plantes sont à la base des principales découvertes de ces 150 dernières années⁷⁰.

Ce n'est pas dire qu'en cette matière les minéraux et les produits organiques qui se trouvent à l'état naturel ne sont pas concernés, bien au contraire. La science, plus que jamais, est en train d'imiter la nature après avoir essayé de s'en détacher, de la maîtriser et de la recréer.

19. Comme la nature est diverse, il a fallu s'adapter aux caprices de la géographie qui fait que les instituts de recherche les plus performants se situent au Nord et les réserves végétales les plus riches se situent au Sud. La pratique de la recherche scientifique s'en est très vite accommodée, incitée en cela par l'industrie cosmétique et pharmaceutique⁷¹. Les campagnes de collecte s'organisent et se multiplient. Dans cette course à l'innovation, il subsiste un problème quant à la célérité et au coût des recherches. En effet, il est techniquement possible de procéder à un séquençage systématique et à un criblage moléculaire⁷² des plantes récoltées dans les forêts tropicales afin de découvrir les propriétés curatives et/ou utiles de la variété végétale.

Ces méthodes de plus en plus perfectionnées ne semblent pas résoudre le problème⁷³ puisque la mise au point de nouveaux médicaments exige toujours des laboratoires de gros risques financiers : plusieurs dizaines d'années de recherche peuvent ne jamais aboutir à un médicament commercialisable. On évalue entre 150 et 800 millions d'Euros le coût du développement d'un médicament. Peu de

⁶⁸ Nous en citerons à titre d'exemple, certains qui ont contribué au progrès de la médecine à travers la mise au point de spécialités pharmaceutiques : **Ginko Biloba** dont le principe actif est utilisé dans le traitement des insuffisances cérébrales, troubles du vieillissement, artériosclérose, problèmes de coagulation sanguine ; **Armoise** (*artemisia annua*) dont le principe actif est l'artémisinine utilisé dans le traitement du paludisme et de la fièvre ; **Digitale pourpre** (*digitalis purpurea*) dont les principes actifs sont la digitaline et la dogoxine utilisés dans le traitement des troubles cardio-vasculaires ; **If commun** (*taxus baccata*) dont les principes actifs nommés taxol et taxotère sont utilisés en cancérologie. A cette liste on peut ajouter : la pervanche de Madagascar, le colchique d'automne, le pavot somnifère, le saule blanc dont a été tirée l'acide salicylique (aspirine), la belladone, l'échinacée pourpre, la gloriosa superba, datura stramoine.

⁶⁹ Communiqué OMS/38 du 16 mai 2002, sur le lancement de la 1^{ère} stratégie mondiale pour les médecines traditionnelles ou parallèles, www.who.int/info.

⁷⁰ Grenville, L., "Plant collecting and conservation" in *plant hunting for Kew*, ed. Nigel Hepper, F., 1989, pp. 215 où l'auteur écrit : " *uses by local peoples have been the starting point for all the major Floras Kew has produced over the last 150 years*" ; Schwartzman, D., *Innovation in the Pharmaceutical Industry*, Baltimore: 1976 Johns Hopkins Press.

⁷¹ D'autant que le marché mondial des produits pharmaceutiques mis au point à partir de connaissances traditionnelles a été estimé en 1995 à 43 milliards de dollars américains, (Indigenous peoples, drugs and Health, COURTS Canada IPBN Factsheet Nov. 1995)

⁷² Appelé en anglais "Screening", le criblage est un ensemble de tests de pharmacologie expérimentale. Il a permis la mise au point de molécules aux propriétés insoupçonnées qui ont constitué des chefs de file (*Lead compounds*) de séries pharmacologiques innovantes. Certains de ces chefs de file ont été directement commercialisés en tant que médicaments.

⁷³ Griffith, V., «Biotech reaches a turning point in its evolution», *Financial Times*, 17 décembre 2003. p. 16.

molécules naturelles possèdent un indice thérapeutique optimal, une activité pharmacologique très ciblée ou des caractéristiques galéniques favorables. Ceci justifie⁷⁴ en partie les années et les moyens considérables qui sont investis pour modifier la structure originale des molécules naturelles par des aménagements chimiques⁷⁵ ou des pharmacomodulations⁷⁶ afin de conférer à cette molécule naturelle des propriétés plus favorables. Une autre approche consiste à ne conserver que les requis structuraux nécessaires à l'activité lorsque ceux-ci sont connus et à les exprimer dans un environnement moléculaire nouveau⁷⁷. Une troisième approche est celle de l'analogie structurale qui permet aux chimistes de synthétiser des molécules fortement inspirées des structures naturelles actives. Autant de méthodes de mise au point de nouveaux médicaments qui malgré leurs avantages indéniables dans l'innovation pharmaceutique ont besoin d'un élément décisif dans une branche d'activité marquée par une forte concurrence.

20. En effet, le développement et la commercialisation des médicaments se faisant dans un environnement fortement concurrentiel, il était utile de rechercher la plus value informationnelle qui permettrait, à la fois, un gain dans le temps de recherche et une économie financière non négligeable. L'importance des savoirs ou du savoir-faire traditionnel relatif à l'utilisation de ces plantes et autres produits naturels est dans ce sens, grande. Un tel savoir-faire permet en effet de faire un ciblage plus direct dans les applications thérapeutiques envisagées. De plus, les dossiers que les ethnopharmacologues arrivent à établir contiennent souvent des indications sur les dosages ainsi que sur les effets observables dans l'utilisation des plantes en question. Sans pour autant qualifier ces derniers dossiers de dossier toxicologique, il faut dire que leur utilité dans la conduite de la recherche en vue de la mise au point d'un médicament est évidente et grandissante⁷⁸. Il demeure néanmoins vrai que le travail de recherche reste toujours à effectuer et que, comme le souligne le Pr. François TILLEQUIN⁷⁹ « *A l'exception de la quinine, de la morphine et de la pénicilline, le produit extrait de la plante ne constitue pas le principe actif réellement utilisé en thérapie* ». Même si on ne tire rien de la plante en terme de substance finie et prête à l'usage, la recherche moderne en tire une

⁷⁴ Adenot M, *La pharmacochimie*, Que sais-je ? PUF 1997, p. 5

⁷⁵ Un aménagement chimique est une modification structurale n'affectant pas les pharmacophores mais permettant d'améliorer l'environnement moléculaire dans le but d'optimiser l'action pharmacologique ou de contourner les problèmes de mise en forme galéniques tels que l'instabilité chimique, la mauvaise solubilité.

⁷⁶ Une pharmacomodulation est une modification structurale affectant généralement les pharmacophores dans le but de moduler l'activité, de dissocier les activités, d'améliorer la spécificité d'action au niveau d'un certain type ou sous type de récepteurs.

⁷⁷ Qui font appel à des techniques comme la simplification moléculaire, la substitution, l'oxydation ou la réduction, l'isométrie de position, l'inversion de configuration sur les carbones asymétriques (l'énoncé de ces techniques n'est pas exhaustif.)

⁷⁸ Sur cette importance grandissante voir Cox, P. A., « Ethnopharmacology and the search for new drugs », in *Bioactive compounds from plants*, ed. Chadwick & Marsh 1990;

⁷⁹ Chercheur et enseignant à la faculté de pharmacie de Paris.

idée, un modèle⁸⁰. A partir de ce dernier, il est possible de procéder à l'élaboration d'une molécule dont on va rechercher le meilleur rapport activité-toxicité⁸¹. On le constate, il y a encore dans le processus d'élaboration et de création d'un nouveau médicament, une large part laissée à l'inventivité des chercheurs.

21. La question de savoir si la recherche pharmaceutique doit s'affranchir des ressources récoltées à l'état naturel n'est pas pour autant tranchée et les avis divergent encore comme en témoignent ces propos rapportés par M. C. MACILWAIN dans la revue scientifique *Nature* : « *Avec les améliorations de la synthèse chimique, qui surviennent dans un climat d'hostilité à l'égard de la protection que confèrent les brevets et des entreprises commerciales liées à la mise au point de produits naturels en général, on assiste maintenant à une mise en question de l'utilité des activités de Recherche-Développement⁸² visant les produits naturels . David GALAS, président de la société de biotechnologie Darwin Molecular, croit que les produits naturels sont maintenant complètement délaissés. Il ajoute que très franchement, l'idée d'exploiter la forêt ombrophile pour y trouver des médicaments extraordinaires n'est pas crédible* »⁸³ .

Toutefois, d'autres sont d'avis que la science mérite davantage de R &D. Le vice-président chargé des nouveaux médicaments chez Cerylid, R. Murray TAIT, a déclaré que « *c'est une honte qu'un nombre aussi élevé de grandes sociétés pharmaceutiques ait abandonné les produits naturels juste au moment où la technologie avait réussi à améliorer le processus de façon aussi spectaculaire.* »⁸⁴

22. Les difficultés juridiques rencontrées lors de ces différentes campagnes de collecte sont des plus diverses et se prêtent difficilement à une lecture univoque. Il est intéressant de se reporter pour cela au cas français de la Guyane. L'expérience de l'IRD⁸⁵, anciennement l'O.R.S.T.O.M⁸⁶ qui a été rapportée⁸⁷ en est une

⁸⁰ On comprend aisément à cet égard que l'exploitation ethnopharmacologique des pratiques ancestrales mette sur la piste et oriente plus rapidement vers la molécule recherchée. De ce point de vue, les pratiques ancestrales et les procédures biotechnologiques telles que le transfert de gènes sont en concurrence car les deux sont source d'efficacité et de gain en compétitivité.

⁸¹ Dans un très intéressant article consacré par la revue *La recherche* n° 314 pp.70-73, de novembre 1998 et intitulé « *Quels anti-bactériens pour après demain ? Outils et concepts nouveaux relancent la recherche industrielle* », Jean-françois Desnottes expose clairement la base scientifique de cette démarche. Il y explique en effet que pour identifier une molécule active à l'égard de la cible visée, la recherche pharmacologique procède à l'étude d'un « *trésor* » qui est le plus souvent une banque d'échantillon ou pharmacothèque qui comporte bien souvent des extraits naturels. Cette banque de référence est néanmoins de plus en plus constituée par chimie combinatoire et modélisation moléculaire à l'aide de la bio informatique et de la robotique. Le recours à des collections historiques résultant des synthèses antérieures est encore fréquente.

⁸² Activité que nous désignerons ultérieurement pas le sigle R&D.

⁸³ Macilwain, C., « *When rhetoric hits reality in debate on bioprospecting* », *Nature* 1998, N°392, pp.535-540.

⁸⁴ Macilwain, C., « *When rhetoric hits reality in debate on bioprospecting* », *Nature* 1998, N°392, pp.535-540.

⁸⁵ Institut français de recherche scientifique pour le développement en coopération, possède le statut d'établissement public à caractère scientifique et technique. Il est placé sous la tutelle conjointe du ministère chargé de la Recherche et du ministère délégué chargé de la Coopération puisqu'il a en effet double vocation : celle d'améliorer la connaissance scientifique sur les milieux intertropicaux tout en

illustration. Cet institut travaille sur le Maroni et l'Oyapock avec plusieurs ethnies depuis une dizaine d'années et a réalisé, à cette occasion, un véritable échange d'informations. Tant qu'il s'agit de recherche fondamentale et scientifique, la valeur économique du savoir-faire n'est pas en cause, mais dès le transfert des résultats dans l'industrie, le problème du prix de celui-ci surgit car il y a indéniablement incorporation d'une valeur indépendamment du fait que l'on puisse quantifier cette valeur. Deux questions se sont successivement posées en droit.

23. La première se lit ainsi : quel traitement juridique faut-il réserver à ce savoir-faire traditionnel pendant la période correspondant à l'hibernation de sa valeur marchande ? La seconde revient à se demander : une fois que cette hibernation aura pris fin par le passage à la phase industrielle de son exploitation, quel en devient le statut ? Là résident deux des interrogations centrales de notre étude.

24. Du point de vue de la nature juridique des objets de ce que les auteurs les plus pondérés appellent la bioprospection⁸⁸, mais que d'autre n'hésitent plus désormais à appeler « *biocolonialisme* »⁸⁹, les qualifications sont en compétition : *res communis*, *res nullius*, *res universalis*, patrimoine culturel national⁹⁰, domaine public payant⁹¹.

contribuant à leur mise en valeur. Elle a succédé à l'ORSTOM (voir note suivante) Source : Microsoft ® Encarta ® 2006. © 1993-2005 Microsoft Corporation. Tous droits réservés.

⁸⁶ ORSTOM (Office de la recherche scientifique et technique outre-mer), établissement public français spécialisé dans la recherche fondamentale appliquée aux milieux intertropicaux. Source : Microsoft ® Encarta ® 2006. © 1993-2005 Microsoft Corporation. Tous droits réservés.

⁸⁷ Moretti, C., Debitus, C., Fournet, A, Sauvain, M., Boudry, G., Laurent, D., « diversité biologique tropicale et innovation thérapeutique, les recherches menées par l'ORSTOM », *Annales de la société belge de médecine tropicale*, 73-3.

⁸⁸ Nous nous garderons pour l'heure de l'utilisation du terme « bio-piraterie » qui reste néanmoins applicable à une catégorie de moins en moins marginale de pratiques.

Il n'existe cependant aucune définition officielle de la « biopiraterie ». Le Groupe d'action sur l'érosion, la technologie et la concentration (Groupe ETC cité dans le *Rapport de la commission britannique des droits de propriété intellectuelle*, Londres 2002 p. 221) définit ce terme comme « l'appropriation des savoirs et des ressources génétiques des communautés agricoles et autochtones par des personnes ou des institutions visant à obtenir un contrôle monopolistique exclusif (généralement par le biais de brevets ou de droits d'obtention végétale) sur ces ressources et ces savoirs ».

Pour l'institut Fédéral suisse de la propriété intellectuelle par exemple, le mot « bio piraterie désigne d'un sens, l'acquisition non approuvée de ressources ou de savoirs traditionnels et de l'autre la protection par des droits de propriété intellectuelle sans participation des individus ou des communautés concernés », (Félix Addor, Chef de la division Droit et affaires internationales, Berne 7 mai 2002).

⁸⁹ Harry D., « *Joint statement of the indigenous people Council on Biocolonialism IPCB, COE, and IITC* », présenté le 05 décembre 2006, Document *WIPO/GRTKF/IC/10*.

⁹⁰ C'est notamment le cas de la législation Guatémaltèque (Loi n° 26-97 sur la protection du patrimoine culturel, modifiée en 1998) qui prévoit une protection des savoirs[faire] traditionnels en tant qu'éléments du patrimoine culturel national. Il faut entendre par là que les expressions de la culture qui sont inscrites au « Registre des bien culturels » sont protégées par l'Etat et ne peuvent donc être cédées par contrat. Elles ne peuvent être vendues et il n'existe à leur propos aucun droit à rémunération. Ce système est géré par le Ministère des affaires culturelles pour l'intérêt de toute la société.

⁹¹ Ce concept a été imaginé pour pallier la durée limitée de la protection qu'apporte le droit de la propriété intellectuelle que ce soit en matière de droits d'auteur que de propriété industrielle. L'idée fondamentale en étant que les connaissances et biens en faisant l'objet sont de libre parcours mais que leur utilisation donne automatiquement droit à rémunération. Un tel modèle de protection offre des avantages aux Pays en développement qui n'ont plus à prouver un acte fautif ou délictueux des utilisateurs incriminés ni à recourir au mécanisme de l'enrichissement sans cause. Mais les zones d'ombres qu'un tel concept recèle concernant l'évaluation du savoir [faire] traditionnel et le titulaire du droit à rémunération ont très tôt interpellé la doctrine. (M. Blakeney, « Protection of traditional knowledge under

25. Du point de vue des relations qui naissent entre les personnes impliquées, tout le droit des contrats est potentiellement sollicité. Ces collaborations sont-elles qualifiables de contrats d'entreprise ? Peut-on parler de contrat de cession de choses mobilières ? Assiste-on au développement d'un contrat de collecte qui est en train de s'épurer par la pratique ? Les pratiques contractuelles qui ont cours dans le secteur de la bio prospection sont-elles d'une manière ou d'une autre inspiratrices des législations tant nationales qu'internationales qui se mettent en place ? Telles sont les interrogations qui se renouvellent constamment.

26. Du point de vue de l'encadrement par le droit, l'activité législative récente de certains pays et regroupements de pays donne lieu à des lois « *sui generis* »⁹² qui traduisent des orientations générales que l'on peut déduire des déclarations et autres traités internationaux.

27. Du point de vue éthique, les tiraillements sont forts. A un bout des extrêmes se situe le refus total et réitéré de certaines communautés traditionnelles de donner accès à leurs territoires. A l'autre extrême on retrouve l'ouverture absolue des tels territoires à la bio-prospection et sans l'autorisation des communautés traditionnelles concernées. De plus, il n'est pas rare que dans ce

the IP law », EIPR 2000, p. 257 et les références citées en note n° 59) ; Voir aussi **Dutfield, G.**, « *The public and private domains : intellectual property rights in traditional knowledge* », 21/3 Science communication, 278 (2000) ; Contra : v° WIPO/GRTKF/IC/1/5, annexe I, p.6, (document soumis par le groupe d'Amérique latine et des caraïbes (GRULAC) où les Etats font la différence entre savoirs traditionnels et innovations traditionnelles, ces dernières seulement ne faisant pas partie du domaine public.

⁹² *Brésil* : Mesure provisoire n° 2186-16 de 2001 réglementant l'accès au patrimoine génétique, la protection des savoirs traditionnels et l'accès à ces savoirs ("Mesure provisoire brésilienne") et loi n° 9279 du 14 mai 1996 sur la propriété industrielle; *Chine* : Loi de 2000 sur les brevets et règlement sur la protection des espèces de la médecine chinoise traditionnelle; et la loi contre la concurrence déloyale de la République populaire de Chine adoptée le 2 septembre 1993 à la troisième session du Comité permanent du huitième Congrès national du peuple; *Communauté européenne* : Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données; *Costa Rica* : Loi n° 7788 de 1998 sur la diversité biologique ("Loi costaricienne sur la diversité biologique"); *Équateur* : Loi équatorienne sur la propriété intellectuelle; *États-Unis d'Amérique* : Loi de 1990 sur les arts et l'artisanat ("Loi des États-Unis sur les arts et l'artisanat"), Loi uniforme de 1979 sur les secrets commerciaux avec les amendements de 1985 ("Loi américaine sur les secrets commerciaux"), et la loi de 1984 sur la protection des microplaquettes semi-conductrices ("Loi américaine sur les microplaquettes") *Inde* : Loi de 2002 sur la diversité biologique ("Loi indienne sur la diversité biologique"); *Israël* : Loi sur la responsabilité commerciale délictuelle 5759-1999 d'Israël; *Japon* : Loi n° 47 sur la prévention de la concurrence déloyale ("Loi japonaise sur la concurrence déloyale"); *Kenya* : Loi du Kenya sur la propriété industrielle, loi 19 de 1989; *Pérou* : Loi péruvienne sur la propriété industrielle (Décret législatif n° 823) et loi n° 27811 de 2002 instaurant un régime de protection pour les savoirs collectifs des peuples autochtones issus des ressources biologiques ("Loi *sui generis* péruvienne"); *Philippines* : Loi de 1997 sur les droits des peuples autochtones ("Loi des Philippines"); *Portugal* : Décret-loi n° 118 de 2002 établissant un régime juridique d'enregistrement, de conservation, de garde juridique et de transfert du matériel endogène végétal ("Loi *sui generis* portugaise"); *République de Corée* : Loi n° 911 sur la prévention de la concurrence déloyale et la protection des secrets commerciaux ("Loi de la République de Corée sur la concurrence déloyale"); *République tchèque* : Loi concernant la protection des appellations d'origine des produits, loi n° 159/1973 de la République tchèque; *Slovaquie* : Loi sur la protection des appellations d'origine des produits, loi n° 159/1973 de la Slovaquie du 12 décembre 1973; *Thaïlande* : Loi de 2542 (ère bouddhique) sur la protection et la promotion des connaissances médicinales thaïlandaises traditionnelles ("Loi thaïlandaise"); *Union africaine* : Législation modèle africaine de 2000 pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des obtenteurs, et pour la réglementation de l'accès aux ressources biologiques (ci-après dénommée "législation modèle africaine").

deuxième cas extrême, l'autonomie de la volonté soit sacralisée, concrétisant ainsi une illusion d'égalité qui se révèle bien souvent dévastatrice pour les communautés traditionnelles, étant donné les poids économiques différents des protagonistes et leurs aptitudes variables à la négociation contractuelle.

28. Il semble utile, pour la clarté de l'analyse et de la présentation, de distinguer le matériel biologique et ressource génétique d'une part ; et les savoir-faire traditionnels relatifs à ceux-ci d'autre part. Une telle distinction ne saurait éluder le fait que le savoir-faire traditionnel relatif au matériel biologique ou aux ressources génétiques n'est justement concevable que dans sa combinaison avec cette ressource génétique. En effet, le savoir-faire traditionnel apporte des informations nouvelles ou novatrices⁹³ qui sont utiles dans l'utilisation de ces ressources matérielles ou génétiques. Ce lien intime entre les deux objets, l'un incorporel et l'autre matériel, ne permet cependant pas de les confondre.

Ainsi, on l'aura compris, le sort des ressources génétiques ou du matériel biologique ne peut être dissocié durablement de celui de la connaissance technique et utile qui l'accompagne. La difficulté qui demeure, réside dans le fait que le terme qui sert à nommer cette connaissance associée, est un fourre-tout qu'il convient à présent d'épurer.

C'est le sens du mouvement qui nous mènera des savoirs traditionnels au savoir-faire traditionnel, mouvement que ni les lois nationales, ni la doctrine internationale n'a encore véritablement fait. Et pourtant l'importance pour la clarté du débat est réel.

III. JUSTIFICATION DE L'ETUDE.

29. Quel est l'intérêt de parler du savoir-faire traditionnel au lieu d'utiliser l'un des autres vocables habituels pour nommer la somme de connaissances techniques et pratiques dont on cherche à trouver le régime juridique ?

Le savoir-faire traditionnel ne serait-il qu'une association de termes antinomiques ? Serions-nous en face d'une construction hasardeuse, d'un néologisme peu heureux, d'une expression qu'il faudra très vite rayer de la vie juridique à laquelle elle prétend naître ? Le savoir-faire traditionnel ne serait-t-il qu'une notion dont on peut dès à présent prédire l'infortune sans être devin ? A plusieurs égards l'association

⁹³ Une telle séparation n'est donc utile que pour la présentation du cadre de réflexion. L'affirmation de l'étanchéité de la séparation ne prospère guère et le Pr. Peter Drahos est obligé d'en prendre acte quand il écrit : " *Access to biological resources is a separate matter that is being dealt with by states under access law, although this laws may also contain provisions that relate to the use of indigenous knowledge*", (EIPR 2000, p. 246 et les différents exemples nationaux cités en note n°7 de la même page).

des termes savoir-faire et traditionnel trouble. Certes, « *il est des alliances dont l'harmonie repose non sur l'identité mais sur l'altérité* »⁹⁴ ; dans la présente occurrence on est d'abord interpellé par la stérilité de l'expression, même si celle-ci se révèle seulement apparente.

30. Il est cependant presque impossible de se départir du sentiment de familiarité vis à vis de toutes ses composantes : le savoir, le savoir-faire, la tradition, le traditionnel, ce sont là des termes quasi quotidiennement maniés tant dans le langage courant que dans le jargon juridique.

L'expression de savoir-faire traditionnel ne manque pas pour autant d'instaurer un malaise dans la pensée juridique contemporaine. On peut alors s'interroger sur l'utilité d'une telle construction tant il est difficile de ne pas l'opposer au **savoir-faire moderne** sans que cette dernière notion renvoie à quelque chose de véritablement significatif⁹⁵. La question est-elle de déterminer si le savoir-faire est traditionnel ou moderne ? N'est-elle pas plutôt de s'intéresser aux caractéristiques du savoir-faire traditionnel et aux moyens les plus adéquats d'en assurer une exploitation équitable et respectueuse d'un commerce juste ?

A toutes ces interrogations aussi légitimes que justifiées, nous ne pouvons malheureusement (ou heureusement) pas apporter de réponses à ce stade de nos prémices. Il ne saurait en effet être question de proposer d'emblée une définition, et de la notion, et du régime juridique du savoir-faire traditionnel, puisque tel est justement l'objet de cette étude. Il convient, pour l'instant, de s'en tenir à une conception plus modeste du terme « définition » qui permette simplement de s'entendre sur le sens qu'il convient d'accorder au savoir-faire traditionnel au long des pages qui vont suivre.

31. Il est en effet d'usage, au seuil de toute monographie, de s'arrêter sur les termes qui en nomment l'objet. Cette étape à laquelle il est utile et nécessaire de sacrifier nous conduit à un double constat allant de la familiarité à l'étrangeté des termes.

D'abord familiarité car tous les termes qui concourent à désigner l'objet à étudier renvoient à des notions largement pratiquées en droit privé et plus particulièrement en droit de la propriété industrielle. Il découle de ce fait une difficulté supplémentaire qui se résume dans une interrogation persistante. Cette dernière a longtemps raisonné dans notre esprit comme un dilemme : comment démontrer que des mots qui nomment des mécanismes juridiques connus, une fois accolés les uns aux autres et associés à un qualificatif, désignent une réalité juridique nouvelle ?

⁹⁴ Pellissier A., *Possession et meubles incorporels*, Nouvelle bibliothèque des thèses, ed. Dalloz 2001 p.1.

⁹⁵ Rien qui découle en tout cas de l'adjonction du qualificatif traditionnel ou moderne ; du moins à première vue. Mais c'est là une question que nous discuterons ultérieurement quand il sera question de savoir comment lire ce qualificatif.

Ensuite étrangeté, parce que le savoir-faire traditionnel est utilisé pour la première fois comme terme postulant un contenu distinct, identifié et non dans une liste énumérative qui en ferait le parfait synonyme d'une série d'autres termes ; tous présentant la particularité de ne saisir qu'une portion de la réalité qu'il s'agit de nommer.

En effet, les termes les plus variés sont d'usage courant dans le débat international aussi bien que national et il paraît important d'en essayer un recensement.

32. La Convention de Rio sur la biodiversité, qui se situe dans le contexte de la conservation et d'une utilisation équitable des ressources biologiques, mentionne les « *connaissances, innovations et pratiques traditionnelles* »⁹⁶. L'UNESCO évoque le « *patrimoine des peuples autochtones* »⁹⁷. On rencontre aussi des formules telles que « *droits sur le patrimoine autochtone* »⁹⁸, « *savoir médicinal traditionnel* »⁹⁹, « *expressions du folklore* »¹⁰⁰, ou plus génériquement « *folklore* », « *culture traditionnelle populaire* » et « *patrimoine culturel immatériel* »¹⁰¹. On peut encore ajouter à cette jungle de dénominations celles de : « *propriété intellectuelle autochtone* »¹⁰² ou de « *propriété intellectuelle* »¹⁰³ ou encore de « *savoir écologique traditionnel* » et « *technologies, connaissances, pratiques et savoir-faire traditionnels et locaux* ». Une telle énumération ne saurait cependant être considérée comme exhaustive car toutes les espèces qui peuplent la forêt des termes utilisés pour désigner le savoir-faire traditionnel sont loin d'avoir été nommées¹⁰⁴. Pourquoi alors proposer la terminologie spécifique de savoir-faire traditionnel ? Cette question conduit à analyser les avantages terminologiques de notre démarche. C'est le sens d'une définition purement stipulative¹⁰⁵ dont il ne faudra pas en définitive se contenter.

⁹⁶ Article 8j de la convention sur la Biodiversité de RIO 1992.

⁹⁷ Recommandations de l'UNESCO sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire, 1989.

⁹⁸ Janke, T., *op. cit.* p.11 et Simpson, *op.cit.* p. 21.

⁹⁹ Document WHO/EDM/TRM/2000.

¹⁰⁰ Dispositions type de législation nationale OMPI-UNESCO sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitations illicites et autres actions dommageables, 1982 ; voir développements consacrés à l'impulsion internationale (Partie I, Titre I, Chap. I).

¹⁰¹ Recommandations de l'UNESCO sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire, 1989.

¹⁰² Mc Donald, *op cit.* P. 14.

¹⁰³ Janke T., *op. cit.*

¹⁰⁴ Mais avant de nous rendre au constat du caractère non exhaustif de l'énumération faite, par l'organisation mondiale de propriété intellectuelle dans le document WIPO/GRTK/IC/3/9 annexe I : « savoirs traditionnels, connaissances traditionnelles, savoirs autochtones, savoirs communautaires, connaissances écologiques traditionnelles, savoirs locaux, connaissance traditionnelle de l'environnement, tradition aborigène, patrimoine culturel, folklore, expressions du folklore, médecine traditionnelle, propriété culturelle, patrimoine autochtone, propriété intellectuelle autochtone, droits coutumiers en matière de patrimoine, connaissances innovations et pratiques traditionnelles, culture populaire, élément intangible ».

¹⁰⁵ Une **définition** est dite **stipulative** lorsque celui qui la formule n'entend pas s'aligner sur l'usage courant du « *definiendum* », mais veut proposer une signification qui aura un caractère plus ou moins innovateur par rapport à l'usage courant. Une telle définition est encore appelée **définition explicative** ou **redéfinition**. Elle est opposée dans la théorie analytique, à la définition lexicale qui est celle dont l'auteur entend reproduire un usage linguistique répandu dans une communauté de locuteurs. V° sur cette distinction en droit comparé : C. G. Hempel, *Fundamentals of concepts formation in empirical science*,

33. Cependant et pour l'heure, les avantages de la dénomination choisie se présentent sous plusieurs aspects.

Dans les pays en voie de développement, le concept de communauté traditionnelle offre une assise plus large à la notion de savoir-faire traditionnel. Il ne s'agit pas ici de s'enfermer dans la distinction qui est habituellement faite entre sociétés traditionnelles et sociétés rationnelles. Cette distinction qui entend ventiler les « *modes fondamentaux de création du droit* »¹⁰⁶, imagine les deux sortes de sociétés comme deux pôles antinomiques. Pour le Pr. LECA : « *les sociétés traditionnelles s'imaginent volontiers devoir leur ordre et leur sens à une volonté supérieure et extérieure à celle des hommes. De telles collectivités croient volontiers en un droit révélé par Dieu ou du moins divinement inspiré.* »¹⁰⁷ A l'opposé de celles-ci, les sociétés rationnelles fondent leur sens sur la volonté de leurs membres, suivant des mécanismes très variables qui n'impliquent pas obligatoirement des procédures démocratiques, mais supposent la création libre du droit, par l'usage ou par l'édiction des règles. Ce clivage n'est cependant pas étanche et rend assez mal compte de la réalité qui est souvent faite de sociétés ni totalement traditionnelles ni totalement rationnelles¹⁰⁸. Le critère de l'inspiration divine du droit ne peut donc être définitivement retenu. Ce que l'on nomme communauté traditionnelle peut donc être un mélange de ces deux pôles que la théorie voudrait antinomiques.

Il eut, en outre, été plus réducteur de parler de savoir-faire indigène ou autochtone. La société indigène suppose qu'il en existe une autre qui serait, elle, allogène. En plus du fait qu'une telle différence est émaillée de nombreuses nuances, la différence entre société indigène et société allogène n'apporte rien de déterminant à la définition du savoir-faire traditionnel puisque le caractère fondamental et culturellement marqué du savoir-faire en cause se retrouve aussi bien quand on le qualifie d'indigène que quand il est traditionnel.

34. De plus, continuer par adopter l'expression de savoir-faire indigène reviendrait à charrier une fois de plus les lacunes que l'on a pu déceler dans la position de la Banque mondiale dans la recherche d'une terminologie adéquate.

The university of Chicago Press, Chicago, 1952 ; R. Robinson, *Definition*, Clarendon Press, Oxford, 1954 ; U. Scarpelli, « La définition en droit », in *Logique et Analyse*, 1958.

¹⁰⁶ Léca A., *La genèse du droit, Essai d'introduction historique au droit*, 3^{ème} édition, L.U.A.P., 2002, p.76.

¹⁰⁷ Idem. Claude Lévi-Strauss a distingué entre les sociétés « froides » (les traditionnelles) et « chaudes » (les modernes) : si toutes sont soumises au changement, les premières tentent d'y résister (notamment en inventant l'idée de tradition, visant à assurer la conformité du présent au passé) alors que les autres le valorisent. Comme le fait remarquer M. Alliot, le droit moderne et le droit traditionnel reposent sur des conceptions du temps différentes.

¹⁰⁸ Léca A., (op. ci. P. 77) remarquait judicieusement que : « Même les sociétés « évoluées » se raccrochent à la conception d'un droit inspiré par une volonté supérieure. La déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789 (tout comme celles du 24 juin 1793 et du 22 Août 1795) énumère un certain nombre de droits en présence et sous les auspices de l'être suprême, pour prendre les termes dans lesquels on n'a souvent vu qu'une clause de style en oubliant que les hommes de 1789 n'imaginaient pas séparer la religion de l'Etat. »

Pour cette dernière, il ne s'agit pas d'autre chose que du savoir indigène. L'adjonction de ce qualificatif a pu permettre de voir en cet objet de protection : « *un savoir local, unique à chaque culture ou société, qui constitue la base pour décider au plan local en matière : d'agriculture, de santé, de préparation de la nourriture, d'éducation, de gestion des ressources naturelles, et de beaucoup d'autres activités de la communauté.* »¹⁰⁹ Le savoir indigène permettrait en général de résoudre les problèmes stratégiques de la communauté.

35. Une double remarque sur cette approche : D'un premier point de vue, elle implique un excès de localisation en n'envisageant qu'un site unique possible au savoir-faire traditionnel. Une telle perception des choses est démentie par la question dite de la transnationalité où l'on retrouve le même savoir-faire traditionnel auprès de plusieurs entités traditionnelles réparties sur une surface plus ou moins homogène et plus ou moins étalée. D'un second point de vue, l'excès vient du fait de considérer le savoir indigène comme la somme de toutes les connaissances qui peuvent avoir cours dans la communauté indigène. Il apparaît que reprendre une telle acception du terme indigène ne pourrait que nuire à notre recherche d'une dénomination exacte. Il est à cet effet rassurant de constater que la Banque mondiale a proposé une définition plus substantielle et moins spatiale dans un autre de ces documents¹¹⁰.

36. Il n'en demeure pas moins, au total, que la conception de la Banque mondiale est en pleine maturation et que son opérationnalité reste à démontrer. De plus, une telle dénomination est plus tournée vers les détenteurs de ce savoir-faire que sur ses caractéristiques¹¹¹. Or, notre propos repose sur une démarche sensiblement différente. Il ne s'agit pas uniquement de l'étude du savoir-faire détenu par les communautés traditionnelles, mais surtout du savoir-faire produit, secrété, conservé et/ou exploité selon le mode traditionnel de production de connaissances techniques. Ainsi, on peut imaginer une société traditionnelle, détentrice d'un savoir-faire qui n'est pas traditionnel, soit parce que importé, soit parce que résultant d'une activité de Recherche et Développement menée selon les critères scientifiques modernes, et donc dépourvue de toute connotation identitaire et communautaire. Ce serait par exemple le cas d'un laboratoire de recherche

¹⁰⁹ www.worldbank.org/afr/ik/what.htm. Les différentes définitions contenues dans cette page ont été reprises et traduites par P-H Sambuc dans son intéressant ouvrage intitulé *La protection internationale des savoirs traditionnels : la nouvelle frontière de la propriété intellectuelle*, L'harmattan, mai 2003, p. 61.

¹¹⁰ www.worldbank.org/essd/essd.nsf (consulté le 17 février 2001 à 15h 32) où le savoir indigène est ainsi défini : « knowledge possessed by indigenous and other local peoples which is transmitted orally and often shows a sophisticated understanding of natural and other processes »

¹¹¹ Voir pour une démarche similaire les Lois suivantes : Loi du Laos ; Loi du Pérou ; Projet de loi africaine type sur la protection des droits des communautés, agriculteurs et obtenteurs locaux et sur la réglementation de l'accès aux ressources biologiques, Troisième session ordinaire de la Conférence OUA/AEC des ministres africains du commerce, 16-18 septembre 2000, Égypte, 2e partie - Définitions ; Article 8.j) de la Convention sur la diversité biologique, 1992.

pharmaceutique installé avec des financements communautaires et travaillant sur les vertus thérapeutiques de la biodiversité locale. Le fruit de la recherche peut faire l'objet de règles juridiques se rapportant au savoir-faire et ce, même s'il n'est breveté. Il serait, en l'occurrence, difficile de soutenir qu'il s'agit encore là de savoir-faire traditionnel. Cantonner l'étude des savoir-faire en question aux communautés autochtones ou aux peuples indigènes pourrait avoir l'inconvénient de biaiser l'axe de la recherche pour le fixer indûment et uniquement sur la personne détentrice de ces savoir-faire, au lieu de s'attacher à l'objet détenu avant tout.

37. La dénomination « savoir-faire traditionnel » permet, en revanche, du point de vue de la méthode de ne pas inféoder notre étude aux considérations relatives aux minorités, aux peuples autochtones et aux peuples indigènes. En effet, aux controverses qui entourent la reconnaissance de telles entités dans les structures étatiques unitaires, nous serons donc presque indifférents. La démonstration assumera de ce point de vue, la prétention d'être politiquement neutre. Certes, la reconnaissance d'un droit suppose l'existence d'un sujet susceptible d'exercer ce droit. Cependant, la reconnaissance en une population autochtone de la qualité de sujet peut être difficilement dissociée des questions relatives à l'autodétermination politique ou culturelle de ces populations autochtones car : « *les savoirs traditionnels ont aussi un aspect identitaire. Ils permettent aux communautés qui les détiennent d'exprimer les traits culturels qui leur sont propres, de sorte que la préservation de leur intégrité est étroitement liée à celle des cultures proprement dites.* »¹¹²

38. Le but de la présente étude n'est pourtant pas de contribuer à une discussion juridique sur la question de l'autodétermination des peuples et du statut des minorités. Ceci d'autant moins que, d'une part, la véritable réponse à cette question est politique et que, d'autre part, les textes fondateurs de l'ONU¹¹³ offrent une base juridique suffisante pour soutenir les revendications d'autodétermination. Ces divers aspects interfèrent souvent de façon dommageable dans le débat¹¹⁴. Il a été admis dans ce sens que : « *la définition des savoirs traditionnels [puisse] inclure aussi un élément répondant au souhait des groupes autochtones, communautés locales et autres détenteurs de savoirs traditionnels de pouvoir déterminer eux-mêmes ce qui constitue leurs connaissances, innovations, cultures et pratiques, ainsi que la manière de les définir* »¹¹⁵. Que l'étude concoure à clarifier les aspects patrimoniaux et consolider les velléités identitaires de certaines

¹¹² WIPO/GRTKF/IC/3/9 p. 14, § n° 33

¹¹³ Organisation des Nations Unies.

¹¹⁴ Nous ne négligeons cependant pas les utilisations politiques qui peuvent être faites de la reconnaissance de divers droits. Mais c'est là un autre débat qui ne nous occupera pas.

¹¹⁵ WIPO/GRTKF/IC/3/9 p. 14, § n° 33 *in fine* qui reprenait une des dispositions de la Déclaration de Mataatua sur les droits culturels et de propriété intellectuelle des peuples autochtones qui indiquait qu' « en élaborant des politiques et des pratiques, les peuples autochtones doivent : ...définir eux-mêmes leurs propres biens intellectuels et culturels. »

minorités et peuples autochtones, l'on ne pourra que s'en réjouir. Cependant, le but est, avant tout, objectif en ce sens qu'il tend à saisir un objet et non à rechercher un statut à une éventuelle personne juridique¹¹⁶.

39. Outre les avantages abordés ci-dessus, la dénomination savoir-faire traditionnel présente quelques atouts quant à la substance de l'objet défini. En effet, on peut espérer une pérennité du régime en ce sens que ne seront plus seulement visées les connaissances techniques (savoir-faire) produits par des individus ressortissants de ces communautés mais aussi tout savoir-faire produit selon un mode coutumier. Ainsi, qu'il s'agisse d'une minorité, d'une collectivité locale, d'un peuple autochtone ou de toute autre entité infra-étatique ou même pré-étatique, rien ne s'opposerait à ce qu'ils soient détenteurs de savoir-faire traditionnel. Une fois le régime juridique de l'objet saisi, les variations de détenteurs n'auront aucune incidence directe sur le concept.

40. La concision du terme permet, quant à elle, de déterminer précisément le domaine d'étude même si, les critères ainsi dégagés peuvent avoir vocation à s'appliquer à d'autres aspects de ce qu'il est toujours convenu d'appeler les savoirs traditionnels.

Ces derniers, tels qu'ils sont actuellement conçus, doivent être considérés comme une sorte de « **bouillon originel** »¹¹⁷ dont émergeraient, après une maturation nécessaire, des notions spécifiques. Si l'on devait esquisser une césure au sein des savoirs traditionnels selon le critère de leur utilité, l'on aurait, d'une part, les connaissances utiles de par leur technicité et, d'autre part, les connaissances utiles de par leur potentiel esthétique. Les premières, seraient susceptibles d'être prises en compte par les mécanismes de la propriété industrielle. Les dernières se confondraient toujours avec l'objet qui les matérialise ou celui de leur moyen d'expression. Ainsi en est-il par exemple d'un motif pictural traditionnel kanak ou d'un air de chanson traditionnelle appartenant au folklore béninois. On peut aussi citer l'exemple d'un conte dont l'utilité n'apparaît que dans son expression de quelque manière qu'elle intervienne. Ce second groupe de connaissances peut être approché au moyen de la catégorie juridique des droits de propriété littéraire et artistique.

Le réflexe qui consiste à utiliser les grilles de lecture de la propriété intellectuelle pour approcher la masse des connaissances traditionnelles utiles n'est pas condamnable en soi. Cependant, il faut, dans cette démarche, s'entourer de précautions qui n'ont pas toujours été prises et que nous détaillerons tout au long de la première partie de notre étude.

¹¹⁶ Voir pour une recherche de statut juridique des collectivités locales en droit international public : **Karpe Ph.**, *Les collectivités autochtones*, th. Paris X, 2002.

¹¹⁷ Au sens Darwinien du terme.

41. Ce critère de partage permet, pour l'heure, de nous dégager du dilemme entre propriété littéraire et artistique et propriété industrielle, souvent résolu par une énumération cumulative des « *ressources génétiques des savoirs traditionnels et du folklore* »¹¹⁸. En effet, certains actifs immatériels qui relèvent de la réflexion générale sont transversaux. Ainsi en est-il, par exemple, des connaissances associées au matériel génétique dont il est délicat de dire, *prima facie*, si elles relèvent de la catégorie du folklore ou de celle des savoir-faire traditionnels. Ceci est d'autant plus délicat que toutes ces catégories que l'on voudrait faire cohabiter sont encore en construction¹¹⁹.

L'OMPI¹²⁰, pourtant, a proposé une répartition dont il convient à présent de dire quelques mots.

42. L'OMPI, en effet, met l'accent sur les « savoirs traditionnels ». Ceux-ci, selon elle, sont créés, engendrés, mis au point et pratiqués par des « détenteurs de savoirs traditionnels », bénéficiaires prévus des travaux de l'OMPI dans ce domaine. Pour l'Organisme technique Onusien, les expressions du folklore sont un sous-ensemble des savoirs traditionnels et sont comprises dans ces savoirs. A leur tour, les savoirs traditionnels constituent un sous-ensemble de la notion générale de patrimoine. Les savoirs autochtones sont les savoirs traditionnels des peuples autochtones et constituent aussi un sous-ensemble des savoirs traditionnels. Etant donné que certaines expressions du folklore sont créées par des autochtones il y a un chevauchement entre les expressions du folklore et les savoirs autochtones, les deux étant des formes de savoir traditionnels. L'impression, légitime sans doute, de confusion qui succède à cette description motive pour une grande partie, le besoin de délimitation de la notion qui sera l'un des objectifs de la présente étude.

43. Du savoir, l'activité productive humaine, suivie par le droit, s'est intéressée au savoir-faire. Du savoir-faire, elle se tourne à présent vers les savoirs traditionnels. Ce mouvement par à-coups du droit est révélateur de la difficulté de la démarche qui fonde notre étude.

¹¹⁸ A ce propos voir en les comparant, l'intitulé du comité intergouvernemental mis sur pied par l'OMPI qui comprend « les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore », et celui du rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999).

Le premier traite effectivement toutes les composantes que nomme son titre. Le second fait rentrer sous le vocable de savoir traditionnel les ressources génétiques et le folklore.

¹¹⁹ Tant celle du folklore que celle des ressources génétiques. Ce qui fait que dans une telle configuration il faut tracer au cordeau la place de la notion de savoir faire traditionnel que nous proposons.

¹²⁰ L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) est une institution spécialisée des Nations Unies. Sa mission consiste à élaborer un système international équilibré et accessible de propriété intellectuelle qui récompense la créativité, stimule l'innovation et contribue au développement économique tout en préservant l'intérêt général. L'OMPI a été créée en 1967 par la Convention instituant l'OMPI (signée à Stockholm le 14 juillet 1967 et modifiée le 28 septembre 1979), en vertu de laquelle ses États membres (au nombre de 184) lui ont donné pour mission de promouvoir la protection de la propriété intellectuelle à travers le monde grâce à la coopération entre États et en collaboration avec d'autres organisations internationales. Elle a son siège à Genève (Suisse).

A chaque fois, comme séduit par le chant des sirènes, le droit quitte le pont stable et sec de ses concepts éprouvés pour se jeter dans les flots tumultueux des qualifications *sui generis*¹²¹. Prétendant se démarquer de cette méthode, notre étude cherchera à concilier les légitimes et incompressibles spécificités du savoir-faire traditionnel avec les impératifs de la vie juridique actuelle. C'est là une manière de lire la contradiction apparente entre « savoir-faire » et « traditionnel », les deux termes qui nomment pourtant l'objet de notre étude. La notion de savoir-faire traditionnel se présente sous cet angle comme un défi à la pensée juridique dominante qui a vu naître le concept de savoir-faire dans les tiraillements économique-juridiques qui ont suivi la révolution industrielle.

44. La notion de savoir-faire traditionnel est, à n'en pas douter, à construire. Les matériaux sont, nous semble-t-il, tous disponibles. La démarche de préparation à son émergence, qu'elle soit délibérée ou inconsciente, a atteint un stade de maturation suffisant¹²². Le travail qui précède l'accouchement a commencé¹²³ depuis une quinzaine d'années bientôt avec la Conférence de Rio. Le

¹²¹ Cette tendance soutenue par la volonté de restituer des réalités juridiques fidèles et portée par les courants « développementistes » du droit est sujette aux mêmes limites que celle qui consiste à rechercher l'application mécanique des concepts de droit moderne aux réalités de droit coutumier ou traditionnel. A notre avis, l'une autant que l'autre pêche par excès.

¹²² La note d'information rédigée par le bureau international de l'OMPI lors de la préparation du forum « Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels : notre identité, notre futur » qui s'est tenu à Muscat au Sultanat d'OMAN les 21 et 22 janvier 2002 traduit à un double titre le processus de maturation de la question. Pour la première fois, les savoirs traditionnels sont envisagés de façon autonome dans un document officiel de l'OMPI. Jusque là les trois thèmes que sont les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore avaient été envisagés conjointement. Cette dissociation des termes de la recherche est significative de ce que l'évolution de la réflexion au plan international continue.

¹²³ Des traces anciennes d'une démarche contraire sont perceptibles tant sur le continent européen qu'américain. En ce qui concerne ce dernier, la conquête blanche des espaces américains, particulièrement de l'espace nord-américain, avait déjà suscité outre-Atlantique des démarches scientifiques particulièrement importantes dans l'histoire des relations entre sciences humaines et sciences naturelles. Confrontés à des environnements nouveaux, à des ressources nouvelles et à des populations indigènes bien insérées dans ces environnements et sachant se servir de leurs ressources, les Blancs furent nécessairement conduits à étudier les uns et les autres. Cela, d'ailleurs, pouvait aider à disposer plus aisément de ces environnements et de ces ressources, en éliminant au besoin les concurrents indigènes dont il valait mieux, pour ce faire, connaître un peu les mœurs. C'est dans ce contexte pionnier et colonial que devait apparaître, au siècle dernier, la grande figure de **Lewis Henry Morgan**, l'un des pères fondateurs de l'anthropologie sociale, dont l'œuvre ne néglige pas, loin de là même, les relations entre sociétés, civilisations, environnements et ressources. Point de surprise donc à constater que c'est dans ces mêmes États-Unis d'Amérique qu'apparaît aussi, à la fin du siècle dernier, l'ethnobotanique inventée en 1895 par **Harshberger**, agronome et botaniste. La démarche de Harshberger, initialement fondée sur l'étude des restes végétaux trouvés dans des sites archéologiques, consistait essentiellement à tenter de faire apparaître la trame végétale de l'histoire amérindienne, avec d'ailleurs le souci avoué de rechercher à cette occasion des ressources végétales nouvelles pour le commerce et l'industrie de la colonisation blanche. Longtemps, cette ethnobotanique américaine ne se sentit concernée que par la relation d'hommes à végétaux dans le cas des sociétés archaïques ou primitives. Longtemps elle demeura dans l'orbite de l'économic botany. Elle recueillait ses données par une observation des façons dont ces sociétés « primitives », notamment les Amérindiens du Nord, se servaient des végétaux, observation faite de l'extérieur de ces sociétés. Mais cette ethnobotanique allait susciter un vif intérêt parmi les agents du Bureau of American Ethnology. Ceux-là ne se contentèrent pas de relever les usages amérindiens des végétaux. Ils étendirent leurs investigations aux relations entre Amérindiens et animaux. Ainsi, en 1914, **Henderson et Harrington** utilisèrent pour la première fois, à propos des Indiens Tewa, le terme d'« ethnozologie », et cela dans un des bulletins du Bureau of American Ethnology. Les auteurs ne s'y bornaient pas à utiliser un néologisme ; ils insistaient en effet sur la nécessité de ne pas se limiter à inventorier les animaux utilisés, les modes indigènes de leurs utilisations et les noms vernaculaires de ces animaux ; ils soulignaient l'importance qu'il y avait à recueillir et à analyser les savoirs naturalistes indigènes. C'était là un tournant majeur : la prise en compte scientifique de ces savoirs naturalistes locaux

fait nouveau, c'est que les intérêts et les convoitises se crispent autour de la biodiversité et sont servis par un système d'appropriation au moyen des techniques habituelles de la propriété intellectuelle. L'exemple paradigmatique¹²⁴ qui parcourra toute cette étude est celui des connaissances en matière de plantes médicinales des communautés traditionnelles face à la recherche pharmaceutique et cosmétique.

45. Le propre d'un paradigme étant de rassembler les caractéristiques essentielles d'une démonstration, les exemples de savoir-faire traditionnels que nous évoquerons seront divers et variés sans que la volonté y soit d'en faire un catalogue exhaustif. Tel n'est d'ailleurs pas le but de la manœuvre puisqu'au delà de l'objectif principal qui est de dessiner un régime juridique cohérent au savoir-faire traditionnel, l'élévation de cette démarche au rang de paradigme¹²⁵ nous permet d'en faire un outil de lecture des réalités voisines. Avant d'en faire un paradigme, il faut s'assurer de son existence, ou du moins, de sa naissance imminente. Est-il aujourd'hui possible de constater une émergence du savoir-faire traditionnel en tant que notion juridique ? Il est certain que comme toute notion juridique, le savoir-faire traditionnel a dû, pour naître à la vie juridique, formuler toute une série de *stimulis* à la sphère du droit, principalement par le relai de la pratique¹²⁶. Il a fallu qu'elle suscite l'intérêt. Depuis les années 1970, le développement des ethnosciences s'est accompagné de l'élargissement de leur domaine. De sorte que deux disciplines d'habitude distinctes se retrouvent aujourd'hui associées et complémentaires. S'il est admis que l'« *on ne peut faire aujourd'hui de bonnes recherches en sciences humaines si l'on n'a pas quelque teinture de sciences naturelles et, à l'inverse, on ne peut faire de bonne recherches naturalistes si l'on n'a pas quelque savoir sur les hommes, leur préhistoire et leur histoire, leurs sociétés et leurs civilisations.* »¹²⁷, c'est

que, chez nous et au siècle dernier, le folkloriste **Eugène Rolland** avait si bien désignés sous le terme d'« histoire naturelle populaire ». Avec la démarche de Henderson et Harrington s'amorça l'étude de ces relations « de l'intérieur », c'est-à-dire au travers des savoirs et discours locaux, de sociétés à environnements naturels.

¹²⁴ Le sens du mot paradigme se rapproche ici de celui que **Th. Kuhn** lui a donné dans la préface de son livre *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972 (tr. Fr. *The structure of scientific revolutions*, University of Chicago, 2^{ème} éd. 1970.) à savoir : « les découvertes scientifiques universellement reconnues, qui pour un temps, fournissent à un groupe de chercheurs des questions type et des solutions » p. 10. Ce sens strict a été ainsi reformulé : « solution d'une énigme concrète qui, s'avérant particulièrement illustrative, est utilisée par les chercheurs comme modèle ou comme exemple commun pour la résolution d'autres énigmes qui surgissent lors du développement de la matière ». Il retient aussi un sens large à la notion de paradigme qui serait : « l'ensemble des croyances, valeurs reconnues, techniques et méthodes qui sont communes aux membres d'un groupe scientifique donné » c'est dans ce sens, ce qu'il appelle encore : « matrice disciplinaire ».

¹²⁵ Ethymologiquement : exemple à imiter. L'épistémologie contemporaine emploie ce mot pour désigner une manière de concevoir les phénomènes par analogie avec un objet technique. **Edgar Morin** l'emploie dans le sens d'une sorte de *point de vue subjectif* à partir duquel l'individu s'informe du monde qui l'entoure et l'informe à son tour rétroactivement. C'est donc à la fois un contenu et un contenant, un résultat et un processus créateur.

¹²⁶ Sur la notion de pratique en tant que source du droit ou source de concepts juridiques, v. **Alland D. et Rials S.**, (dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, verbo, « pratique », PUF, coll. Quadridge 2003, p. 1180.

¹²⁷ *Encyclopædia Universalis* 1996, v Ethnologie -Ethnosciences.

justement parce que c'est là que réside la « *condition essentielle pour pouvoir explorer avec profit cet ensemble de savoirs et de savoir-faire qui constitue le champ de recherche particulièrement fécond de ce que l'on nomme aujourd'hui ethnoscience* »¹²⁸.

46. L'exubérante et récente activité des instances internationales chargées, à un titre ou à un autre, de la propriété intellectuelle ou de la biodiversité sur le thème des savoirs traditionnels en atteste.

Il s'est agit pour elles de faire face à une certaine pratique de la bioprospection¹²⁹, des complications, voire, des acquisitions de droits de propriété intellectuelle « *usurpés* »¹³⁰ qui pouvaient en résulter que l'on a nommé biopiratage ou biopiraterie.

47 Le terme a été abordé et étudié par la doctrine anglosaxonne tandis qu'en droit français l'on s'était, jusque là, contenté de constats qui se sont avérés être tout au plus des points de départ de l'analyse.

Le Pr. Graham DUTFIELD de l'Université d'Oxford s'est ainsi posé la question simple : Qu'est-ce que la biopiraterie?¹³¹ Cette notion selon lui trouve sa source dans « *la croyance, courante dans les pays en développement et les ONG, que (...) le système des brevets permet aux entreprises de voler ou de s'approprier illicitement des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées, ou de les exploiter gratuitement de façon inéquitable (resquillage)* »¹³²

¹²⁸ Terme dont le champ d'investigation est constitué des « relations entre les sociétés et leurs environnements naturels, des savoirs et savoir-faire "populaires" qu'impliquent ces relations et la diversité des modes humains d'insertion dans les écosystèmes de la biosphère terrestre » Ibidem.

¹²⁹ Les auteurs anglo-saxon ont pu parler de "free-riding" (Drahos, P., "Indigenous knowledge, Intellectual property and biopiracy : Is a Global Collecting Society the Answer ?", EIPR 2000, p. 245).

¹³⁰ Trois cas célèbres méritent ici d'être mentionnés : Le **Neem** (*Azadirachta Indica*) considéré comme symbole du savoir indigène indien contient une substance (azadirachtin) qui est un insecticide puissant contre environ 200 insectes. Cet arbre a de multiples usages, tels que la médecine, la production de méthane, la préparation de dentifrice et de savon, le bois, la fabrication d'antiseptiques etc. Suite à des expériences, deux entreprises : WR Grace & Co et Agrodyne ont pu obtenir aux USA pour les dérivés du Neem. Le **quinoa** (*Chenopodium quinoa*) est une céréale à haute teneur en protéine et constitue une part importante de l'alimentation de millions de personnes dans les pays andins d'Amérique latine. Bien avant la civilisation Inca, les populations indigènes en cultivent et en développent des variétés adaptées à la diversité des conditions hostiles caractéristiques des Andes. En 1994, deux chercheurs de l'université de Colorado ont reçu le brevet américain n° 5.304.718, leur accordant le contrôle et le monopole exclusifs des plantes mâles stériles de la variété bolivienne de quinoa « **Apelawa** » Ce brevet octroyé à l'issue d'une simple cueillette est aujourd'hui contesté. Le **curcuma** (*curcuma longa*) est un remède, ancien composant de la médecine Ayurvédique, utilisé en Inde depuis des siècles pour soigner les entorses les inflammations et les blessures locales. En 1995, deux chercheurs américains de l'université de Mississipi se sont vu attribuer un brevet américain (n° 5.401.504) pour l'utilisation du curcuma dans les blessures locales en prétendant qu'il s'agissait d'une nouveauté. La contestation judiciaire qui a été menée par le gouvernement indien a abouti au retrait du brevet. Il avait cependant été demandé à l'Inde, lors de cette contestation, de fournir la preuve que le curcuma était spécialement utilisé en Inde pour soigner les blessures sous forme d'un article académique antérieur au dépôt du brevet.

¹³¹ Duthfield, G., « Qu'est ce que la bio piraterie ? » in *l'Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation, Compte rendu des discussions*, Mexique 2004, p.98

¹³² Duthfield G., précité, p. 97.

La notion a d'abord été conçue comme un contre principe dont « *l'imprécision est stratégique* »¹³³ et peut, par conséquent, englober un vaste *continuum* d'activités allant des actes criminels qui occasionnent des préjudices graves jusqu'à des activités qui sont légales, mais inévitables, et même jusqu'à des utilisations de la propriété d'autrui qui sont illégales et équitables et qui contribuent au mieux-être de la société. D'un point de vue agricole¹³⁴, elle a pu être sommairement présentée comme étant constituée de : « *Toute activité qui rompt le cycle des efforts, des investissements, de l'innovation et de la créativité conduisant à l'amélioration des variétés cultivées* »¹³⁵ C'est aussi, selon le même auteur, l'ensemble des quatre activités suivantes : « *l'utilisation non autorisée de ressources biologiques; l'utilisation non autorisée de connaissances traditionnelles; le partage inéquitable des avantages avec le fournisseur; le brevetage sans égard aux critères de la nouveauté, de la non-évidence et de l'utilité* »¹³⁶.

48. La biopiraterie est un peu trop portée au devant de la scène selon le Pr. DUTHFIELD qui estime, en conclusion de l'une de ses nombreuses interventions sur le sujet qu' : « *Il n'est pas du tout assuré que la bioprospection soit aujourd'hui plus intensive qu'auparavant. Beaucoup d'anecdotes circulent, mais on dispose de très peu de données.* »¹³⁷ Il semble pour l'heure que le consensus soit acquis pour considérer la biopiraterie tant en ce qui concerne les ressources génétiques que les savoir-faire traditionnels comme le fait, dans certaines conditions, de les : « *collecter et de les utiliser et/ou de les breveter.* »¹³⁸ Comme on le voit, c'est une fois encore la pratique qui, la première, est confrontée à la question.

En effet, elle devance souvent la théorie en droit et il est même permis de dire que c'est là le moteur de l'évolution des normes juridiques¹³⁹. Habituellement, on constate que les contraintes toujours plus fortes de la réglementation contemporaine ont accru le besoin d'imaginer des constructions juridiques nouvelles

¹³³ Duthfield, G., précité p. Voir aussi Lemley, M.A., 2004. *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 291.

¹³⁴ Plus précisément des ressources Phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

¹³⁵ Smith, S., « L'accès aux ressources génétiques et les droits de propriété intellectuelle : qu'est-ce que le biopiratage? », in *l'Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation, Compte rendu des discussions*, Mexique 2004, p. 103

¹³⁶ Smith, S. précité p. 101

¹³⁷ Duthfield, G., « Qu'est ce que la bio piraterie ? » in *l'Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation, Compte rendu des discussions*, Mexique 2004, p. 97

¹³⁸ Duthfield, G. "The Public and Private Domains: Intellectual Property Rights in Traditional Ecological Knowledge", WP 03/99, OIPRC Electronic Journal of Intellectual Property Rights, <http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0399.html>; Voir également: Johnson, M. « Research on Traditional Environmental Knowledge: Its Development and Its Role ». In M. Johnson (ed.) *Lore: Capturing Traditional Environmental Knowledge* (IDRC, Ottawa), p.4, 1992.

¹³⁹ Sur les montages de la pratique et leur réception en droit, v. Porrachia D, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels* Th. Aix-Marseille, P.U Aix- Marseille 1998, p. 27, notes 69 et 70 où l'auteur fait le point de la doctrine sur l'instrumentalisation des règles de droit positif ; entre ceux qui ne conçoivent pas les règles de droit comme des règles régissant les rapports sociaux, mais comme des instruments dont ils peuvent se servir. Sur la tendance du juge à accepter et à donner effet à des montages imaginés par la pratique, cf. p. 30, notes 92 et 93.

et d'utiliser les interstices de liberté abandonnés par un législateur qui ne peut heureusement ni tout prévoir, ni tout interdire. Les constructions en question sont parfois le fait des professionnels du droit. Comme le font remarquer justement H. L. J MAZEAUD et M. de JUGLART¹⁴⁰, les constructions sont parfois aussi le fait des particuliers et des acteurs de la vie économique de sorte que le « *montage* »¹⁴¹ juridique est devenu un sport de masse que la pratique nourrit. La pratique en matière de savoir-faire traditionnel doit être utilement entendue comme l'activité des praticiens, c'est-à-dire des professionnels du droit, qui se manifeste aux différents stades des difficultés juridiques des particuliers, en l'occurrence, firmes pharmaceutiques et autres laboratoires de recherche. En effet, pour répondre aux besoins exprimés par ces derniers, les praticiens doivent imaginer des formules qui combinent différents mécanismes juridiques pour réaliser les opérations désirées. Sont ainsi concernés, les avocats et les divers conseils et juristes pouvant effectuer des consultations juridiques¹⁴². Ces « *petites mains* »¹⁴³ du droit sont souvent les premières à entrer en contact avec les situations juridiques particulières ou nouvelles¹⁴⁴. Prise sous cet angle, la pratique mérite plus que jamais sa qualification de source indirecte du droit¹⁴⁵. Même si certains auteurs la convient instamment à l'humilité¹⁴⁶ dans son œuvre, force est de constater qu'elle utilise les matériaux du droit positif pour créer le droit¹⁴⁷. Le droit se borne dans ce dernier cas à enregistrer et à organiser ce qui est pour qu'il tende vers ce qui devrait être. En l'occurrence, le savoir-faire traditionnel, s'il n'est pas encore né en tant que concept juridique autonome, se voit néanmoins soumis à une exploitation qui se base essentiellement sur sa valeur économique. De fait, son exploitation est marquée par les intérêts divergents des communautés traditionnelles, détentrices de ces savoir-faire, et des entités qui y postulent. Seulement, les questions demeurent et leur liste s'allonge. De façon générale on peut se demander s'il est

¹⁴⁰ *Leçons de droit civil, T 1, Introduction à l'étude du droit*, 5^{ème} édition, Monchrestien, 1972 n°96.

¹⁴¹ Pour le **Grand Robert** (sens 1 et 2) et le **Dictionnaire Littré** (sens 1 et 3), le montage se définit comme l'action de monter, de porter, de transporter plus haut, d'élever. Ce sens premier apparu en 1225 et développé à partir du XVII^e siècle se diversifie avec la révolution française et recouvre un sens moderne qui désigne l'opération par laquelle on assemble les pièces d'un mécanisme, d'un dispositif, d'un mécanisme plus ou moins complexe pour le mettre en état de servir, de fonctionner (Dictionnaire étymologique et historique du français, Larousse, 1993, V. monter sens 2 et 3).

¹⁴² Sur la question du rôle de la pratique dans les innovations juridiques, V. Ghestin J., Rapport de Synthèse in *Rôle de la pratique dans la formation du droit*, Trav. Ass. H. Capitant, T. XXXIV, Economica, 1985, p.3.

¹⁴³ M. J-E Schoettl, pour restituer la même idée parle de « fourmis » qui contribuent obscurément à l'élaboration du droit alors que les autres (la doctrine en l'occurrence) sont des entomologistes, in *L'appropriation de l'information*, Droit et informatique-Litec, Paris 1986, p. 23.

¹⁴⁴ Stone F.F., « *Les cas non prévus par le droit en vigueur* » Mélanges G. Marty, 1978, 1077 et s.

¹⁴⁵ Jestaz, Ph., « Sources délicieuses... Remarques en cascades sur les sources du droit », *RTDCiv.* 1993, p.73 et s. , spéc. P. 76 ; voir également du même auteur *Les sources du droit*, Dalloz , coll. Connaissance du droit, 2005 ; V. également Vanderlinden J., « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse », *RTDCiv.* 1995, p. 69 et s., spéc. P. 79.

¹⁴⁶ Malaurie, Ph., L'humilité et le droit, texte de l'intervention présentée lors des journées d'un groupe de notaires parisiens et normands, les 25 et 26 mars 2006, Petites Affiches n° 1°9 du 1^{er} juin 2006, pp 6-15.

¹⁴⁷ Sourioux,J-L, *Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif* , th. Paris 1965, p. 11.

utile de se pencher sur le savoir-faire traditionnel dans l'idée d'élaborer un régime *sui generis* qui le concerne et qui tient aux caractéristiques qui lui sont inhérentes ? Est-ce la notion ou le régime qui seront qualifiés de *sui generis* ?

49. Plus spécifiquement, c'est à un bouquet de questions que l'on est confronté : Y- a-il lieu de protéger les savoir-faire traditionnels ? Quelle forme devrait revêtir une éventuelle protection ? S'il ne fait aucun doute qu'il importe de veiller à la préservation de ces savoir-faire, est-il judicieux de donner à ceux qui en sont les détenteurs le pouvoir de contrôler l'utilisation qui en est faite, voire d'autoriser ou d'interdire cette utilisation ? La mise en place d'un nouveau régime de protection est elle nécessaire ? Un tel régime serait-il utile ? Serait-il praticable ? La protection juridique des savoir-faire traditionnels verra-t-elle même le jour ? Les droits attachés à un savoir-faire traditionnel consisteraient-ils en un droit d'interdire ? Si oui quelle en serait l'étendue ? Ou alors ces droits consisteraient-ils en un droit de percevoir une compensation ou en un simple droit à la reconnaissance de l'origine du savoir-faire ? Quels seraient les critères de protection ? Qui serait titulaire des droits : un individu, une famille, un clan une tribu, un peuple indigène, une nation ? Sur quel(s) territoire(s) ces droits produiraient-ils effet ? Qui exercerait et défendrait ces droits et par quels moyens ? La protection serait-elle subordonnée à un enregistrement ?

50 Les interrogations juridiques que le savoir-faire traditionnel soulève sont, on le voit, d'ordre fondamental mais aussi pragmatique. Mettre à jour un régime de propriété intellectuelle relatif au savoir-faire traditionnel permettrait de dégager des règles claires sur l'éventuelle appropriation privée par les communautés traditionnelles de leurs savoir-faire. Ce qui « *réduirait l'énorme incertitude qui plane aujourd'hui sur toutes les activités de prospection biologique menées par les institutions commerciales et les organismes de recherche.* »¹⁴⁸ Lorsque la question est posée au Directeur Général de l'OMPI, le Dr. Kamil IDRIS sur les risques de conflits entre les vellétés d'appropriation privée et la destination collective de certains biens, l'optimisme affiché de sa réponse n'arrive pas à évacuer les craintes légitimes. Il déclare en effet : « *Il est tout à fait possible de trouver ce juste équilibre. (...) Nous ne cantonnons pas nos efforts au seul système de la protection de la propriété intellectuelle, puisque nous encourageons également les pays à intégrer pleinement cette stratégie dans le contexte social* ¹⁴⁹, *économique et culturel plus fin afin, justement de préserver cet équilibre entre les intérêts publics et privés.* »¹⁵⁰ Ainsi, en plus d'être complexe,

¹⁴⁸ Travaux de l'OMPI sur « l'examen des systèmes actuels de protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle » Document WIPO/GRTKF/IC/3/7, p. 15.

¹⁴⁹ C'est nous qui soulignons.

¹⁵⁰ Kamil I., entretien accordé à François Lefèvre *Le Courrier ACP-UE* n° 201 Novembre Décembre 2003p. 25.

l'objet de notre étude semble devoir être marqué par une certaine contextualisation.

51 Une telle complexité nous impose une démarche qui consiste à rechercher d'abord l'objet de droit qu'est le savoir-faire traditionnel à travers la construction d'une notion (Partie 1) avant d'étudier l'exploitation qui est faite de cet objet (Partie2).

Partie 1. LA NOTION DE SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL.

. “Dire ou écrire, c’est mettre en avant des mots, des concepts ou des catégories d’analyse qui en remplacent d’autres virtuellement possibles; c’est mobiliser des connotations et des associations cognitives qu’il est impossible de totalement maîtriser; c’est surtout se plier aux logiques propres d’un outil aussi générateur de malentendus qu’il est indispensable à notre entendement mutuel”.

P. Braud, “Sociologie politique”, LGDJ, coll. Manuel, 2000, 5^{ème} éd., p. 545

52. Initier une étude relativement à une notion juridique est une activité qui *de facto* projette son auteur dans un inconfort dont il faut cependant vite sortir: c’est le fait de devoir choisir entre la stabilité¹⁵¹ et l’adaptabilité¹⁵² du droit d’un côté, et de l’autre, la stabilité et l’évolutivité des termes qui souvent en sont la traduction matérielle et textuelle.

53. Pendant longtemps, le besoin le plus impérieux du droit privé disait-on, c’est la stabilité, et on lui a sacrifié toute autre chose en droit français. Il a fallu attendre le milieu des années 1970 pour que l’adaptabilité du droit devienne un impératif aussi défendable que la stabilité. M. AL-SANHOURY, à ce propos, écrivait: « *la stabilité est une chimère, elle ne peut pas résister aux transformations de la vie, et c’est un autre besoin (qui mérite intérêt) plus impérieux et moins facile à réaliser: le besoin d’adaptabilité* »¹⁵³. Très tôt pourtant, François GENY, s’était interrogé à propos des impératifs de fixité et de précision de la terminologie dans la technique législative dans ces termes: « *sans doute le débat reste ouvert sur le degré que doivent garder cette fixité et cette précision.* » Il ne paraît pourtant pas douteux selon l’auteur que « *toutes les fois que le législateur veut donner à une notion juridique, nettement déterminée, une empreinte juridique qui la spécifie et l’isole de toute autre, il ne doit le faire au moyen d’un terme affecté délibérément à cette notion, et reproduit invariablement pour la désigner* »¹⁵⁴.

¹⁵¹ Car on est rarement révolutionnaire en droit. La sécurité juridique, traduction en termes de principes de cet impératif, est à la mode sans pour autant être une idée neuve (Cf. par exemple, Geny, F., *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1919, n°3, 75 et 86; Ripert, G., *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, n°51; Roubier, P., *Le droit transitoire*, Dalloz, 1960, n°50.). Elle constitue une référence utile et un intérêt légitime à prendre en considération pour le législateur et le juge.

¹⁵² Que l’on nomme encore « flexibilité » du droit a été jugée plus fondamentale car elle conditionne le bon fonctionnement du système juridique. M. Pacteau « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, n° spécial, p. 154, estimait à ce propos qu’ « il y a du conservatisme, voire un risque d’immobilisme, dans cette sécurité ». Voir dans le même sens, Boulouis, J. « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », *Mélanges Pescatore*, Nomos Verlag, 1987, p. 55.

¹⁵³ Al-Sanhoury A.-A., « *Le standard juridique* », in Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François GENY, Paris, 1977, p. 145.

¹⁵⁴ Geny F., *La technique législative dans la codification civile moderne, Livre du centenaire*, t. II, p.1037.

De ce point de vue, la recherche de délimitation et de dénomination du savoir-faire traditionnel sert deux objectifs : d'une part, il convient d'isoler une matière suffisamment cohérente pour recevoir l'application de règles juridiques uniformes ; en cela nous contribuerons à la fixité et à la stabilité du droit. D'autre part, proposer une lecture essentialiste de la notion de savoir-faire qui aura pour avantage de la rendre apte à affronter les nouveaux défis de la propriété industrielle. Ce sera là notre contribution à l'adaptabilité¹⁵⁵ des règles juridiques existantes.

Il est malaisé de donner son assentiment total à l'une de ces conceptions de l'innovation juridique¹⁵⁶. Gardons-nous par ailleurs de tomber dans une telle extrémité. Ceci d'autant moins que la notion de savoir-faire traditionnel n'est pas une notion rebattue qui vient, à la suite de soudains bouleversements, poser de nouveaux défis à la science juridique. Il ne peut être dit du savoir-faire traditionnel comme il a pu l'être de la notion d'entretien qu'il n'est plus tel qu'il existait « *car les fondements sur lesquels il reposait jusqu'à présent ont changé* »¹⁵⁷. Dans le même temps, il est difficile d'y voir une notion entièrement nouvelle. C'est à n'en pas douter une sorte de « Minotaure juridique » qui emprunte au savoir-faire des caractéristiques essentielles et qui tire des règles et normes relevant de la source coutumière des propriétés incompressibles.

Elle n'est pas construite, elle n'est plus totalement à construire. Ces raisons nous ont procuré la conviction qu'il n'est pas opportun d'adopter « *un terme sans passé scientifique, un terme vierge* »¹⁵⁸.

54. Le savoir-faire traditionnel est une notion dont la consistance et la réalité n'apparaissent pas au premier coup d'œil en l'état actuel du droit positif. Il est pourtant possible d'en déceler de façon tout à fait accidentelle et incidente, des manifestations éparses. Ces manifestations interpellent toutes le droit. La réponse à ces *stimuli* de plus en plus nombreux pêche par manque de cohérence et

¹⁵⁵ Une adaptabilité qui confine parfois à des risques d'éclatement de la propriété intellectuelle. V. Pollaud-Dulian F., *Le droit de la propriété industrielle*, Monchrestien, 1999, p. 51, n°112 et la bibliographie citée.

¹⁵⁶ La stabilité que nous désignerons volontiers sous le vocable de rigidité conduirait à adhérer à la méthode jadis, prédominante de l'école des interprètes du Code civil. Cette école vivement attaquée par des juristes comme Saleilles et Lambert et définitivement battue en brèche grâce à l'œuvre de Geny, envisageait le droit comme une science abstraite d'une logique serrée où, d'après l'expression heureuse de Saleilles « Les syllogismes s'échafaudent les uns sur les autres, pour obtenir une Somme magistrale, isolée de toute influence extérieure, qui bien qu'il s'agisse d'œuvre juridique ne semblent avoir rien de commun avec la justice, ni avec l'équité, ni avec l'utilité sociale, mais qui sera un beau chef d'œuvre de logique. » Pour ce qui est de l'impératif d'adaptabilité, certains auteurs dont le Professeur Al-Sanhoury estiment que ce n'est pas par des règles ou des principes que l'on peut y parvenir en droit privé, car la règle est de nature générale et abstraite et le principe est une abstraction de l'ensemble des règles. Il pense que seule l'application de ce qu'il appelle "le standard juridique" et qui doit s'entendre de « la mesure moyenne de conduite sociale susceptible de s'adapter aux particularités de chaque hypothèse déterminée, » peut y conduire de façon satisfaisante. Article cité infra, note 14.

¹⁵⁷ Raynaud de Lage N., « L'entretien : contribution à l'étude de la notion de conservation », *RRJ. 2001-4 (volume 1)* p.1860 et s.

¹⁵⁸ Stoop A., La notion de règle de conduite, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GENY*, op. cit. note 14, p. 140.

souffre d'un éclatement que traduit le foisonnement des tentatives juridiques de conceptualisation. Il est alors difficile de ne pas se rappeler que : « *le droit de la propriété industrielle est un chantier inachevé dans lequel est traitée une matière en fusion* »¹⁵⁹ .

L'image d'un espace, d'un chantier, d'un champ soumis aux forces juridiques marquées par les mécanismes et la philosophie de la propriété industrielle, suggère logiquement, l'idée de l'existence d'un autre espace qui serait exempt de telles considérations. C'est à la découverte de ces deux ensembles, espaces de juridicité ou champs juridiques que le concept de savoir-faire traditionnel nous contraint. Il nous faut donc aller chercher le savoir-faire traditionnel dans différents espaces de droit concernés. Leur implication concurrente ressort d'une observation empirique dont peine encore à rendre compte le droit. Ainsi, la déclaration qui distinguait « *les détenteurs de savoirs traditionnels, (...) soumis à des systèmes juridiques à la fois coutumier et moderne [de] leurs savoirs constituant une matière susceptible d'être régie par ces deux systèmes* »¹⁶⁰ mérite d'être reconsidérée. Qu'il s'agisse d'ordres juridiques, de champs juridiques, de systèmes juridiques, l'intuition de leur pluralité ne fait plus de doute. Mais l'intuition ne suffisant pas, il restera utile de la caractériser.

55. Peut-on pour autant, faire dans cette étude, une utilisation indifférente de tous ces termes ? Leur contenu ne présente-t-il pas quelque spécificité qui doivent être adaptée au cadre particulier de notre étude ? Faut-il préférer le vocable de système juridique à celui de champ juridique ? Ne doit-on pas introduire celui de champ qui, nous le verrons, présente un intérêt non négligeable dans la détermination du savoir-faire traditionnel en tant qu'objet de droit ?

La notion de champ en tant que concept spécifique est d'utilisation récente en droit français ou plus précisément en sociologie juridique française. Conçue sur le même modèle que le champ religieux¹⁶¹, le champ scientifique¹⁶², le champ politique¹⁶³, Pierre BOURDIEU¹⁶⁴ la propose dans un article intitulé « *La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique* »¹⁶⁵. Le champ juridique est un terme qui désigne « *à la fois un ensemble de phénomènes juridiques rassemblés*

¹⁵⁹ Foyer J., Le droit de la propriété industrielle à la fin du 20^{ème} siècle, in *Mélanges J. DERRUPPE*, 1990, p. 379.

¹⁶⁰ Rapport de l'OMPI 1998-1999 sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels, précité, p. 260.

¹⁶¹ Bourdieu P., « Genèse et structure du champ religieux », in *Rev. Fr. de soc.*, XII, 1971, pp. 295- 334.

¹⁶² Bourdieu P., « Le champ scientifique », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 2-3, juin 1976.

¹⁶³ Bourdieu P., « La représentation du champ politique, élément pour une théorie du champ politique », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, fev.-mars 1981 ; voir aussi du même auteur, « Quelques propriétés des champs », in *Questions de sociologie*, Paris, 1980.

¹⁶⁴ Qui le voit tantôt « comme un lieu de lutte entre agents » (« Quelques propriétés des champs », in *Questions de sociologie*, Paris, Editions de minuit, 2002, pp. 113 et 114), ayant des « lois spécifiques » (*La jeunesse n'est qu'un mot*, op. cit. p. 144) et des « loi générales » (p. 113) où l'on doit parfois acquiescer des « droits d'entrée » (pp.115 et 116) ; comme un espace de positions (pp. 198 et 199).

¹⁶⁵ *Actes de la recherche en sciences sociales*, sept. 1986.

dans l'espace ou le temps mais aussi un champ scientifique qui a pour objet ces phénomènes »¹⁶⁶. C'est alors un lieu d'interaction entre plusieurs agents partageant les mêmes enjeux et les mêmes règles du jeu¹⁶⁷. Une conception du champ juridique fondée sur l'activité de ses agents le présente comme « un espace de lutte pour la monopolisation de la compétence juridique et l'interprétation des problèmes sociaux en termes juridiques »¹⁶⁸. Ce champ est principalement animé par les juristes dont on dit parfois avec raison, qu'ils entretiennent l'ésotérisme de leur champ vis-à-vis de tout tiers¹⁶⁹. BOURDIEU développa une réflexion très critique, d'une part, vis-à-vis du formalisme Kelsenien qui affirme l'autonomie de la forme juridique par rapport au monde social et, d'autre part, de l'instrumentalisme Marxiste qui conçoit le droit comme un outil au service des dominants. Selon lui : « il faut prendre en compte l'ensemble des relations objectives entre le champ juridique, lieu de relations complexes obéissant à une logique relativement autonome et (...) le champ social dans son ensemble. »¹⁷⁰ Il ajoute, soulignant la relation asymétrique qui existe entre le droit et la société que : « il n'est pas trop de dire que le droit fait le monde social, mais à condition de ne pas oublier qu'il est fait par lui »¹⁷¹. En fait, le terme de « champ » qui ici est accolé à « juridique » était d'utilisation sporadique avant les travaux de BOURDIEU qui le définit comme « un univers social autonome, capable donc de produire et de reproduire, par la logique de son fonctionnement spécifique un corpus juridique relativement indépendant des contraintes extérieures »¹⁷², marquant en la matière comme dans d'autres, un véritable « moment »¹⁷³. Dans la conception de BOURDIEU des champs

¹⁶⁶ Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Cercle de sociologie et de nomologie juridiques, LGDJ, Paris, 2^{ème} éd. p. 62.

¹⁶⁷ Bourdieu, P., « Quelques propriétés des champs », in *Question de sociologie*, Les éditions de minuit, Paris 1984 p. 113 -120.

¹⁶⁸ Bachelet F., « Droit et politique publique : Les usages sociaux du droit dans la mise en œuvre d'une politique départementale d'aide sociale à l'enfance », in *Les usages sociaux du droit*, P.U.F. 1989 p. 69. La vision qui consiste à voir dans le champ juridique un espace de compétition est une juste transposition de ce qui a pu s'observer relativement au champ sociologique dont la bipolarisation s'est faite autour du duel Bourdieu-Boudon à partir de 1960, à l'ère de la recherche sociale approfondie et de la recherche de paradigmes. Le pôle de Pierre Bourdieu prônait un constructivisme culturaliste. Le pôle de Raymond Boudon défendant un individualisme méthodologique. Cette symétrie Pierre Bourdieu/Raymond Boudon pouvait aussi se lire politiquement (Il y a des gens qui croyaient que la « biographie » était de « gauche » et le « quantitativisme » de « droite » F. Cribier, Mai 68 et les sciences sociales, Cahiers de l'IHTP, n° 11, avril 1989, p.143.), pédagogiquement (clarification du débat entre holisme et individualisme, déterminisme et autonomie, contrainte et liberté, agent et acteur) et méthodologiquement (L'analyse quantitative des faits sociaux pour Boudon et la rétrospective quasi biographique pour Bourdieu).

¹⁶⁹ Peter M. Tiersma proposait une explication sociologique de cette clôture du champ juridique en ces termes: "A sociological answer to why lawyers continue to talk and write in that obscure manner suggests that they do so to build and maintain solidarity. In other words, talking in a pompous, ritualistic, and archaic language of legalese allows lawyers to draw a boundary between them and the lay public."; *Legal Language* (Chicago: University of Chicago Press,1999). p.270-271

¹⁷⁰ Bourdieu, P., « La force du droit ; éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, sept.1986 ; Sur les fondements de l'approche de Pierre Bourdieu de la chose juridique, voir aussi, « Habitus, code et codification » *Actes de la recherche en sciences sociales*, , sept. 1986.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Bourdieu, P., « Quelques propriétés des champs », loc.cit.

¹⁷³ Mauger, G., *Rencontres avec Pierre Bourdieu*, , Bellcombe en Bauges, Editions du Croquant, 2005, p. 654.

juridiques les notions de règle et de norme formelles tiennent peu de place et cèdent le pas à d'autres conceptions de la normativité fondées sur des *raisons pratiques*¹⁷⁴. Ces dernières étant en fait : « *des façons de faire et des justifications établies en réponse à la réalité interne de chaque champ* »¹⁷⁵, l'on perçoit alors moins confusément l'antagonisme qui peut surgir entre le champ juridique marqué par les mécanismes de propriété intellectuelle et celui traditionnel où les mécanismes et les objets d'appropriation sont sensiblement différents.

Pour être plus nette, la perception ci-dessus mentionnée s'éclaire d'une remarque : les champs tels que nous venons de les définir se présentent comme des espaces qui sont ouverts à d'autres acteurs pourvu que ces derniers en adoptent les règles de fonctionnement et se retrouvent dans les « *raisons pratiques* » qui les gouvernent. De plus, la compétition qui y règne entre les différents agents les rend conservateurs et fermés. De ce fait, les champs sont inaptes à interagir en tant qu'ensembles structurés. Il ne peut y avoir, dans cette situation, que des déplacements d'agents qui devront naturellement changer de « *règles spéciales* »¹⁷⁶ en même temps que de « *raisons pratiques* ». Le champ juridique comme nous venons de l'envisager, se rapproche plus de la « *communauté juridique* »¹⁷⁷ du Pr. Pascale DEUMIER que de l'ordre juridique tel qu'il est généralement perçu.

Une telle acception du champ juridique adoptée, l'on ne peut se cacher les inévitables tiraillements entre les forces qui peuplent le même champ juridique, ainsi que ceux qui peuvent faire intervenir lors des transhumances des agents de champs juridiques divers.

56. Mais pour cela il faut d'abord admettre qu'il puisse y avoir ouverture d'un champ sur l'autre. Or nous venons de voir que les champs dans la conception de BOURDIEU n'avaient de perméabilité que dans le **sens entrant, pour des agents potentiels et sous certaines conditions**¹⁷⁸. Il faut alors, sans nier toute utilité à cette première conception des champs juridiques, se tourner vers une autre, et se mettre en accord avec le Doyen CARBONNIER¹⁷⁹ pour qui le champ juridique est

¹⁷⁴ Bourdieu P., *Raison pratiques. Sur la théorie de l'action*, Le seuil, Paris, 1994. On pourra ici faire un rapprochement avec la conception pragmatique du droit combattue par Ronald Dworkin in *L'Empire du droit*, Paris, Puf, 1986

¹⁷⁵ Arnaud A.-J., *Le droit trahi par la sociologie*, LGDJ, Paris, p. 34. Cf aussi Anne Devillé, v° « Champ juridique », in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op.cit. ; Ocqueteau F., Soubrian-Paillet F., « Champ juridique, juristes et règles de droit : une sociologie entre disqualification et paradoxe », in *Droit et société*, n° 32, 1996, pp. 9-26.

¹⁷⁶ Que l'on peut utilement entendre comme l'ensemble des règles formelles d'édition de règles et de participation à l'activité normative.

¹⁷⁷ Deumier, P., *Le droit spontané*, Th. Précitée, pp.326 et s, spec, p. 332 où l'auteure définit la communauté juridique comme « un groupe réunissant tous les critères pour prétendre à la constitution d'un ordre juridique » ; c'est « une entité capable de constituer un ordre juridique autonome » p. 326.

¹⁷⁸ Au nombre desquels l'adoption des raisons pratiques identiques.

¹⁷⁹ Ce dernier réfute le pluralisme juridique, non sans en avoir pourtant admis l'hypothèse (Sociologie juridique, A. Collin, Coll. U. 1972, p. 356) en ces termes : « au même moment, dans le même espace social, peuvent coexister plusieurs systèmes juridiques, les systèmes étatiques, certes, mais d'autres avec lui, indépendants de lui, éventuellement ses rivaux. C'est l'hypothèse du pluralisme juridique. » Après avoir en toute rigueur éprouvé cette hypothèse, il se range à l'idée selon laquelle il ne peut exister que des sources

synonyme de système juridique. En effet, selon ce dernier : « *la réalité ultime, ce n'est pas le phénomène juridique réinséré dans le champ spatial et temporel qui lui est naturel. Le champ où il rencontre d'autres phénomènes juridiques, où des liaisons s'établissent entre eux*¹⁸⁰, [il propose de] *l'appeler système juridique* »¹⁸¹. Le champ juridique ne serait donc plus uniquement un espace de compétition des agents ou des concepts juridiques. Le champ juridique, lorsqu'il est assimilé au système juridique, est aussi un espace de confrontation des différents ensembles ; ce qui a fait dire au Doyen CARBONNIER que le système juridique est un champ en transformation¹⁸².

Une double démarche s'impose donc : une première, exclusive ne satisfait l'esprit que passablement. Elle consiste à envisager le savoir-faire traditionnel au travers de mécanismes propres à l'un ou l'autre champ. Bien qu'indispensable dans la recherche des éléments caractéristiques, il faudra la dépasser. Ceci afin d'en adopter une autre, combinatoire, plus apte à consacrer l'émergence d'une notion cohérente de savoir-faire traditionnel.

57. La base conceptuelle pour une telle démarche existe en droit car les normes, face à l'inadéquation congénitale des lois à la réalité sociale, sont devenues, dans l'esprit juridique moderne, un « *cadre ouvert à plusieurs possibilités* »¹⁸³. C'est justement une de ces possibilités que vont suggérer les règles et normes relevant de la source traditionnelle des réalités sociales, au système juridique moderne. Ici aussi, comme de tradition, il convient de partir du donné pour aboutir au construit.

Pour l'heure, et au titre du donné, le savoir-faire traditionnel se présente comme une réalité diffuse marquée par deux champs juridiques qui semblent s'ignorer (Titre I). Si la notion de savoir-faire nous est apparue ainsi, c'est justement parce que tous les éléments nécessaires à sa cristallisation et à son émergence sont disponibles. Il ne reste plus qu'à procéder à la construction en recherchant les interactions entre les deux champs juridiques pour constater l'émergence d'un concept autonome (Titre 2).

infra juridiques. Il est cependant le fondateur du courant dit de **sociologie législative**, animé par le Laboratoire de sociologie juridique qui se propose d'utiliser la sociologie dans une perspective visant à mettre la législation en phase avec l'état des rapports sociaux. Pour plus de détails, Cf. Laboratoire de sociologie juridique, Brochure de présentation du laboratoire, Université Panthéon-Assas (Paris II).

¹⁸⁰ Pour le Pr. **Jauffret-Spinosi C.**, (La structure du droit français, RIDC 2-2002, p. 272) , si ce lieu d'échange et de confrontation entre différents modèles juridiques ne remet pas en cause la structure du droit d'accueil, c'est à la seule condition que les nouveaux éléments apportés s'intègrent dans des concepts plus généraux et bien établis.

¹⁸¹ **Carbonnier, J.**, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978, p. 157.

¹⁸² Ibidem, p.230.

¹⁸³ **Kelsen H.**, *Théorie pure du droit*, 1^{ère} éd., 1934, p. 151.

Titre 1 EXISTENCE D'UNE REALITE JURIDIQUE DIFFUSE.

58. La lecture des textes et des décisions de justice qui font référence plus ou moins directe au savoir-faire traditionnel¹⁸⁴, révèle une dissipation et un éclatement de l'approche. Il semble ainsi que les études qui ont été menées et les réflexions qui ont été faites, tant dans les fora internationaux que nationaux, se sont dirigées vers une acception immédiatement opérationnelle de la notion de savoir-faire traditionnel. Ce faisant, l'angle sous lequel les choses ont été envisagées a été affecté par la recherche d'une fonctionnalité immédiate. Il en est fatalement résulté que les institutions telles que l'OMPI¹⁸⁵, l'UNESCO¹⁸⁶, le PNUD¹⁸⁷, L'OIT¹⁸⁸, L'OMS¹⁸⁹ et dernièrement l'OMC ont toutes « *vu midi à leur porte* »¹⁹⁰.

¹⁸⁴ Que l'on nomme encore : savoir indigène, savoir traditionnel, connaissances autochtones.

¹⁸⁵ Dont la première démarche ciblée se retrouve dans les 9 *"Fact finding missions on intellectual property and traditional knowledge (1998-1999) « Intellectual property needs and expectations of traditional knowledge holders, »* publication OMPI_N° 768 E ISBN 92-805-0968-3. L'organisation mondiale de la propriété intellectuelle y reconnaît (p.25) entre autres que le terme Savoir traditionnel était un terme de travail et que tout groupe indigène ou communauté locale ainsi que tout détenteur du savoir traditionnel pouvait décider ce qui constitue son savoir, ses innovations, sa culture, ses pratiques et surtout **la manière dont il fallait les définir.**

Un « comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques aux savoirs traditionnels et au folklore » a été mis sur pied et a tenu sa troisième session en juin 2002.

¹⁸⁶ Qui ne s'est intéressé au savoir-faire traditionnel qu'incidemment à l'occasion de ses activités conjointes avec l'OMPI sur la protection du folklore. Voir les documents OMPI-UNESCO/FOLK/AFR/99/1 ; OMPI-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1 ; OMPI-UNESCO/FOLK/LAC/99/1 ; OMPI-UNESCO/FOLK/ARAB/99/1 ; qui ont sanctionné les consultations régionales organisées sur la question respectivement à Prétoria (Afrique du Sud) pour les pays africains, Hanoï (Vietnam) pour les pays d'Asie et du Pacifique, Quito (Equateur) pour les pays d'Amérique latine et des Caraïbes, Tunis (Tunisie) pour les pays Arabes dans le courant de l'an 1999.

¹⁸⁷ Programme des Nations unies pour le développement (PNUD) organisme autonome des Nations unies (ONU) créé par l'Assemblée générale en 1965. Le PNUD travaille en collaboration avec quelques 150 gouvernements et 30 agences intergouvernementales pour fournir l'assistance technique permettant d'améliorer les niveaux de vie et la croissance économique dans les pays en voie de développement en Asie, en Afrique, en Amérique latine, au Moyen-Orient et dans certains pays d'Europe. Les projets du PNUD comprennent des programmes visant à augmenter le taux d'alphabétisation et à assurer des formations professionnelles, à encourager les investissements de capitaux et à développer les capacités technologiques. L'organisme, financé par les contributions volontaires des gouvernements, rend compte une fois par an de ses activités à l'Assemblée générale et tous les six mois au Conseil économique et social. Son siège est à New York. (Microsoft ® Encarta ® 2006. © 1993-2005 Microsoft Corporation. Tous droits réservés).

¹⁸⁸ Organisation internationale du travail (OIT), institution spécialisée des Nations unies, dont les objectifs sont, à l'échelle mondiale, d'améliorer les conditions de travail, de promouvoir le travail productif et le progrès social, et de contribuer à l'accroissement du niveau de vie. L'OIT vit le jour en 1919 en tant que composante autonome de la Société des Nations et établit des relations officielles avec les Nations unies en 1946. Elle reçut le prix Nobel de la paix en 1969, année de l'adoption de la Convention.

Microsoft ® Encarta ® 2006. © 1993-2005 Microsoft Corporation. Tous droits réservés.

¹⁸⁹ L'OMS et ses partenaires visent à permettre à la médecine traditionnelle de jouer un rôle plus important au niveau de la réduction de la mortalité et de la morbidité excessives, particulièrement chez les populations pauvres. Ils ont pour ce faire défini les objectifs que sont : innocuité, efficacité, qualité, accès et usage rationnel. Autant d'objectifs qui, malgré leur pertinence pour les fins de santé publique nous paraissent restrictivement définis. Il faut néanmoins reconnaître que l'OMS est là dans son rôle et surtout dans le cadre de son mandat. V. sur la question : Organisation Mondiale de la Santé. « *General guidelines for methodologies and research on traditional medicine* », Genève, OMS, 2000 (référence du document WHO/ EDM/TRM/2000.1), ainsi que les différents documents sanctionnant les consultations régionales.

¹⁹⁰ L'OMPI dans un rapport récent reconnaissait cette légère déviation de la méthode en ces termes (document WIPO/GRTK/IC/3/9, p. 6) : « *étant donné leur diversité d'orientation, les différentes instances concernées abordent la question des savoirs traditionnels d'une manière décentralisée et hétérogène, chacune selon le domaine d'action, le contexte culturel et éthique, les méthodes d'analyse et les concepts juridiques qui lui sont propres. Il en résulte des chevauchements et parfois des oppositions dans les termes utilisés et les objets qu'ils servent à désigner,..* ».

Or, une notion doit être reconnue et définie avant que ne soit décrite et étudiée son action dans le système juridique. La simple « *fonction d'une notion ne fournit pas le critère de son existence* »¹⁹¹. Ainsi peut-on considérer que les multiples fonctions qui ont été prêtées au savoir-faire traditionnels fournissent, tout au plus, des indices qui nous permettront de tenter une définition plus adaptée de la notion. Procéder ainsi, s'avère utile car le rôle que l'on voulait faire jouer au savoir-faire traditionnel a dicté lors des tentatives précédentes une discutable indifférence entre le champ juridique actif, marqué par les mécanismes de la propriété intellectuelle vis-à-vis du champ juridique traditionnel¹⁹² « passif » qui est pourtant le terreau sur lequel s'est développé le savoir-faire en question¹⁹³. Il n'est pas fortuit de noter que le représentant de l'OMPI, à la réunion de Gaborone¹⁹⁴ organisée par L'ARIPO¹⁹⁵, M. WENDLAND, a mentionné trois options méthodologiques que les Etats et d'autres parties prenantes voient pour la protection des savoirs traditionnels. Selon ce fonctionnaire de l'organisation mondiale, la réflexion générale hésiterait entre trois pistes : « *les systèmes existants de propriété intellectuelle, des systèmes de propriété intellectuelle modifiés et des systèmes sui generis, nouveaux de type propriété intellectuelle.* »¹⁹⁶ Pour lui, toutes ces options soulèvent des questions juridiques, conceptuelles et opérationnelles qu'il propose de n'attaquer qu'après avoir défini clairement ce que recouvre l'expression « savoirs traditionnels » aux yeux de la propriété intellectuelle. Si ces questionnements demeurent aussi forts et aussi présents, c'est que même lorsque, sous l'influence de la vague de Rio 1992, les Etats contractants ont essayé de

¹⁹¹ Morvan P, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon Assas, 1999, p. 550. L'auteur cite à l'appui de son assertion l'expérience de M. Rials dans son étude du standard où il a recensé les définitions : fonctionnel-organique, fonctionnel-matériel, fonctionnel-formel que la doctrine donnait de la notion de standard juridique (Rials, S., *Le juge administratif français et la technique du standard* (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), préface P. Weil, LGDJ, 1980, n°61 s. p. 55 s.), avant d'affirmer que la définition du standard juridique se distinguait de ses fonctions (ibid. n° 93, p.120).

¹⁹² Que l'on peut encore nommer champ juridique indigène.

¹⁹³ L'indifférence entre les deux champs juridiques est habituellement relativisée en ce qui concerne le droit des communautés infra-étatiques. Pour les tenants d'une telle thèse (Deumier, P, *Le droit spontané* op. cit. p. 264), « du fait même de leur localisation dans l'espace territorial d'un Etat, les relations entre leurs sujets ne peuvent prétendre à une parfaite indifférence vis à vis de l'ordre juridique étatique. » Il n'est naturellement pas question pour nous de remettre en cause cette indifférence relative lorsqu'il s'agit des rapports entre les systèmes juridiques globalement saisis, mais certaines notions reçoivent un traitement qui frôle l'exclusion totale de la part de l'ordre juridique étatique, et le savoir-faire traditionnel est de celles là.

¹⁹⁴ Capitale du Botswana, Etat d'Afrique australe.

¹⁹⁵ Organisation régionale de la propriété intellectuelle de l'Afrique est une organisation intergouvernementale créée à Lusaka le 9 décembre 1976. L'adhésion à l'organisation est ouverte à tous les Etats africains membres de la Commission Economique Africaine CEA ou de l'Union Africaine . L'ARIPO est habilitée à délivrer des brevets et à enregistrer des dessins ou modèles pour le compte de ses 15 Etats parties qui sont : Botswana, Gambie, Ghana, Kenya, Lesotho, Malawi, Mozambique, Ouganda, Sierra Leone, Somalie, Soudan, Swaziland, République unie de Tanzanie, Zambie, Zimbabwe.

Sur le continent africain la question des droits de propriété intellectuelle est aussi traitée par l'OAPI (*Organisation africaine de la propriété intellectuelle issue de la modification de l'entente d'établissement de l'Office africain et malgache de propriété industrielle (OAMPI) qui est intervenue à Bangui Centrafrique le 27 mars 1977. L'OAPI compte 15 membres : Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Centrafrique, Tchad, Congo, Djibouti, Gabon, Djibouti, Guinée, Côte d'Ivoire, Niger, Mali, Mauritanie, Sénégal, Togo.*)

¹⁹⁶ Propos rapportés dans « la protection des savoirs traditionnels en Afrique » *Revue de l'OMPI*, janvier 2002, p. 15.

donner la parole aux réalités traditionnelles, un coche semble avoir été raté. D'une situation de départ où la conception des savoir-faire traditionnels était tournée vers les impératifs de la propriété industrielle, on a vu poindre des revendications des communautés traditionnelles qui présentaient toutes les apparences de conditions *sine qua non*, voire de diktat du champ juridique traditionnel. Ces revendications allaient, pour la plupart, dans le sens d'une dilution de la scientificité ou de la technicité qui sont requises en matière de brevets. Le champ juridique traditionnel semble alors être tombé dans le même travers lorsqu'il fut sollicité.

59. Nous l'annonçons, un champ juridique peut être clos ou ouvert. Il peut impliquer une interaction selon la conception du Doyen CARBONNIER¹⁹⁷, ou être autonome selon la conception de BOURDIEU. C'est cette dernière conception du champ juridique, celle d'un espace autonome, qui traversera de part en part ce premier titre.

Il paraît en effet que l'émergence de la question des savoir-faire traditionnels interpelle deux champs juridiques entendus au sens statique du terme¹⁹⁸. L'un semble avoir découvert un nouvel objet de droit et tente par ses moyens et ses mécanismes propres de l'intégrer, de l'incorporer¹⁹⁹, de le digérer. Une sorte de champ juridique curieux²⁰⁰ qui est marqué par une activité normative foisonnante et qui se présente en définitive comme agité²⁰¹. L'autre, bien que recelant l'objet de la recherche, semble en retenir les caractéristiques principales ou vouloir les imposer dans leur entièreté lorsqu'il croit le pouvoir. C'est certainement là que réside l'explication de la déclaration des délégués Philippins à la table ronde de l'OMPI sur les savoirs traditionnels de novembre 1999 qui

¹⁹⁷ Dont il ne faut retenir ici que le caractère interactif et ouvert sans consacrer par là une pluralité juridique que ce dernier n'a jamais admis dans son système de pensée. Pour lui, le champ juridique est unique mais parcouru par des mouvements infra juridiques qui l'enrichissent. Dans le même sens v. Mathieu, B., Verpeaux, M., Avant propos, in *La constitutionnalisation des branches du droit*, Congrès de l'AFC, Dijon, 14/16-6-1996, éd. Economica, 1998, p. 7.

¹⁹⁸ Se posera ici la question du monopole étatique du droit positif. V° à ce propos les récents développements de Olivier BEAUD, *Etat et Souveraineté, élément pour une théorie de l'Etat*, Th., Paris 1989.

¹⁹⁹ C'est le cas en France, au Japon, en Nouvelle-Zélande, en Suisse, et aux Etats-Unis où les autorités ont signalé que les mécanismes de la propriété intellectuelle existants peuvent en général être utilisés pour protéger les savoirs. Il est significatif de noter dans cette optique la déclaration de la Suisse qui établit que, tous les types de droits de propriété intellectuelle prévus par le droit Suisse peuvent être utilisés aux fins de protection du savoir-faire traditionnel (WIPO/GRTKF/IC/3/7, p. 4.) Autant dire que le champ juridique marqué par les mécanismes de propriété intellectuelle organise à travers ses critères d'élection, une réception sélective du savoir-faire traditionnel. Cette réception ne tenant aucun compte des caractéristiques propres du savoir-faire traditionnel si celles-ci ne concordent avec celles du mécanisme de propriété intellectuelle dont le régime est en cause.

²⁰⁰ Ce qualificatif anthropomorphique personnalise peut être excessivement le champ juridique mais il a l'avantage de rendre compte des innombrables et maladroites tentatives qui parfois oscillent entre insistance et indifférence.

²⁰¹ Pour une approche comportementale des champs juridiques, voir entre autres, Hoekema, A. J., « La production des normes juridiques par les administrations », *Droit et Société*, n°27, 1994, spec, p. 317 où l'auteur pose et essaie de résoudre la question du critère permettant de distinguer entre les « systèmes juridiques attaquant le droit officiel » et « les systèmes juridiques confortant le droit officiel ».

affirmaient, s'agissant des peuples indigènes de leur Etat, ce qui suit: « *The indigenous peoples of the Philippines are generally regarded as those who have opted to retain their customs and tradition (...).* »²⁰² Ce champ juridique se présente, à tort ou à raison, comme agressé et assiégé. Nous voyons là, pour notre part, la rançon de son statisme et de sa passivité. Il faut donc procéder à son exploration d'autant que les fleurs qui attisent la convoitise promettent des fruits prodigieux.

Ainsi, convient-il d'abord d'étudier la discutable éviction des règles et normes coutumières (Chapitre 1) avant de poser les bases de la réhabilitation de telles règles et normes (Chapitre 2).

²⁰² Selon notre traduction: “ Les peuples indigènes des Philippines sont généralement vus comme ceux qui ont décidé de retenir leurs coutumes et traditions(...) » Déclaration préparée par **Atty. David A. Daoas**; Commissioner **Romeo B. Dela Cruz, Jr.**, of the National Commission on Culture and the Arts; Ms. Elena Joaquin Damaso, Chairperson, Center for Living Heritage; and Ms. Noela Tinepac Paredes, NCIP Director for Policy, Planning and Research. The technical inputs of Mr. Domingo Nayahangan, Program Manager of the ILO-Indisco Project in the Philippines, Document WIPO/IPTK/RT/99/6A du 27 octobre 1999, version originale.

Chapitre 1. UNE EVICTION DISCUTABLE DES NORMES ET REGLES RELEVANT DE LA SOURCE COUTUMIERE

60. Le propos de ce chapitre n'est pas de fustiger une totale ignorance de la coutume et des sources²⁰³ juridiques non étatiques qui peuvent exister en milieu autochtone ou traditionnel. La réalité est un peu plus nuancée et va des tentatives autogénérées telles que celles des pays du Pacte Andin²⁰⁴ et celles des îles du pacifique, aux « *top-down approaches* » qui privilégient une application mécanique de règles prédéfinies à un niveau supérieur de décision.

En effet les savoir-faire traditionnels, « *la propriété culturelle et intellectuelle indigène, le patrimoine indigène, les droits coutumiers en matière de patrimoine* »²⁰⁵, n'ont intéressé les juristes que très récemment²⁰⁶, du moins en tant que question autonome²⁰⁷. Il est même permis de dire que la rencontre entre la discipline juridique et le savoir-faire traditionnel ne s'est faite qu'incidemment²⁰⁸ et qu'elle n'est pas achevée. L'objectif de la régulation, tel qu'on peut le lire à travers les différentes tentatives, est bien plus large et englobe des disciplines hétéroclites. Pourtant la problématique autochtone n'est pas récente²⁰⁹. Elle n'a

²⁰³ Le terme « source » se rattache au verbe « sourdre » qui signifie « sortir de la terre », en parlant de l'eau. La même métaphore se trouve dans la langue allemande sous le vocable « quelle » et en Italien dans le terme « fonte ». La notion de « source » en droit constitue une métaphore hydrologique à laquelle on a recours pour cerner, sous divers aspects se situant tantôt au niveau de la description, tantôt au niveau de l'explication et de la justification du phénomène du droit en tant que produit social.

L'utilisation de cette image pour approcher le droit n'a pas toujours fait l'unanimité dans la doctrine si l'on se réfère à H Kelsen, « Théorie du droit international coutumier », *Revue. Inter nationale de théorie du droit*, vol.1, 1939, pp. 253-254 ; où l'auteur insiste sur l'ambiguïté de la notion de « source du droit » et préfère parler de « méthode de création du droit ».

²⁰⁴ Décision 391 sur le régime commun concernant l'accès aux ressources génétiques ainsi que la Décision 486 de la Communauté Andine sur le patrimoine biologique et génétique et les savoirs traditionnels.

²⁰⁵ *Savoirs traditionnels : Besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle*, OMPI, Genève 2001, p.25.

²⁰⁶ L'impulsion est venue des peuples Amérindiens qui se sont réunis pour la première fois à Genève en 1977.

L'exemple australien que relate Justin Evans dans son article consacré aux droits fonciers des aborigènes et intitulé; « Indigenous Australians; language and the law » (*Revue Internationale de Sémiotique Juridique* 2002, 15: p.127) est éloquent à propos de tardiveté de prise en compte des droits de populations autochtones « *Until recently (écrit l'auteur), land rights for indigenous Australians were not even an issue on the political agenda.* »

²⁰⁷ Il convient dès l'abord de constater que toutes les désignations terminologiques semblent avoir été faites avec l'idée d'une synonymie qui convainc peu.

²⁰⁸ Voir notamment le Document OMPI/GRTKF/IC/2/7 du 22 juin 2001 pp.4 et 6. L'une des raisons avancées pour expliquer la mise en application timorée des « dispositions types » adoptées par le Comité d'experts de 1982, est le fait d'avoir étendu l'application de ces dispositions aux formes de savoir-traditionnel liés à la médecine et aux pratiques médicinales traditionnelles, aux savoirs agricoles traditionnels et aux savoirs relatifs à la biodiversité, de les avoir en quelques sortes dilués. Cette extension accidentelle et quelque peu artificielle du domaine originel des « dispositions types » est claire. V. cependant en les comparant : Ficsor M., « Etapes vers une protection internationale des expressions du folklore par les droits de propriété intellectuelle » exposé présenté au cours du Forum Mondial UNESCO-OMPI sur la protection du folklore, tenu à Phuket (Thaïlande) du 08 au 10 avril 1997 et Kutty P.V « Study on the protection of expressions of folklore », 1999, étude réalisée pour l'OMPI non publiée, pp.76 et 77.

²⁰⁹ Chavez, L-H., interview donnée à la *Revue internationale de droit des peuples autochtones (RIDPA)* n°1 2001, p. 31

été formulée en des termes juridiques que très tardivement. Quoi qu'il en soit, il s'agit d'une série de tentatives qui prennent naissance tant dans le droit interne que dans le droit international. D'où qu'elles aient été initiées, ces tentatives présentent une constante qui se résume à une quasi permanente éviction des règles et normes relevant de la source coutumière²¹⁰.

61. La notion de source elle-même a reçu plusieurs acceptions dans une doctrine internationale qui ne la distingue pas toujours clairement. Certaines fois, la source est confondue avec le fondement du droit²¹¹. D'autres fois, c'est au substitutif kelsenien à la notion de source, « *la création du droit* », qu'il est fait appel. Il faut noter que ce dernier se rapproche dangereusement de la notion de « *fondement du droit* »²¹².

La notion de source de droit a aussi fait l'objet d'une distinction que nous ne reprendrons pas totalement à notre compte dans la suite de cette étude. Il s'agit de l'habituelle distinction qui est faite entre la « *source formelle* »²¹³ et la « *source matérielle* »²¹⁴ du droit. Notre recherche combinera les aspects formel et matériel des sources du droit tel qu'il est en train de naître relativement au savoir-faire

²¹⁰ Qui pourtant mériterait d'être prise ne compte comme étant la source en dehors du système légal définit par l'Etat qui recèle les règles d'organisation sociale et de gestion des rapports entre les personnes et vis-à-vis des biens (CHAVEZ, interview précité p. 35). Sur la coutume en droit privé voir : Geny, F., *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, T. 1 n° 1091. Lebrun, A., *La coutume (ses sources son autorité en droit privé)*, th. Paris, 1932. Carbonnier, J., *Droit civil T1, Thémis, Droit privé*, PUF. Koschmbahr-Lyskowski, *Le code civil et la coutume, Etudes Capitant*, 1937, p. 403. ; Morel, Ch., *Le droit coutumier social dans l'entreprise, Droit social 1979*, p. 279 s. Kassis, A., *La théorie générale des usages dans le commerce*, Paris, 1984, LGDJ ; *Travaux de l'Association Capitant*, T XXXIV, 1983, Le rôle de la pratique dans la formation du droit.

²¹¹ En droit général ou dans les ordres juridiques internes, les deux termes sont parfois assimilés. Or la problématique des fondements est de nature philosophique. Les fondements ne sont de ce fait pas susceptibles d'une explication ou d'une description juridique car ils se situent par définition en amont du droit (Sur, S. « *la coutume internationale. Sa vie, son œuvre* », *Droits*, vol. 3, 1985, p.120.) On a pu identifier ces fondements dans la *nature des choses, dans la volonté divine*, ou dans la *rationalité de l'homme*. Les ordres juridiques internes fondent plus volontiers le droit sur le pouvoir de l'Etat. Une telle conception cependant ne s'internationalise que difficilement car elle conduit à nier la juridicité des règles de droit international général. Il suffit de songer à des auteurs tels que Thomas Hobbes, fidèlement suivi par Baruch Spinoza, ainsi qu'aux étatistes volontaristes de la fin du 19^{ème} et aux théories du *persistant objector*, qui nient l'existence d'un véritable droit international universel.

²¹² Cette confusion entre la question du fondement du droit et celle de sa création explique selon M. Bizzini P., (« *La théorie des sources face au droit international général : Réflexions sur l'émergence du droit objectif dans l'ordre juridique international, RGDIP*, 2002-3, p. 585), le caractère hypothétique et transcendantal de la "Grundnorm" kelsenienne. Voir sur cette ambivalence : Torriero, H., *L'influence des conventions de codification sur la coutume en droit international public*, Fribourg, édition universitaire, 1989, p. 145 ; Amselek, P., « *Brèves réflexions sur la notion de source en droit* », *Arch. Phil. du Droit*, t. 27, Sources du droit, 1982, pp.251-252 de même que Virally M. « *La pensée juridique* », Paris, LGDJ, 1960, p. 144.

²¹³ La notion de source formelle soulève certaines questions liées à sa définition. En effet comme son qualificatif l'indique, le contenu des règles importe peu. La source formelle est parfois considérée comme créatrice de droit (conception Kelsenienne) ou comme fait normatif (en droit comparé N. Bobbio, *La constitudine come fatto normativo*, Padoue, CEDAM, 1942, pp.19 ss et 28 ss). D'autres fois on y voit simplement des traits formels révélant l'appartenance d'une règle à un ordre juridique donné. Selon que l'on adopte la 1^{ère} ou la seconde conception, la source formelle du droit devient « *constitutive* » ou simplement « *déclarative* ». Pour une discussion plus détaillée de cette distinction en droit international public notamment, voir. P. Buzzini, article précité, p 586 et surtout les intéressantes références bibliographiques portées en note 23.

²¹⁴ Il s'agit là de l'ensemble des facteurs sociaux pouvant inspirer le contenu d'une règle juridique donnée.

traditionnel. Ce sera là une manière de redonner de l'actualité aux thèses d'Emile Durkheim qui, à la fin du 19^{ème} siècle, révélait l'étroite dépendance entre la loi et la réalité sociale²¹⁵. Ceci nous permettra de constater les insuffisances de la méthode qui a prévalu jusqu'à présent, suivant laquelle, la coutume, ainsi que les règles et normes traditionnelles qui régissent originellement le savoir-faire traditionnel, n'ont été mises à contribution que passablement. Il est permis de dire que l'identification de l'objet de droit qu'est le savoir-faire traditionnel, par les moyens systémiques, s'avère laborieuse.

La méthode a consisté principalement en une volonté du champ juridique marqué par la propriété industrielle, de prendre en compte et de recevoir les réalités juridiques du champ juridique traditionnel. Ce n'est donc pas le lieu de constater une absence totale de rapprochement entre les deux champs juridiques en présence. Il sera plutôt question de constater les carences de cette approche, les insuffisances de la manière dont elle a été conduite.

62. Pour ce faire il convient de fonder notre analyse sur la fonction essentielle d'édiction de la règle de droit (Section I) ainsi que celle d'interprétation de la règle de droit et des concepts juridiques (Section II) au travers desquelles le champ juridique marqué par les mécanismes de propriété industrielle, a tenté de prendre en compte le savoir-faire traditionnel.

Section 1. Une approche par l'activité d'édiction de la règle de droit.

63. Par la création originelle du droit, le champ juridique marqué par les mécanismes de propriété intellectuelle a tenté, relativement au savoir-faire traditionnel, de remplir sa fonction d'encadrement et de terminologie. La traduction de ceci a été qu'un nombre de plus en plus considérable de textes nationaux et internationaux rendent compte sciemment ou accidentellement du savoir-faire traditionnel. Il est ainsi possible d'y observer des reflets épars de la notion. A une forte impulsion internationale donnée (Paragraphe I), répond un relais national à géométrie variable (Paragraphe II)

Paragraphe 1. L'impulsion internationale.

64. Les institutions internationales à l'échelle universelle, continentale, et sous régionale ont été les pionnières dans le domaine de la protection du savoir-faire traditionnel. L'on mesurera bien l'impact peu constructif que peut avoir une

²¹⁵ Bécane J-C & Couderc, M., *La loi*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1994, p. 68.

profusion inutile de textes²¹⁶ même lorsque celle-ci allie le contraignant et le simplement déclaratoire.

L'étude des textes pris au sens de l'*instrumentum* est le premier révélateur de la spécificité du savoir-faire traditionnel qui se laisse difficilement emprisonner dans les limites du droit interne. En cela il tient de l'ubiquité que l'on a pu remarquer à propos de l'objet de la propriété industrielle²¹⁷, matière qui est appelée à le régir, du moins pour partie.

Il faut se situer à un croisement d'influences juridiques où des textes écrits croisent les coutumes d'une part, et où des textes à valeur contraignante côtoient et parfois supplantent des déclarations d'autre part. Rendant compte de cette situation particulière, les rapporteurs de l'OMPI dans leurs conclusions constataient en 1999 que : « *les détenteurs de savoirs traditionnels sont soumis à des systèmes juridiques à la fois coutumier et moderne, leurs savoirs constituant une matière susceptible d'être régie par ces deux systèmes* »²¹⁸.

La nécessité d'une protection internationale²¹⁹ est apparue de plus en plus grande en matière de propriété industrielle et l'action de la communauté internationale semble avoir de nos jours pris le pas sur les dispositions internes. Ces dernières ne sont pourtant pas inexistantes, mais elles se voient limitées par le fait que le droit de la propriété industrielle est d'essence territoriale et nationale. Ainsi, le savoir-faire traditionnel se singularise-t-il avant tout, par le nombre et l'importance des instruments internationaux, du droit conventionnel.

65. Les textes relatifs au savoir-faire traditionnel, de quelque organe qu'ils émanent se voient dotés de forces juridiques variées et il s'avère utile de se laisser couler dans cette distinction désormais courante qui oppose les textes à valeur contraignante (A) aux textes à valeur déclarative (B). Derrière cette façade banale se dessinera l'état d'une véritable cacophonie révélatrice des carences de l'approche tentée par le champ juridique moderne.

²¹⁶ Le terme "texte" tel qu'employé peut être utilement pris au sens générique. Ensemble des énoncés d'une règle de droit considérés dans leur expression écrite. Il engloberait alors tout document écrit à vocation normative ou conceptualisatrice et à portée générale, de quelque organe qu'il émane, qu'il soit interne ou international. Ce sera le cas des instruments juridiques au sens du droit international et des juridictions supra nationales ou encore internationales.

²¹⁷ Polaud-Dulian, F., Droit de la propriété industrielle, précité, p. 17.

²¹⁸ Rapport de l'OMPI 1998-1999 sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels, précité, p. 260.

²¹⁹ Pollaud-Dulian F., Droit de la propriété industrielle, Montchestien 1999, p. 45, n°96. V aussi Foyer J., L'internationalisation du droit de la propriété intellectuelle, brevets marques et droits d'auteur, Mélanges PLANTEY, 1994, p. 261 ; Schmidt-Szalewsky J., L'avenir international de la propriété intellectuelle, Mélanges BURST (J.J.), 1997, p. 571.

A. Une réglementation à valeur contraignante²²⁰.

66. Le droit est, semble-t-il, par excellence, la règle qui reçoit une sanction²²¹ obligatoire et qui s'impose de façon générale à tous les citoyens. Pour imposer des règles de conduite, l'Etat a le plus souvent recours à une édicition unilatérale de normes²²². Au plan interne ce sont les lois et règlements. Au plan international²²³, les volontés respectives des Etats s'accordent pour produire des règles conventionnelles à travers des traités. La loi interne est unilatéralement édictée mais la loi internationale est concertée et permet dans le présent cas de concilier les impératifs de la technique et les exigences des Etats attachés à leur souveraineté²²⁴. Le savoir-faire traditionnel participe de cette double approche. Qu'elle soit interne ou internationale, la loi procède avant tout d'une volonté de délimitation, d'encadrement et de définition. En cela elle traduit l'activité du champ juridique moderne qui tente de cerner le savoir-faire traditionnel. La réglementation à valeur contraignante concernera autant les textes en préparation que ceux qui font partie intégrante du droit positif.

Les organisations internationales chargées des questions de propriété intellectuelle ont été les premières à se saisir de la question. Elles ont été ensuite relayées au plan régional par des regroupements politiques d'Etats.

²²⁰ Certains auteurs (Gaudeault-DesBiens, J-F, « La critique autochtone de l'appropriation artistique ou le droit d'auteur dans la tourmente identitaire », *Droit et Cultures*, 40, 2000/2 p. 138 note 11) ont préféré adopter l'expression d' « activité internationale à vocation normative », en tendant par là, non seulement les instruments internationaux édictant, le cas échéant, des normes positives mais aussi, le droit programmatore, de même que les projets, résolutions et rapports desquels pourraient un jour émerger des normes positives ou programmatrices.

²²¹ Pour JHERING, par exemple, « La contrainte exercée par l'Etat constitue le *criterium* absolu du droit, une règle de droit dépourvue de contrainte juridique est un non sens ; c'est un feu qui ne brûle pas, un flambeau qui n'éclaire pas. » Rudolf von Jhering, *Le but dans le droit* (Der Zweck in Recht), 1877.

²²² Plus encore en matière de droit de la propriété industrielle où l'intervention du législateur pour organiser et garantir ces droits est essentiel à cause du caractère immatériel de leur objet. (Pollaud-Dulian F. droit de la propriété industrielle, Précité p. 6 n° 12).

²²³ Où pourtant le critère de la contrainte et de sanction est de plus en plus contesté comme fondant la juridicité. C'est là une contradiction des vues de H. Kelsen (op. cit. 1988, p.77) qui distingue « la norme primaire », véritable règle juridique imputant une sanction à un comportement, et la « norme secondaire », en réalité superflue selon l'auteur, qui prescrit le comportement permettant d'éviter la sanction. Voir aussi dans un sens analogue mais avec la particularité qu'il s'agit de droit interne et que les prémisses différentes, Duguit, L., *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} édition, Paris, Editions de Boccard, 1927, vol. 1, pp. 92-97, qui trouve la spécificité des règles juridiques en ce qu' « elles apparaissent à la masse des esprits comme tellement essentielles à la réalisation du double sentiment qui est le fond irréductible et général de toute l'espèce humaine, le sentiment de solidarité, sentiment solidariste et le sentiment de justice, sentiment individualiste que l'intervention de la force collective pour sanctionner apparaît à tous naturelle et légitime ».

Les auteurs contemporains lui préfèrent celle plus actuelle d'obligatorité sociale ou interpersonnelle (P. Buzzini, op. cit. pp. 587-589)

²²⁴ Schmidt-Szalewski, J., « La protection des droits industriels dans la convention de Marrakech du 15 avril 1994 » in *Mélanges FOYER*, P.U.F. 1997, p.292 ; Vischer, Ch., *Théories et réalités en droit international public*, Paris, 1970, p. 276.

1. L'activisme des organisations internationales spécialisées.

67. Comme signe de l'actualité de la question et de la prise en compte des savoir-faire traditionnels dans les questions internationales traitées par voie contraignante, il faut évoquer les règles que l'Organisation Mondiale du Commerce(OMC)²²⁵ a élaborées au travers des accords sur les ADPIC²²⁶ en annexe de la Convention de Marrakech du 15 avril 1994 créant l'Organisation Mondiale du Commerce.

Certes, ni la dénomination « savoirs traditionnels », ni celle de « savoir-faire traditionnels » n'apparaît explicitement dans les dispositions desdits accords. En cela on peut dire que les normes en découlant ne sont pas spécifiques au savoir-faire traditionnel, voire ne le concernent pas. Et pourtant, les Accords portant sur les ADPIC offrent, à travers les articles 27 à 34 de la Section V consacrés au brevet ainsi que l'article 39 sur la protection des renseignements non divulgués, une base contraignante commune qui s'applique au savoir-faire traditionnel, bien que celui-ci n'en soit pas l'objet exclusif. L'article 39. 2 des ADPIC dispose en effet sous certaines conditions ²²⁷ que: « *Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes, (...).* »²²⁸

68. Ces dispositions ont permis d'absorber, dans le débat général, la question de la protection des connaissances traditionnelles des communautés locales et autochtones. Il a été soutenu dans ce sens, dans les documents

²²⁵ Il faut cependant nuancer le caractère contraignant de l'accord de Marrakech en précisant qu'il impose à ses membres une obligation d'organiser un minimum de protection des différents droits en leur laissant le choix des moyens pour y parvenir. Il s'agit d'une série de propositions minimales qui, une fois acceptées de par les Etats souverains, s'imposent à eux. Les standards retenus sont ceux des traités pertinents préexistants. Il faut lier le texte des accords de Marrakech à la dynamique qui a sous tendu les négociations des Rounds successifs pour en percevoir le caractère véritablement contraignant. Voir sur la question Messerlin, P. A., *La nouvelle organisation mondiale du commerce*, IFRI-Dunod, Coll. Ramses 1995, pp. 18-19 et 255 s ;

²²⁶ Accord sur les aspects du Droit de la propriété intellectuelle touchant au commerce.

²²⁷ Il faut en effet que ces renseignements

« a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;

b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets; et

c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets. »

²²⁸ Aux fins de cette disposition, l'expression "d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes" s'entend au moins des pratiques telles que la rupture de contrat, l'abus de confiance et l'incitation au délit, et comprend l'acquisition de renseignements non divulgués par des tiers qui savaient que ladite acquisition impliquait de telles pratiques ou qui ont fait preuve d'une grave négligence en l'ignorant.

préparatoires de la Conférence ministérielle de l'OMC de 1999, que « *les connaissances traditionnelles [soient considérées comme] constituées en grande partie d'innovations, de créations et d'expressions culturelles conçues ou conservées par leurs dépositaires actuels qui peuvent être définies comme des individus ou des communautés entières, des personnes physiques ou morales qui ont des droits.* »²²⁹ Par la suite, la déclaration ministérielle de DOHA, adoptée à la 4^{ème} conférence ministérielle de l'OMC (9-14 novembre 2001) a confirmé l'importance des savoirs traditionnels. Elle a ainsi donné mission au Conseil des ADPIC²³⁰ d'examiner les relations qui pouvaient exister entre les ADPICS, la Convention sur la diversité biologique, et la protection des savoirs traditionnels et du folklore. Il a été à cette occasion demandé aux membres du Conseil d'examiner une série de questions connexes, en application de l'article 71.1²³¹ relatives aux possibilités d'amendement et d'évaluation des dispositions de l'ADPIC. Se fondant sur les articles 27.3 (b) et l'article 71.1 des ADPICS, plusieurs propositions furent faites par les pays en voie de développement pour rendre plus pertinentes les dispositions de l'accord.

Ainsi, des propositions furent faites²³² allant dans le sens d'une intégration dans le corpus de l'accord, de dispositions :

- réaffirmant la souveraineté des Etats sur les ressources de leur diversité biologique et le caractère inaliénable des droits y afférents.
- Relatives aux savoir-faire traditionnels dans la Partie I de l'Accord consacrées aux dispositions générales et aux principes fondamentaux.

D'autres membres de l'OMC, comme l'Inde, ont proposé que soit rendu obligatoire, dans les demandes de brevet pour des inventions biotechnologiques, l'indication du pays de provenance, celle du respect de la règle du consentement préalable lors de la collecte du matériel biologique²³³.

Le groupe africain, quant à lui, a fait appel à l'article 27 3.b de la CDB²³⁴ pour justifier sa loi cadre *sui generis*. La Bolivie, l'Equateur, Nicaragua et le Pérou ont

²²⁹ Proposition de la Bolivie, de la Colombie, de l'Equateur, du Nicaragua, et du Pérou, en date du 12 Octobre 1999, voir document WT/GC/W/362 de l'OMC.

²³⁰ Organe chargé au sein de l'Organisation mondiale du commerce du suivi des accords ADPIC.

²³¹ Article 71.1 des ADPICS « A l'expiration de la période de transition visée au paragraphe 2 de l'article 65, le Conseil des ADPIC examinera la mise en oeuvre du présent accord. Il procédera à un nouvel examen, eu égard à l'expérience acquise au cours de la mise en oeuvre de l'accord, deux ans après cette date et par la suite à intervalles identiques. Le Conseil pourra aussi procéder à des examens en fonction de tout fait nouveau pertinent qui pourrait justifier une modification du présent accord ou un amendement à celui-ci. »

²³² Par Cuba, la république dominicaine, les Honduras et le Nicaragua.

²³³ Ces indications ont entre autres pour but de contribuer à faciliter le partage des bénéfices.

²³⁴ Convention sur la diversité biologique.

quant à eux préconisé une démarche basée sur une étude préalable qui aboutirait à une réglementation internationale et générale.

Les pays développés membres de l'OMC n'ont pas objecté à cette nécessité de protection du savoir-faire traditionnel. Ils soutiennent cependant l'idée de la compatibilité en l'état de la Convention sur la diversité biologique de juin 1992 avec les ADPIC²³⁵. En remettant entre les mains des commissions de spécialistes les questions pratiques relatives aux aspects touchant à la propriété intellectuelle, l'OMC ne néglige pas pour autant les aspects relatifs au droit de l'environnement.

Ainsi, la pertinence des dispositions citées pour faire face aux questions du savoir-faire traditionnel a d'abord été analysée au regard des impératifs environnementaux²³⁶. Dans le contexte des activités du Comité du commerce et de l'environnement, le Secrétariat de l'OMC a élaboré plusieurs documents qui mettent en évidence la façon dont les obligations des Etats membres de l'OMC, en ce qui concerne la non-discrimination dans le commerce international, interagissent avec la protection des savoir-faire traditionnels²³⁷. L'idée maîtresse de ces documents se résume à la nécessité pour les accords ADPIC de ne pas porter atteinte à la protection des savoir-faire traditionnels par les régimes de propriété intellectuelle ou de non propriété intellectuelle, tel que le droit des obligations. Pour ce qui est des techniques qui peuvent porter atteinte à l'environnement, l'article 27-2 de l'accord sur les ADPIC permet que les Etats membres de l'OMC les excluent du champ de la brevetabilité sous réserve que certaines conditions soient remplies²³⁸. Si à l'échelle universelle, les savoir-faire traditionnels semblent avoir été abordés par des institutions spécialisées, au plan régional, ce sont des regroupements politiques à vocation générale qui se sont saisis de la question.

²³⁵ Cette position a été récemment réitérée lors de la réunion du Conseil des ADPIC tenue du 5 au 7 mars 2002. Lors de cette réunion, des pays comme Les USA, l'Union Européenne, le Japon et la Norvège ont néanmoins suggéré d'attendre le résultat des diverses consultations internationales qui sont en cours alors qu'à l'inverse, les Etats comme le Brésil et l'Inde voulaient engager le conseil dans une réglementation imminente.

²³⁶ Même si certains Etats n'ont pas cessé de marteler dans ces fora internationaux que « la valeur aussi bien économique et commerciale que culturelle des connaissances traditionnelles pour leurs dépositaires justifie et alimente leur désir légitime qu'elles soient légalement reconnues comme objet de propriété intellectuelle. » (document WT/GC/W/362 de l'OMC, précité.)

²³⁷ Entre autres documents nous citerons les suivants qui nous semblent les plus importants : Environnement et ADPIC (WT/CTE/W/8 et W/8 Corr.1), Convention sur la diversité biologique et ADPIC (WT/CTE/W/50) les rapports entre la Convention sur la diversité biologique (CDB) et les ADPIC avec une emphase particulière sur l'article 27-3 b (WT/CTE/W/125)

²³⁸ De telles exclusions pouvant être faites à condition qu'elles ne tiennent pas uniquement au fait que l'exploitation commerciale est prohibée par la loi. Il faut surtout qu'une telle interdiction satisfasse à des besoins de protection de l'ordre public, de la morale, de la santé et de la vie des personnes et des animaux, des végétaux ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement.

2. L'implication des Organisations régionales.

69. Toute cette activité normative internationale a été relayée au plan régional par des organisations à vocation continentale et politique comme l'OUA²³⁹, depuis devenue l'UA²⁴⁰ ainsi que par des organisations interétatiques à vocation économique²⁴¹ telle que l'Union Européenne.

L'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) a activement participé aux travaux de Rio en 1992 ainsi qu'à ceux de Marrakech qui ont donné naissance aux Accords ADPIC. Dans la foulée, l'OUA a, par le truchement de sa Commission chargée des questions de recherche scientifique et technique, identifié le problème de la propriété, de la conservation et de l'utilisation des bioressources en Afrique comme une priorité en matière de recherche et développement²⁴². La question générale de la protection de l'environnement, dans laquelle venait s'inscrire celle plus particulière des savoir-faire traditionnels, était traitée depuis peu comme un impératif continental²⁴³. Il résulte de cette action diligente²⁴⁴, la création d'un groupe d'experts en avril 1998 à Addis Ababa qui a élaboré un projet de Loi-type africaine²⁴⁵ sur la protection des communautés, agriculteurs et obtenteurs locaux et sur la réglementation de l'accès aux ressources biologiques²⁴⁶. Cette loi-type qui s'applique notamment aux ressources biologiques, à leurs dérivés et aux « *connaissances et technologies des communautés* »²⁴⁷, propose une définition de ce qu'elle appelle « *savoir communautaire* » qui, au-delà de ses objectifs généraux²⁴⁸, retient l'attention. Aux

²³⁹ Organisation de l'Unité Africaine créée à Adis Abeba en 1961 et devenue Union africaine en juillet 2000.

²⁴⁰ Union Africaine, qui a succédé à l'OUA par substitution en 2003.

²⁴¹ Du moins à l'origine, et ce même si l'affirmation est largement dépassée de nos jours.

²⁴² La question de la conservation et des droits de propriété sur les ressources biologiques et les savoirs traditionnels a été formulée pour la première fois à Kampala (UGANDA) au cours de la 5^{ème} réunion des experts en matière de médecine traditionnelle africaine et des plantes médicinales en 1996.

²⁴³ Du moins dans les textes comme la Convention de Lomé IV entre la CEE et les 68 Etats ACP signée le 15 décembre 1989 et entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1990 où il est déclaré que priorité doit être accordée à la protection de l'environnement et à la conservation des ressources naturelles (Article 6 alinéa 2) et que la gestion rationnelle des ressources naturelles est un moyen pour parvenir à cette fin (Article 6 alinéa 1^{er}). Dans le même registre, un écho un peu atténué des ces dispositions peut être décelé dans le traité instituant la Communauté économique africaine, le 3 juin 1991 à Abuja au Nigéria dont l'article 58 déclare que les Etats devront promouvoir un environnement sain et adopteront à cet effet des stratégies et des politiques adéquates aux plans national, régional et continental.

²⁴⁴ En avril 1997, la Commission de l'OUA a organisé un atelier sur la « stratégie en matière de plantes médicinales : question de propriété, d'accès et d'utilisation » à Nairobi (KENYA). Le but de cette dernière réunion était de concevoir une série d'actions et de mesures de suivi relativement aux questions soulevées par la réunion de Kampala.

²⁴⁵ Dont le caractère contraignant sera affirmé plus tard par le conseil des ministres de l'OUA (1998) qui a légitimé le mandat de la Commission de l'OUA pour les sciences la technique et la recherche en vue de l'élaboration d'un instrument contraignant relatif à la protection des droits de communautés.

²⁴⁶ Troisième session ordinaire de la Conférence OUA/AEC des ministres africains du commerce, 16-18 septembre 2000, Egypte.

²⁴⁷ Art. 2.1)j-iii)

²⁴⁸ Qui sont : 1/ sécurité alimentaire ; 2/ promotion de droits souverains et inaliénables ; 3/ octroi de droits collectifs ; 4/ importance des innovations technologiques communautaires ; 5/ promotion de la participation des communautés autochtones au débat au plan national ; 6/ promotion de l'information préalable ; 7/ le partage équitable des bénéfices.

termes de cette Loi-type, il faut entendre par savoir communautaire ou savoir autochtone, « *la somme de connaissances qui, s'étant développées au long des années dans les communautés autochtones ou locales, sont essentielles à la conservation et à l'utilisation durable des ressources biologiques* ²⁴⁹ ou ²⁵⁰ *présentent une valeur socio-économique* »²⁵¹. L'article 1^{er} de la loi, tel qu'il a été définitivement adopté définit les connaissances des communautés comme : « *les connaissances accumulées qui sont vitales pour la conservation et l'utilisation durable des ressources biologiques ou ayant une valeur socio-économique, et qui se sont développées au fil des années dans les communautés autochtones ou locales* ». Une fois encore, que ce soit pour l'une ou l'autre mouture, il est à noter que la définition qui est proposée paraît hémiplogique en ce qu'elle n'approche le savoir-faire traditionnel que par sa valeur économique ou son utilité environnementale. Aucune mention n'est faite des caractéristiques substantielles ou matérielles des savoir-faire en question. L'on peut en revanche noter que la relative longueur de son élaboration, le site de son élaboration et même l'importance du savoir-faire traditionnel pour la conservation et l'utilisation durable des ressources biologiques figurent dans cette tentative de définition. Si l'on entreprend de retenir ces critères pour rechercher un contenu au « *savoir communautaire* », l'on est saisi de vertige face à la foule de connaissances qui sont éligibles et à l'impossibilité²⁵² corrélative de les fédérer dans un régime commun de protection. En effet, un essai de décomposition de la formule de la loi-cadre africaine peut ainsi se lire :

Constitue un savoir autochtone ou un savoir communautaire, une connaissance développée dans une communauté autochtone ou locale qui est essentielle à la conservation et à l'utilisation durable des ressources biologiques.

Constitue aussi un savoir communautaire ou savoir autochtone, une connaissance développée au long des années dans des communautés locales ou autochtones et qui présente une valeur socio-économique. Il semble se dégager d'une telle lecture deux catégories de savoirs autochtones ayant des critères communs permettant de les regrouper et des critères spécifiques qui les distinguent.

Les critères communs semblent être : le caractère immatériel de l'objet, la durée plus ou moins longue d'élaboration et le site communautaire autochtone ou local de l'élaboration.

²⁴⁹ Que la loi elle-même définit comme les : « *ressources génétiques, organismes ou parties de ces organismes, populations, ou tout autre élément des écosystèmes, y compris les écosystèmes eux-mêmes, possédant une utilité ou une valeur réelle ou potentielle pour l'humanité* » (art. 1).

²⁵⁰ C'est nous qui soulignons.

²⁵¹ Troisième session ordinaire de la Conférence OUA/AEC des ministres africains du commerce, 16-18 septembre 2000, Egypte, 2^{ème} partie - définitions.

²⁵² Ou du moins la grande difficulté.

70. Les critères spécifiques, quant à eux, seraient pour l'un, d'être essentiel à la conservation ou à l'utilisation durable des ressources biologiques et pour l'autre, de présenter une valeur socio-économique.

Il ne saurait, en l'état actuel de la rédaction de cette définition, être question d'une lecture combinée de ces derniers critères. De ce fait, les connaissances qui seraient nécessaires à la conservation et à l'utilisation des ressources biologiques en même temps qu'elles présentent une valeur socio-économique ne sauraient relever *stricto sensu* de la définition proposée. Au-delà du texte, il est possible de faire appel à l'esprit de l'article précité. Dans ce sens, on ne saurait soutenir une exclusion d'une connaissance de la définition de savoir communautaire pour la simple raison qu'en plus d'être essentielle pour la conservation et l'utilisation durable des ressources, elle présente une valeur socio-économique.

Une telle acception du savoir-faire traditionnel semble tournée plus vers son exploitation que vers la caractérisation d'une notion, une véritable définition. De fait, la définition semble disperser plus qu'elle ne fédère. Sa vocation œcuménique rend la tentative définitionnelle infructueuse et imprécise. Il demeure que ce projet de loi-type a été soutenu par le gouvernement d'Ethiopie, lors du 34^{ème} Sommet des chefs d'Etat et de gouvernement de l'OUA à Ouagadougou (Burkina-faso), en juillet 1998 à l'issue duquel les recommandations suivantes ont été faites aux Etats membres :

- Adopter le projet de loi-type sur la protection des communautés, agriculteurs et obtenteurs locaux et sur la réglementation de l'accès aux ressources biologiques et enclencher un processus national de législation en collaboration avec les détenteurs de savoir-faire traditionnel.
- Initier un processus de négociation interétatique afin d'élaborer une Convention africaine sur la diversité biologique avec une emphase particulière sur les questions relatives aux conditions d'accès aux ressources biologiques et aux droits des communautés.
- Développer une position commune africaine sur la préservation des intérêts vitaux des communautés et forger une alliance avec d'autres Etats du Sud en vue de la révision des ADPIC²⁵³.

On peut alors se demander si la voie de la réglementation *sui generis* que semble privilégier la loi-type africaine est la plus adéquate²⁵⁴ ? Il est important dans ce sens

²⁵³ Dans ce dernier sens, la décision et la recommandation du conseil des ministres de l'OUA ont mis les ADPIC en général et leur article 27.3 (b) en particulier, ainsi que toute question relative aux savoirs traditionnels dans la programmation nationale de la majorité des pays. Le conseil a aussi légitimé par la même occasion, le mandat de la Commission de l'OUA pour les sciences la technique et la recherche pour l'élaboration d'un instrument contraignant relatif à la protection des droits de communautés.

²⁵⁴ Hormis la frilosité compréhensible de la doctrine classique qui peut trouver hasardeux d'échafauder un autre système de protection ayant sa propre logique puisque « *sui generis* » ou d'introduire de nouvelles variantes dans un système, celui des « UPOV », dont l'économie interne venait d'être maîtrisée. Il a d'abord fallu franchir ces obstacles conceptuels et intellectuels.

de s'interroger sur la propension d'un tel système à satisfaire à l'exigence d'« *effectivité* » contenue dans l'article 27.3 (b) des ADPIC²⁵⁵. Cette disposition se place dans la continuité d'une affirmation contenue dans l'article 27.1 qui prévoit que les brevets sont utilisables pour toutes les inventions, de produits ou de processus et dans tous les domaines de la technologie. Plus généralement, l'article 27 traite de brevets en admettant trois exceptions aux règles de base sur la brevetabilité. La première concerne les inventions contraires à l'ordre public ou à la moralité, la deuxième permet d'exclure de la brevetabilité, les méthodes diagnostiques thérapeutiques et chirurgicales, la troisième concerne les animaux et les végétaux. C'est à propos de cette dernière exclusion qu'il est fait obligation corrélative de prévoir un système alternatif « *efficace* »²⁵⁶.

L'absence d'une conception univoque de ce que l'on peut entendre par « efficace » au sens de cet article rend la tâche plus ardue.

Si la loi-type africaine se présente sous les lignes d'un instrument contraignant, il ne faut pas pour autant oublier le caractère qu'elle tire de sa forme. Il s'agit d'une loi-type qui a principalement vocation à tracer les orientations générales des dispositions nationales. De sorte que la force contraignante de cette loi peut se réduire à l'obligation qui y est faite aux Etats membres de légiférer en la matière et dans le sens des lignes directrices dégagées au plan continental. Une telle précision expliquerait la généralité des termes de la loi-type africaine ainsi que l'absence d'une définition substantielle des savoirs traditionnels. Il reste que cette initiative de l'OUA introduit les pays africains dans le débat. Comme l'a fait remarquer le Pr. EKPERE, ancien secrétaire exécutif de la Commission de l'OUA chargée de la recherche scientifique et technique : « *the sui generis system provides the developing countries an opportunity to protect their biological resources, traditional knowledge and cultural belief heritage. It enables sovereign States to formulate and enact laws that are relevant to their unique levels of economic development and consistent with their implementation capacity and expertise* »²⁵⁷.

La loi-type africaine offre ainsi, une base pour une coopération et une intégration

²⁵⁵ L'Article 27-3 b) des accords ADPIC dispose que « sont exclus de la brevetabilité, les végétaux et les animaux autres que les micro organismes et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et micro-biologiques » Cependant les membres devront se pourvoir d'une protection sur les variétés végétales par des brevets, par un système « *sui generis* » ou par une combinaison des deux moyens.

²⁵⁶ Article 27-3 (b) « ... Toutefois, les Membres prévoiront la protection des variétés végétales par des brevets, par un système *sui generis efficace* (...) . » ; Voir aussi Ilbert, H. « la convention sur la biodiversité et les accords de droit de la propriété intellectuelle : enjeux et perspectives » Etude pour le ministère de l'aménagement du territoire (France) ; Solagral, Avril 2001, p.15

²⁵⁷ Ekpere, J. A. "sui generis" system: the case of the "OAU model law on the protection of the rights of local communities, farmers and breeders and for the regulation of access to biological resources", paper presented at the "International seminar on Systems for the protection of traditional knowledge". New Delhi, India, April 3-5, 2002. Traduit par nos soins : « Le système *sui generis* offre aux pays en développement une opportunité de protéger leurs ressources biologiques, savoir-faire traditionnels et héritage culturel. Il permet à des Etats souverains de formuler et d'édicter des lois appropriées à leur niveau de développement économique et en phase avec leur capacité d'implémentation. »

régionales des systèmes, sans montrer de véritable audace quant à la définition et à la circonscription de la notion de savoir-faire traditionnel.

Si l'activité internationale à vocation contraignante manque d'audace et de pertinence quant à la question spécifique du savoir-faire traditionnel, tel que nous venons de le voir, les textes internationaux à valeur déclaratoire, quant à eux, semblent mieux cibler l'objet de notre recherche.

B. Des textes à valeur plus ou moins déclaratoire

71. Le manque de force contraignante ne postule pas en droit international un manque de juridicité²⁵⁸ des instruments en cause. En matière de savoir-faire traditionnels, cette absence de contrainte est considérablement compensée par la recherche d'un contenu. Les textes non contraignants véhiculent des références claires et spécifiques malheureusement frappées de limites techniques importantes.

1. Des textes spécifiques.

72. A la différence des textes et instruments à vocation contraignante qui ont été précédemment analysés, le savoir-faire traditionnel fait l'objet d'une approche spécifique puisque marquée par une tentative d'appréhension directe. Les textes, qui presque tous, émanent des structures des Nations Unies, offrent une vision contradictoire imputable aux différents mandats des institutions ou structures qui les adoptent.

De part leur nature d'institution spécialisée ou de forum spécialisé, les différentes structures en question ont conduit des approches sectorielles qui méritent une attention toute particulière en ce qu'elles traduisent le caractère multifacettes de l'objet d'étude.

73. Le PNUE²⁵⁹ a fourni, au cours de ces dernières années, une activité soutenue²⁶⁰ sur le thème des savoirs traditionnels. Son Secrétaire exécutif, dans une

²⁵⁸ M. Virally (« Le phénomène juridique » , *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* , 1966 p. 27) insiste beaucoup sur la pluralité et la diversité des règles juridiques ; prenant l'exemple de règles habilitatrices, il affirme que « la norme juridique elle-même ne peut être définie dans tous les cas et exclusivement par son caractère obligatoire » ; Voir dans un sens analogue Morand, Ch. A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris LGDJ, 1999, p.175.

²⁵⁹ L'organisation environnementale de coordination globale du système des nations unies. Sa mission est de fournir une direction et d'encourager des partenariats pour prendre soin de l'environnement en inspirant et en informant les nations et les peuples et en leur permettant d'améliorer leur qualité de vie sans compromettre celle des générations futures.

²⁶⁰ La cheville ouvrière de cette activité est le secrétariat de la convention pour la biodiversité qui a en charge la coordination des différentes structures des nations unies en vue mettre en application l'article 8j de la convention sur la biodiversité de Rio. La Conférence des parties, l'organe suprême de décision de

note²⁶¹ récente fait observer la variété des modèles de législation qui peuvent valablement soutenir la recherche d'un régime *sui generis* pour la protection du savoir-faire traditionnel en matière de diversité biologique. Référence était ainsi faite aux dispositions du Projet de loi-type africaine sur l'accès aux ressources génétiques élaboré par l'OUA, aux dispositions type UNESCO/OMPI sur la protection du folklore, aux principes directeurs dégagés par la Sous-Commission pour la prévention des discriminations et la protection de minorités²⁶², ainsi qu'aux travaux des ONG telles que Third World Network (TWN) la fondation internationale pour l'essor rural²⁶³ (RAFI) et la Research Fondation for Science, Technology and Ecology.

74. L'Organisation mondiale de la Santé (OMS) a estimé, quant à elle, que : « *les règles de protection prévues dans les normes internationales applicables au droit des brevets ainsi que dans la plupart des lois nationales classiques sur les brevets ne suffisent pas actuellement à protéger les savoirs traditionnels et la biodiversité.* »²⁶⁴ Les consultations régionales qu'elle organise n'ont fait que mettre en exergue la nécessité « *de s'employer à mettre en place un système approprié de protection des droits de propriété intellectuelle des savoirs traditionnels*²⁶⁵ *dans les domaines de la santé et de la médecine, qui servirait de fondement aux pays pour l'adoption de leur propre cadre de protection* »²⁶⁶

Ainsi, dans le pur respect de son mandat, les travaux de l'OMS pour les médecines traditionnelles ou parallèles ont eu pour but d'aider les pays à :

- élaborer des politiques nationales portant sur l'évaluation et la réglementation de ces pratiques ;

la convention, se réunit tous les deux ans. Depuis décembre 1993, date à laquelle la convention est entrée en vigueur, la Conférence des parties a tenu 5 sessions ordinaires et une session extraordinaire.

²⁶¹ Document UNEP/CBD/WG8J/1/2, du 10 janvier 2000, pp. 6-7.

²⁶² Document E/CN.4/ Sub.2/1995/26. Créé en 1982 par le Conseil Economique et Social des Nations Unies, ce groupe est un organe subsidiaire de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme (anciennement appelée sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités). Les tâches de ce groupe de travail peuvent se résumer comme suit : « examiner les faits nouveaux nationaux qui ont trait à la promotion et à la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones ; élaborer des normes internationales concernant les droits de peuples autochtones, en tenant compte à la fois des similitudes et des différences entre leurs situations et leurs aspirations respectives dans toutes les régions du monde ».

²⁶³ Rural Advancement Foundation International (RAFI) est une organisation de la société civile internationale à but non lucratif dont le siège se trouve au Canada. RAFI jouit du statut formel d'observateur auprès du Conseil économique et social des Nations Unies, de la Conférence des nations unies pour le commerce et le développement (CNUCED), et de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO).

www.ectgroup.org

²⁶⁴ <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/2003/fs134/fr/> (1^{er} mai 2003)

²⁶⁵ C'est nous qui soulignons.

²⁶⁶ Engagement de Madang en faveur des îles santé, Conclusions et recommandations, Réunion des Ministres de la Santé des Pays océaniques, Madang, Papouasie- nouvelle- guinée, 14-15 Mars 2000, p. 12 (www.wpro.who.int/pdf/final_madang_french.pdf). Ce point important est le centre de la Stratégie de l'Oms pour la médecine traditionnelle 2002-2005 (http://www.who.int/medicines/library/trm/trm_strat_fr.pdf). V. aussi Médecine traditionnelle : besoins croissants et potentiel, *WHO Policy perspectives on Health n° 2-2002*, Genève, Suisse.

- établir une base de données plus solide sur l'innocuité, l'efficacité et la qualité des produits et pratiques traditionnels ou parallèles ;
- veiller à ce que ces médecines soient accessibles et abordables, notamment les plantes médicinales essentielles ;
- promouvoir le recours justifié sur le plan thérapeutique à ce type de médecine, de la part des prestataires de soins comme des consommateurs²⁶⁷.

75. Le centre des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED), le programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) se sont aussi intéressés de façon spécifique aux savoirs traditionnels²⁶⁸. Le savoir-faire traditionnel est, de ce point de vue, et par plusieurs aspects, entré en contact avec l'activité régulatrice de l'organisation universelle. L'approche la plus explicite dans les termes et la plus exploitée est celle de l'article 8.j) de la Convention sur la diversité biologique de 1992²⁶⁹ qui dispose que chaque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra, sous réserve des dispositions de sa législation nationale « *respecte, prévient et maintient les connaissances, innovations pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnel présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques.* » C'est là un résumé de la philosophie générale des Nations Unies sur la question désormais omniprésente des savoir-faire traditionnels. En effet, hormis l'orientation environnementaliste à laquelle l'on doit le cantonnement des règles et principes dégagés²⁷⁰ au domaine de la diversité biologique²⁷¹ et de la désignation des communautés autochtones comme détentrices des droits à formaliser, les sujets de

²⁶⁷ Lancement par l'OMS de la 1^{ère} stratégie mondiale pour les médecines traditionnelles ou parallèles *Communiqué de presse OMS/38* du 16 mai 2002.

²⁶⁸ La liste des organismes cités n'étant pas exhaustive, il convient de citer : Le fond des nations unies pour les activités en matière de population, le Programme alimentaire mondial, (PAM), le fond des nations unies pour l'enfance (UNICEF), et le fond international de développement agricole (FIDA).

²⁶⁹ Dont le préambule affirme déjà qu'il est souhaitable d'assurer un partage équitable des avantages découlant de l'utilisation des connaissances et pratiques traditionnelles.

²⁷⁰ Au premier rang desquels le **Principe 22 de la Déclaration de Rio** qui se lit comme il suit : « Les populations et communautés autochtones et les autres collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles. Les États devraient reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, et leur accorder tout l'appui nécessaire, et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable. »

²⁷¹ Il est à noter à ce propos que la portée des savoirs traditionnels dans le cadre de la convention sur la diversité biologique est plus étroite que le concept sur lequel l'OMPI a basé ses travaux.

réflexion et les orientations générales sont posés. Ils se situent dans la continuité de textes précédents ; ce en quoi ils contribuent à l'enrichissement du droit international coutumier par un mécanisme particulier. En effet, à cause de la jeunesse et de la rapidité du développement du droit international de l'environnement, la création des règles coutumières n'a pu se faire dans ce domaine selon les schémas traditionnels qui exigent une pratique étatique plus ou moins longue. Selon le Pr. Alexandre KISS, l'activité des organisations internationales a joué un rôle capital à cet égard en ce qu'elles ont formulé des principes dans des instruments juridiquement non obligatoires qui ont par la suite été repris par d'autres instruments, souvent obligatoires. Pour l'auteur : « *l'exigence d'une pratique internationale était ainsi remplie essentiellement par la répétition des règles dans différents textes, tantôt sous forme de résolutions émanant d'organisations ou de conférences intergouvernementales*²⁷², tantôt sous forme de traités. »²⁷³

Leur réalisation, de l'avis commun, nécessite cependant trois sortes de mesures législatives qui laissent entrevoir l'étendue du travail de construction qui demeure ²⁷⁴. Ainsi, la « *formulation-source* » ²⁷⁵ en matière de savoir-faire traditionnels découlant de la déclaration de Rio, est déjà elle-même partielle du fait de la structure qui l'a élaborée.

76. Dans le domaine du droit de l'environnement, il est utile de mentionner aussi une autre convention des Nations Unies, celle sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique²⁷⁶. Nous signalerons la particularité de cette Convention en ce qu'elle adopte, et ce pour la première fois, à notre connaissance, le terme de « **savoir-faire traditionnel** » ²⁷⁷ pour désigner les connaissances pratiques et techniques traditionnelles. Les articles 16g²⁷⁸, 17c, et 18-2²⁷⁹ indiquent clairement

²⁷² En l'occurrence la Conférence de Stockholm de 1972.

²⁷³ Kiss, A., « Le droit international à Rio de Janeiro et à côté de Rio de Janeiro », *RJE*, 1-1993, p. 70.

²⁷⁴ Les trois mesures qui sont en définitive abandonnées à la prudence du législateur national sont : la définition de normes concernant la disponibilité, la portée et la jouissance des droits en matière de savoirs, d'innovation et de pratiques des communautés autochtones et locales, ainsi que la prise de mesures concernant la sanction de ces droits ; La promotion de la large utilisation de ces savoirs, innovations et pratiques, avec l'approbation et la participation des détenteurs de ces savoirs ; et l'encouragement au partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces savoirs, innovations et pratiques.

²⁷⁵ S'agissant de celle qui est reconnue comme ayant initié la réflexion et posé le cadre général des préoccupations.

²⁷⁶ Convention CCD 1994. Cette convention encourage une nouvelle approche de la gestion des écosystèmes des terres arides et des flux d'aide au développement. Elle est mise en œuvre par des programmes d'action qui s'attaquent aux causes sous-jacentes de la désertification et de la sécheresse. Elle se veut particulière car elle promeut une approche à partir de la base et en commençant au plan local.

²⁷⁷ Localiser la disposition particulière

²⁷⁸ Article 16g de la convention CCD de 1994 : « sous réserve des dispositions de leurs législations et/ou de leurs politiques nationales, échangent des informations sur les connaissances traditionnelles et locales en veillant à en assurer dûment la protection et en faisant profiter de manière appropriée les populations locales concernées des avantages qui en découlent de façon équitable et selon des modalités arrêtées d'un commun accord. »

que les savoir-faire traditionnels sont concernés par cet instrument. L'article 17 c/ est plus spécifiquement révélateur à cet égard lorsqu'il dispose : « *les parties (...) appuient les activités de recherche qui sauvegardent, intègrent et valorisent les connaissances, savoir-faire et pratiques locaux et traditionnels*²⁸⁰ ... ». Ici encore on est en droit de ne pas se satisfaire de l'orientation pragmatique de l'approche des Nations Unies qui, plus qu'une notion, recherchent un outil. En effet, l'article 17 c/ *in fine* nous incite à une telle lecture puisqu'il y est fait obligation aux parties à la Convention de « *confirmer la validité [des savoir-faire et connaissances traditionnels] en s'assurant, conformément à leur législation et/ou à leurs politiques nationales respectives, que les détenteurs de ces connaissances tirent directement profit de façon équitable et selon des modalités arrêtées d'un commun accord de toute exploitation commerciale qui pourrait en être faite ou de tout progrès technologique qui pourrait en découler* ».

78. La FAO²⁸¹ a adopté lors de sa conférence du 03 Novembre 2001,²⁸² un Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. Ce traité a pour but principal la conservation et l'utilisation durable des ressources génétiques et le partage équitable des avantages découlant de leur exploitation, en accord avec la Convention sur la biodiversité de Rio. Le traité comporte un article sur les droits reconnus aux agriculteurs compte tenu de la contribution considérable des communautés locales et autochtones à la conservation et à la mise en valeur des ressources génétiques. Selon cette Convention, les droits reconnus aux agriculteurs ne sont pas des droits de propriété intellectuelle. Elle situe cependant idéalement le niveau auquel l'on peut espérer une protection adéquate des savoirs traditionnels : le niveau national. Elle consacre avant tout des droits de participation aux décisions prises relativement à la conservation et à l'exploitation des ressources.

79. C'est aussi le cas du Bureau International du Travail (BIT) qui, dans son analyse des conditions de travail des travailleurs autochtones et tribaux, a adopté en 1989 la Convention relative aux peuples indigènes et tribaux dite Convention

²⁷⁹ Article 18-2 de la convention CCD de 1994 : « Les parties, selon leurs capacités respectives et conformément à leur législation et/ou leurs politiques nationales, protègent, s'emploient à promouvoir et utilisent en particulier les technologies, connaissances et savoir-faire et pratiques traditionnels et locaux. A cet effet, elles s'engagent à :

a) répertorier ces technologies, connaissances, savoir-faire et pratiques ainsi que leurs utilisations potentielles, avec la participation des populations locales, et à diffuser les informations correspondantes selon qu'il convient, en coopération avec les organisations intergouvernementales et non gouvernementales compétentes ;

b) assurer que ces technologies, connaissances, savoir-faire et pratiques sont convenablement protégés et que les populations locales profitent directement, de façon équitable et comme convenu d'un commun accord, de toute exploitation commerciale qui pourrait en être faite ou de tout développement technologique qui pourrait en découler. »

²⁸⁰ C'est nous qui soulignons.

²⁸¹ Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'Agriculture.

²⁸² Références du document sur le site www.fao.org . Ouvert à la signature jusqu'au 4 novembre 2002, il entrera en vigueur 90 jours après le dépôt du 40^{ème} instrument de ratification.

169, dont on peut dire qu'elle est marquée par des considérations relatives aux droits de l'homme des peuples tribaux et indigènes. Elle reconnaît notamment dans son **article 2.2b)** le droit des peuples à : « *la pleine réalisation des droits sociaux, économiques et culturels [...] dans le respect de leur identité sociale et culturelle, de leurs coutumes et traditions et de leurs institutions* ».

L'ambiance de revendication dans laquelle baigne l'activité de régulation non contraignante des différentes structures des Nations Unies a accentué l'orientation des textes vers la détermination des détenteurs ou des bénéficiaires des droits dont on recherchait à constater ou à organiser l'existence. De ce fait, la question du savoir-faire traditionnel est apparue comme monopolisée par la recherche d'un sujet de droit.

80. Tout semble s'être passé comme si la substance même du droit ne devait être que la conséquence de l'identification de son sujet. On recherchait d'abord le sujet, et, en fonction de sa capacité à exercer les prérogatives disponibles, il fallait donner un contenu au droit dont il est question ; ce qui à notre avis, est en décalage avec la réalité. C'est peut-être là un réflexe méthodologique du champ juridique curieux ou moderne en ce qui concerne les droits subjectifs.

Ainsi, et quoique encore imparfaite, l'activité non contraignante des différentes instances internationales ont le mieux identifié l'objet à protéger juridiquement. Il est alors regrettable qu'une telle pertinence dans l'approche soit frappée d'une série de limites techniques.

2. Les limites de l'approche déclaratoire.

81. Les limites de l'approche déclaratoire à laquelle ont participé les institutions internationales sont de plusieurs ordres mais elles prennent toutes racine dans la nature formelle non contraignante des textes envisagés.

82. L'absence de force contraignante des différents instruments internationaux ci-dessus mentionnés, ainsi qu'en atteste le libellé même de l'article 8 j de la CDB, a conforté les Etats dans l'utilisation abusive de la marge de manœuvre qui leur était laissée. Au plan national, les textes et déclarations des Nations Unies, n'ont été que rarement la source de mesures adéquates et concrètes en faveur de la protection et de la préservation des savoir-faire traditionnels. Ces textes sont pourtant, l'une des bases privilégiées des élaborations internationales de normes notamment à travers l'activité foisonnante du Comité de la CDB et les différentes tentatives de refonte de l'article 27.3 b de l'accord sur les ADPIC.

Vis-à-vis des textes déclaratoires et des simples recommandations du système des Nations Unies, les lois nationales ont pris une liberté que viennent limiter les

prescriptions impératives de l'OMC. En effet, l'accord sur les ADPIC, en imposant un degré minimum de protection en matière de propriété intellectuelle a paradoxalement poussé les Etats à évaluer leurs systèmes de protection et à rechercher, dans les dispositions de la CDB et du traité de la FAO sur les ressources génétiques, des moyens possibles d'assouplissement des délais de mise en conformité et des conditions imposées par l'OMC. Les interrogations que l'application de l'accord sur les ADPIC a soulevées auprès des Etats membres de l'OMC, ont permis de dégager trois positions qui toutes, prennent en compte le fait qu'il faille analyser les dispositions de l'accord sur les ADPIC à l'aune de la CDB. Ces interrogations ont pourtant divisé la communauté des Etats membres de l'OMC en trois groupes selon qu'ils estiment qu'il y a conflit entre ces deux textes, ou qu'il n'y a pas conflit ou encore que le conflit ne pourrait émerger que de l'interprétation ou de l'application que l'on fait des dispositions. Le sort du matériel génétique et celui des savoir-faire traditionnels associés y est traité par les mêmes arguments, ce qui fait que nous pouvons raisonner ici par analogie.

83. Deux raisons principales ont été avancées par ceux qui estiment qu'il y a un **conflit inévitable**²⁸³ entre l'Accord sur les ADPIC et la CDB:

Pour ces derniers, et dans un premier temps, l'Accord sur les ADPIC, en exigeant que certains matériels génétiques soient brevetables ou protégés par des droits sur les variétés végétales *sui generis* et en n'empêchant pas la délivrance de brevets pour les autres matériels génétiques, permet l'appropriation de ces ressources génétiques par des parties privées d'une manière qui est incompatible avec les droits souverains des pays sur leurs ressources génétiques prévus dans la CDB²⁸⁴;

Ils reprochent en outre à l'Accord sur les ADPIC de permettre la délivrance de brevets ou l'octroi d'une autre forme de protection de la propriété intellectuelle pour les matériels génétiques sans garantir que les dispositions de la CDB, y compris celles qui concernent le consentement préalable en connaissance de cause et le partage des avantages, seront respectées²⁸⁵. Ceux qui défendent ce point de vue ont suggéré que l'article 27:3 b) de l'Accord sur les ADPIC soit modifié de manière à obliger tous les Membres à rendre non brevetables les formes de vie et leurs parties. Il a été proposé, en cas d'impossibilité de la précédente option, d'exclure de la brevetabilité au moins les inventions fondées sur les connaissances traditionnelles ou autochtones et les produits et procédés essentiellement dérivés de telles connaissances.²⁸⁶ En outre, il a été avancé que les brevets incompatibles avec l'article 15 de la CDB ne soient pas délivrés et qu'une telle interdiction soit incorporée dans l'Accord sur les ADPIC.²⁸⁷ A ce premier groupe d'Etats, aux yeux

²⁸³ C'est nous qui soulignons.

²⁸⁴ Kenya, au nom du Groupe africain, IP/C/W/163.

²⁸⁵ Kenya, IP/C/M/28, paragraphe 144.

²⁸⁶ Inde, IP/C/M/25, paragraphe 70.

²⁸⁷ Inde, IP/C/W/196.

desquels les dispositions de l'Accord ADPIC ne trouvent aucune grâce en leur état actuel, s'oppose un autre dont les vues sont diamétralement opposées²⁸⁸.

Pour ces Etats, il existe une différence d'objet et de finalité entre l'Accord sur les ADPIC et la CDB²⁸⁹; ensuite, ils envisagent les mécanismes d'octroi de droits de brevet pour des inventions faisant appel à du matériel génétique comme n'empêchant pas la conformité avec les dispositions de la CDB concernant le droit souverain des pays sur leurs ressources génétiques, le consentement préalable en connaissance de cause et le partage des avantages²⁹⁰.

85. Ceux qui défendent ce point de vue pensent qu'il n'est pas nécessaire de modifier l'un des accords pour tenir compte de la mise en œuvre de l'autre et que la mise en œuvre de chacun d'eux devrait se faire dans des cadres séparés. Il a été avancé qu'en fait la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC appuie l'adoption de mesures qui permettraient de mettre en œuvre de manière extrêmement efficace les obligations découlant de la CDB: par exemple, les prescriptions en matière de divulgation du régime de brevets et le contrôle sur la production et la distribution donné aux titulaires de brevets et aux preneurs de licences peuvent faciliter le partage de la technologie, aider à éviter les accords de secret anticoncurrentiels entre les opérateurs commerciaux et favoriser la mise en œuvre de règles relatives à la biosécurité; les brevets peuvent également contribuer au partage des avantages et à la conservation de la diversité biologique sur la base de contrats volontaires²⁹¹

86. Entre les deux catégories ci-dessus mentionnées vient s'interposer une troisième qui veut voir, en ces deux accords, des textes complémentaires dont il faut promouvoir une application concertée.

L'argumentation de ce troisième groupe principalement composé des pays européens²⁹², s'articule autour de l'idée qu'il n'y a peut-être pas de conflit inhérent aux deux accords et qu'il y aurait plutôt une interaction considérable entre les deux textes²⁹³ et il faut une action internationale renforcée pour faire en sorte que les deux accords soient mis en œuvre de manière complémentaire. Une telle position se nourrit de l'interaction et du chevauchement considérables entre les sujets dont traitent les deux accords.²⁹⁴

²⁸⁸ Ils estiment qu'il n'y a **aucun conflit** entre l'Accord sur les ADPIC et la CDB, et guère ou pas de risque de conflit au niveau de la mise en œuvre pratique.

²⁸⁹ CE, IP/C/M/30, paragraphe 143, IP/C/W/254; Japon, IP/C/M/26, paragraphe 77, IP/C/M/25, paragraphe 93, IP/C/W/236; Norvège, IP/C/M/32, paragraphe 125, IP/C/W/293; États-Unis, IP/C/W/209, IP/C/W/162.

²⁹⁰ CE, IP/C/W/254, IP/C/M/30, paragraphe 143.

²⁹¹ CE, IP/C/W/254, IP/C/M/30, paragraphe 143; Corée, IP/C/M/28, paragraphe 164; Suisse, IP/C/W/284, IP/C/M/29, paragraphe 176; États-Unis, IP/C/W/257, IP/C/M/30, paragraphe 154.

²⁹² Voir sur cette position constante, la Réponse du Ministre de l'Économie, de l'Énergie, du Commerce extérieur et de la Politique scientifique du Royaume de Belgique; Question n° 3-3876 de Jacinta De Roeck du 5 décembre 2005, Bulletin 3-65, Session de 2005-2006.

²⁹³ CE, IP/C/W/254.

²⁹⁴ Australie, IP/C/W/310; République tchèque, IP/C/M/33, paragraphe 126; CE, IP/C/M/35, paragraphe 233; Japon, IP/C/M/32, paragraphe 142; Norvège, IP/C/M/32, paragraphe 125, IP/C/W/293.

Certains défenseurs de ce point de vue ont prétendu qu'il y avait un risque de conflit selon la façon dont les accords étaient mis en œuvre aux niveaux international et national.²⁹⁵ Il a également été avancé que plutôt que d'examiner s'il y avait un risque de conflit il était préférable d'e vérifier comment l'Accord sur les ADPIC pouvait être mis en œuvre d'une manière qui appuie la CDB.²⁹⁶ Ainsi, certains de ceux qui partagent cet avis ont suggéré que, tout en maintenant les exceptions existantes prévues à l'article 27:3 b), on modifie l'Accord sur les ADPIC pour y incorporer certaines prescriptions de la CDB.²⁹⁷ En particulier, il a été suggéré que les demandeurs de brevets soient tenus de divulguer l'origine de tout matériel génétique ou toute connaissance traditionnelle auxquels des inventions faisaient appel et de démontrer qu'ils ont obtenu le consentement préalable, en connaissance de cause, de l'autorité compétente du pays d'origine et ont conclu des arrangements appropriés pour le partage des avantages.²⁹⁸ Il a également été suggéré que des travaux sur ces points soient menés dans le cadre de l'OMPI, de la CDB et de la FAO, là où et quand cela serait pertinent, dans le contexte des ADPIC.²⁹⁹

87. Paradoxe en cette matière très disputée où l'OMC est souvent cataloguée comme prédateur des droits et intérêts des communautés traditionnelles et autochtones, c'est elle qui, par la menace et la contrainte, a ouvert un véritable champ d'application pratique à des dispositions considérées jusque là comme simplement déclaratoires. C'est par leur confrontation avec l'ADPIC que les dispositions de la CDB de 1992 ont acquis, au-delà de leur formulation non contraignante, une véritable valeur de norme vis-à-vis de laquelle les dispositions contraignantes comme celles de l'Accord sur les ADPIC doivent établir leur conformité. La question des enseignements concernant la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la CDB que l'on peut tirer de la façon dont la CDB fait référence aux questions de propriété intellectuelle et à d'autres accords internationaux a cependant divisé les membres du Comité sur les Accords ADPIC:

Selon le point de vue de la délégation brésilienne aux travaux de l'OMPI, l'article 16.5 de la CDB elle-même reconnaît l'existence d'un conflit entre les objectifs consistant à protéger les droits de propriété intellectuelle et ceux de la

²⁹⁵ Brésil, IP/C/M/29, paragraphes 146 et 148, IP/C/M/28, paragraphe 135, IP/C/M/27, paragraphe 122; Inde, IP/C/M/30, paragraphe 169, IP/C/M/33, paragraphe 124; Indonésie, IP/C/M/32, paragraphe 135; Norvège, IP/C/M/32, paragraphe 125, IP/C/W/293; Venezuela, IP/C/M/28, paragraphe 165, IP/C/M/32, paragraphe 136.

²⁹⁶ Chine, IP/C/M/35, paragraphe 248.

²⁹⁷ Brésil, IP/C/M/29, paragraphes 146, 148 et 234; IP/C/M/28, paragraphe 135, IP/C/M/27, paragraphe 122; Équateur, IP/C/M/25, paragraphe 87; Inde, IP/C/M/30, paragraphe 169, IP/C/W/198; Indonésie, IP/C/M/32, paragraphe 135; Kenya, IP/C/M/28, paragraphe 144, Kenya au nom du Groupe africain, IP/C/W/163; Maurice au nom du Groupe africain, IP/C/W/206; Norvège, IP/C/M/32, paragraphe 125, IP/C/W/293; Thaïlande, IP/C/M/25, paragraphe 78; Turquie, IP/C/M/27, paragraphe 132; Venezuela, IP/C/M/32, paragraphe 136, IP/C/M/28, paragraphe 165.

²⁹⁸ Inde, IP/C/M/24, paragraphe 81, IP/C/W/195; Brésil, IP/C/M/33, paragraphe 121, IP/C/M/32, paragraphe 128, IP/C/W/228.

²⁹⁹ CE, IP/C/W/254.

conservation de la diversité biologique lorsqu'il dispose que « *[l]es Parties contractantes, reconnaissant que les brevets et autres droits de propriété intellectuelle peuvent avoir une influence sur l'application de la Convention, coopèrent à cet égard, sans préjudice des législations nationales et du droit international, pour assurer que ces droits s'exercent à l'appui et non à l'encontre de ses objectifs*³⁰⁰ ;selon un autre point de vue, le simple fait que la CDB mentionne la possibilité d'un conflit ne signifie pas qu'il y en a un.³⁰¹ De plus, la CDB elle-même reconnaît, à l'article 16.2 la nécessité d'une protection adéquate et effective des droits de propriété intellectuelle. Elle complète cette disposition par le paragraphe 5 du même article qui précise : « *Les parties contractantes reconnaissant que les brevets et autres droit de propriété intellectuelle peuvent avoir une influence sur l'application de la convention, coopèrent à cet égard sans préjudice des législations nationales et du droit international pour assurer que ces droits s'exercent à l'appui et non à l'encontre de ses objectifs* ». Certains ont pu voir là les gages d' « *un processus de consultation et de coopération visant à promouvoir une mise en œuvre harmonieuse des deux accords* »³⁰². Il convient cependant de ne pas se contenter de cette déclaration d'harmonie car le texte visé ci-dessus va plus loin en proposant un ordre de hiérarchie dans les objectifs poursuivis et la façon de les atteindre. Le texte pose en effet, *in fine* que ces droits doivent s'exercer à l'appui et non à l'encontre de **ses objectifs**. Cela démontre certes que les deux instruments ne sont pas en conflit systématique³⁰³, mais il est clair que l'objectif à privilégier en cas de survenue d'un conflit est à rechercher dans la Convention de Rio et non dans les textes de l'OMC dont pourtant on s'accorde à reconnaître le caractère contraignant des termes.

Ainsi, les limites techniques que l'on a pu imputer au caractère déclaratoire des textes, sont-elles compensées, pour ce qui est de la CDB, par la valeur fondamentale de ce texte qui fait office de corpus normatif de référence en la matière. La CDB réserve pourtant l'hypothèse du conflit entre ses dispositions et celles des traités préalablement signés par les Etats dans son l'article 22.1 qui dispose : « *[l]es dispositions de la présente Convention ne modifient en rien les droits et obligations découlant pour une Partie contractante d'un accord international existant*³⁰⁴, *sauf si l'exercice de ces droits ou le respect de ces obligations causait de sérieux dommages à la diversité biologique ou constituait*

³⁰⁰ Brésil, IP/C/M/26, paragraphe 62.

³⁰¹ États-Unis, IP/C/M/29, paragraphe 193.

³⁰² Rothley W., « Difficile entrée de biotechnologies dans le domaine des brevets », in *Les inventions bio technologiques, protection et exploitation*, Litec 1999, p. 12

³⁰³ États-Unis, IP/C/M/29, paragraphe 193.

³⁰⁴ C'est nous qui soulignons.

pour elle une menace ». ³⁰⁵ Mais cette disposition ne saurait être considérée comme visant les accords sur les ADPICs puisque ceux-ci lui sont postérieurs.

Malgré cette fièvre d'activité, il a été généralement reconnu que « *les instruments internationaux d'harmonisation, de normalisation et de coopération mis en place jusqu'à présent dans ce domaine ne* ³⁰⁶ *caractérisent pas les objets de protection de manière précise et exhaustive, laissant plutôt ce soin aux systèmes juridiques nationaux* » ³⁰⁷

Il appartenait donc à ces derniers de prendre le relais à travers ce qui se révélera être un système à plusieurs niveaux.

Paragraphe 2 Un relais national à géométrie variable

88. Le champ juridique marqué par les mécanismes de propriété intellectuelle s'est évertué, au plan international, à donner corps à la problématique du savoir-faire traditionnel. De ce point de vue, l'attitude est plus ou moins cohérente et univoque. Cette ébullition internationale a très vite mis en évidence la nécessité de scruter les réalités nationales pour tendre vers une notion acceptable et opérationnelle du savoir-faire traditionnel. Lors de sa quatrième session, le Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore en fait clairement le constat quand il déclare : « *Dans la pratique, une démarche descendante ou a priori visant à définir une protection sui generis au niveau international a moins de chance d'être efficace si elle ne fait pas référence à l'expérience acquise dans le cadre de systèmes appliqués à l'échelon national offrant des modèles pratiques de protection des savoirs traditionnels, que ce soit par le biais d'une protection sui generis ou de l'utilisation des systèmes de propriété intellectuelle existants.* » ³⁰⁸

La variabilité de la géométrie dont nous allons discuter au plan national tient à plusieurs facteurs qui se combinent mais pas toujours ³⁰⁹.

L'observation de la fonction d'encadrement et de délimitation qui revient à la loi dans les différents ordres étatiques révèle une attitude contrastée qui tend vers le tarissement de la matière du savoir-faire traditionnel (A). Loin de traduire

³⁰⁵ États-Unis, IP/C/W/209.

³⁰⁶ C'est nous qui soulignons.

³⁰⁷ Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et folklore 3ème session (document WIPO/GRTKF/IC/3/9 p. 2 et 3, mai 2002).

³⁰⁸ Document WIPO/GRTKF/IC/4/8, du 30 Septembre 2002, p.3

³⁰⁹ Elle réside dans l'approche du savoir-faire traditionnel en même temps qu'elle s'illustre dans le moyen utilisé pour concrétiser cette approche.

une disparition du savoir-faire traditionnel, un tel tarissement révèle une certaine permanence de la question (B).

A. Le tarissement de la matière.

89. Par « matière », il faut entendre, par exemple mais principalement, les connaissances accumulées avec le temps relativement aux herbes médicinales et aux usages que les herboristes en faisaient. Par « tarissement » nous voulons désigner le transfert de ces connaissances qui s'est opéré des herboristes et tradi-thérapeutes aux structures modernes de recherche, de développement et de fabrication des médicaments. Ce tarissement a eu pour résultat que les prétendants à la titularité des telles connaissances se sont faits rares. Ce déclin s'est accompagné d'un accroissement corrélatif de demande de titres de propriété industrielle. Si le tarissement dont il s'agit semble avoir été fortement encadré et promu par la loi, il est cependant demeuré relatif.

1. Un tarissement organisé.

90. Le savoir-faire traditionnel en matière de plantes médicinales s'est d'abord développé au cours de l'histoire dans une parfaite harmonie avec les métiers de guérisseur, de médecin ou de tradi-thérapeute³¹⁰. Il en est résulté une connaissance approfondie des vertus thérapeutiques des plantes et de leurs applications. Puis, les impératifs de santé publique ont commandé une réglementation qui porta sur l'usage des produits en distinguant les produits vénéneux des autres produits. Par la suite, des intérêts des corporations ont présidé à la détermination de monopoles des professions de pharmacien et d'herboriste.

³¹⁰ L'art pharmaceutique a existé dès l'antiquité, mais la profession de pharmacien ne semble pas y avoir été soumise à une réglementation particulière. En Grèce et à Rome elle se confondait avec la médecine dont elle ne fut longtemps qu'un corps accessoire, ce qui s'explique aisément par le fait que les médications étaient simples et peu nombreuses. Tout à fait en conformité avec cette absence de dissociation des deux professions, Hyppocrate lui même fait une description de l'aménagement du local dans lequel le médecin reçoit ses malades et prépare ses remèdes (description présentée par Doublet, J., « Le code de déontologie médicale », *Droit social sept.-oct.* 1947 p. 13.) Il est difficile de déterminer avec certitude l'époque à laquelle la pharmacie fut séparée de la médecine et de la chirurgie. Il est probable que les préparations nouvelles de médicaments devenaient si nombreuses et complexes qu'un seul pouvait difficilement s'occuper de la médecine et de la préparation des remèdes. On a pu soutenir que cette distinction s'est faite à l'introduction de l'étude des sciences médicales dans les universités. Le *Livre des Métiers* d'Etienne Boileau (1252) fait cependant référence aux apothicaires comme appartenant à une profession particulière. Les comptes de l'archevêché de Bordeaux en 1355 font état quant à eux de personnes préparant et vendant des médicaments (Poplawski, R., *Traité de droit pharmaceutique*, précité, p. 27). Voir pour plus de détails sur l'histoire du droit pharmaceutique, l'ouvrage de M. Bouvet, *L'histoire de la pharmacie en France des origines à nos jours*, Paris 1937 ; La revue d'histoire de la pharmacie (*Bull. de la société d'histoire de la pharmacie*) ; Goris, A., et Liot, A., *Pharmacie Gallénique T. 1, Histoire de la pharmacie p. 3 et s.* ; Bussel, F., *Histoire illustrée de la pharmacie*, Paris 1949.

Il est néanmoins certain que c'est à partir du 14^{ème} siècle que l'on voit apparaître, en France, une réglementation destinée à permettre un contrôle de la préparation et de la vente des médicaments. Depuis cette période, la pharmacie s'est toujours pratiquée dans un carcan de réglementation permanente, excepté une interruption de quelques semaines pendant la Révolution. Cette réglementation a été promulguée principalement pour la ville de Paris et ses faubourgs.

Dans les provinces, la réglementation de la pharmacie provenait de trois sources :

- Elle pouvait être d'origine corporative et, dans ce cas, les apothicaires réunis en corps de métiers établissaient des statuts qui contenaient une réglementation très stricte de la profession. Ces statuts homologués par l'autorité publique³¹¹ engageaient le corps de métier.
- Elle pouvait aussi émaner directement des municipalités³¹².
- Elle pouvait enfin être dictée directement par le seigneur ou par le roi lui-même, intervenant en province.

Les différents modes de réglementation de la profession ci-dessus mentionnées ont permis de tendre vers une uniformisation des différentes règles, avec le souci principal de donner au malade qui use d'un médicament et au médecin qui le prescrit, les garanties qu'ils sont en droit d'exiger de celui qui le prépare³¹³.

Étaient ainsi en cours deux phénomènes distincts : une absorption progressive des règles coutumières par l'activité de régulation étatique et une création concomitante de règles nouvelles relatives à ce qui deviendra le droit de la recherche scientifique et le régime de protection juridique du médicament.

91. L'absorption des règles coutumières par l'activité normative des organes étatiques, est considérée comme une « *consécration* »³¹⁴ de règles et normes qui étaient vouées à une ineffectivité du fait de leur infériorité dans

³¹¹ Parfois par lettres patentes du roi, c'est le cas des lettres patentes de 1541 et 1551 pour Poitiers. L'homologation pouvait aussi résulter de l'enregistrement au baillage royal : ce fut le cas en 1661 de la localité de Vitry-le-François. Comme dans les cas d'Avignon et de Toulouse cette homologation était le fait du seigneur local ou des municipalités.

³¹² Règlement des Jurats de bordeaux du 24 juillet 1414 ; cité par Poplawski, R., op.cit. p. 27 n° 5

³¹³ Pour servir ce besoin de sécurité quant à la qualité des produits pharmaceutiques,

³¹⁴ Deumier, P. *Le droit spontané*, th. Paris, Economica, p. 406.

l'ordonnement juridique. Courante en droit privé,³¹⁵ les matières dans lesquelles une telle absorption est intervenue sont nombreuses³¹⁶.

Pour ce qui est du savoir-faire traditionnel, c'est bien le contraire de cette consécration qui a été organisée. En effet, l'émergence progressive d'un statut des apothicaires, puis, des pharmaciens va donner un coup d'accélérateur à ce mouvement de tarissement. En aspirant dans un statut personnel³¹⁷, des qualifications et des compétences qui relèvent en réalité d'une expérience populaire et séculaire, la loi utilise le moyen de la caution scientifique pour désigner de nouveaux détenteurs des connaissances relatives aux vertus thérapeutiques des plantes. Ces nouveaux acteurs de la recherche scientifique en général et de la recherche pharmaceutique en particulier, se fondant sur les libertés d'entreprendre, du commerce et de l'industrie, étaient ainsi habilités à transférer toute connaissance à valeur scientifique ou technique à titre onéreux et de façon définitive, sans que l'on puisse objecter que ces derniers n'étaient que de simples détenteurs d'une connaissance qui leur a été remise en dépôt.

92. Certes, l'on pourra opposer à une telle assertion que rien n'empêchait alors, toute personne pouvant justifier d'une telle connaissance des plantes, sans pour autant jouir de ce statut personnel de pharmacien ou d'apothicaire, de procéder à un dépôt de brevet ou de solliciter plus simplement une protection de sa connaissance pratique par le secret.

³¹⁵ Selon **B. Oppetit**, « Sur la coutume en droit privé », *Droits*, n°3, p. 39 s. sp. P.48, Le code de commerce de 1808 s'est essentiellement contenté de légaliser l'usage, notamment en matière de lettre de change et de sociétés. Bien d'autres domaines ont été sujets à cette incorporation-consécration. Tel est le cas de l'agriculture où le préfet peut, sur le fondement de l'article 16 du code du blé, consacrer les usages locaux relatifs au type de farine permettant d'obtenir la qualité du pain taxé. Dans le même esprit, le Ministre de l'agriculture peut pour sa part consacrer les délais d'usage d'arrosage par décret.

On peut aussi citer entre autres cas prévus par le Code rural, celui de l'article L.115-2 qui donne compétence au Conseil d'Etat de délimiter par décret une aire géographique de production et de déterminer une et de déterminer les caractères d'un produit portant appellation d'origine « en se fondant sur les usages loyaux et constants ». il faut cependant noter relativement à cette dernière modalité de formalisation de la coutume et des usages que des renvois y sont faits aux usages tel qu'il peuvent exister encore. Dans ce sens, le Décret du 5 février 2000 relative à l'AOC « Poulet de Bresse » détermine les méthodes d'élevage en son article 6 « selon les usages locaux loyaux et constants ».

³¹⁶ Rappeler dans ce sens que le droit commercial accorde une importance non négligeable à la coutume relève d'une trivialité pour tout observateur de la matière et ce, même si les renvois légaux sont rares (Il faut néanmoins citer les articles 4, 5, 8, 23-3, 23-8, 34, du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 relatifs aux baux commerciaux ; ainsi que les articles 124 et 138 du Code de commerce relatifs à la lettre de change ; l'article 36 du décret-loi du 30 octobre 1935 relatif au chèque ; les articles L. 140 et L.153 du Code des procédures collectives ; la circulaire du 12Août 1987 sur la lutte contre les pratiques paracommerciales), les règles de la communauté des marchands sont utilisées pour apprécier les obligations des parties (Pour des exemples jurisprudentiels : Cass. com., 19 janvier 1981, JCP 1982 ed. Cl., II, 13715, obs. **B. Stemmer** ; Cass. com. 18 janv. 1972, Bull. civ. IV, n°26, p. 24.) et les normes comportementales des commerçants (Spécialement en matière de concurrence déloyale on notera : Paris, 27 mars 1996 et 17 avril 1996, D 1997, somm., 99, obs. **Y. Serra** ; Paris 7 juin 1995, D. 1996, somm. 287, obs. **J-J Burst** ; Paris, 15 Octobre 1992, JCP, 1992, Ed. E, panor. p. 434, n° 1352). Les exemples les plus célèbres sont la solidarité passive (Cass.civ.7 janvier 1943, D. 1943, 132 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Sirey, Bibl. de droit commercial, n°1, p. 3, obs. **M. Pédamon** ; *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, 1995, n° 7, p. 86, obs. **A. Laude**), la réfaction du contrat (Cass. Com., 23 mars, 1971, D. 1974, 40, note **M. Alter**), la faculté de remplacement (Cass. Com. 1^{er} juin 1959, JCP, 59, II, 11 206, obs. **J. Hémar**), la capitalisation des intérêts Cass. Com., 22 mai 1991 D. 1991, 428, note **C. Gavalda**).

³¹⁷ C'est nous qui soulignons.

A une telle objection, il convient de faire une réponse historique. En effet, ce serait oublier que dès la Révolution, le législateur s'est employé à organiser un véritable « *droit d'exception de la réservation* »³¹⁸ des savoir-faire. En effet, dès 1791 un système d'appropriation des savoir-faire industriels fut mis en place. Il s'agissait de reconnaître à l'individu un droit de propriété qui était jugé naturel car calqué sur celui reconnu à l'artisan sur son travail ou à l'écrivain sur son œuvre. Outre l'effet incitateur que cela eut pour les industriels qui investirent davantage dans la recherche³¹⁹, l'on peut aussi remarquer un effet bénéfique contre l'espionnage industriel³²⁰. Mais cette loi comme celles qui suivirent³²¹ exigèrent que l'objet de la réservation respecte certaines conditions qui vont être autant de critères d'élection et de discrimination. Au nombre de ceux-ci : le caractère industriel, de nouveauté et de nécessité d'une activité inventive. Ces exigences étaient en effet suffisantes pour qu'un grand nombre de techniques de valeur ne puissent faire l'objet d'une appropriation par ce système³²².

Ce serait faire fi en outre, de l'impossibilité matérielle de breveter des médicaments³²³ qui ne fut levée que suite à l'ordonnance du 4 Février 1959 établissant le brevet spécial médicament (BSM). La prohibition qui résultait de la loi du 2 juillet 1844 devenait de plus en plus gênante, au fur et à mesure que l'industrie pharmaceutique quittait le stade artisanal pour devenir un secteur important de l'activité industrielle. Il fallut néanmoins un siècle pour que le législateur intervienne afin d'atténuer les inconvénients de la prohibition de 1844.

³¹⁸ Fabre R. *Le know-how, sa réservation en droit commun*, précité, p. 20.

³¹⁹ V. Lucas A., *La protection des créations industrielles abstraites*, Th., p. 1, n° 2 ; Mousseron J-M., *Contribution à l'analyse objective du brevet d'invention*, Th., Nantes 1973, Litec p. 20 n° 7 ; Burst J-J., *Brevet et licencié*, Th., p. 1, n° 1 ; Schmidt J., *L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968*, th. P. 14, n° 7 et s. ; Voir aussi Regimbeau P., *Des rapports de l'idée inventive et de l'invention brevetable*, Th. Paris 1924, qui cite p. 29 le Rapport Boufflers à l'Assemblée constituante et le Préambule de la Loi de 1791 : « Le brevet n'a pas été créé pour récompenser les inventeurs ni dans leurs intérêts mais dans l'intérêt de la société. Si l'inventeur se trouve momentanément avantage, c'est uniquement parce que telle est la condition du bénéfice futur de la société. ».

³²⁰ Bergier J., *L'espionnage industriel*, Hachette, 1969, p. 60

³²¹ Loi du 5 juillet 1844 et Loi du 2 janvier 1968

³²² Regimbeau P., Th. Précitée, p156 et Fabre R., th. Précitée p. 20 où le second reprend une jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis qui estime que « *le développement naturel de l'industrie fait naître un besoin constant de nouveaux instruments de travail à la création desquels suffit généralement l'intelligence d'un bon ouvrier ordinaire et qui ne sont que les fruits naturels de ce développement. Chaque pas en avant ouvre le chemin pour le suivant. Donner à chacun chaque fois, pour ces minces progrès serait profondément injuste et nuisible tant que l'on ne peut reconnaître la dépense d'une activité intellectuelle qui dépasse la routine habituelle d'atelier. L'objet de la loi sur les brevets est de récompenser ceux qui, par des inventions de valeur enrichissent notre savoir et font progresser l'industrie, mais non pas de conférer des monopoles à tous les dispositifs sans importance, pour les plus petites idées que le mécanicien habile trouve dans son travail quotidien. La concession pour de telles créations de droits exclusifs serait une entrave plus qu'un encouragement pour l'invention, elle serait accompagnée d'une spéculation qui ralentirait l'industrie du pays sans favoriser l'industrie en elle-même.* »

³²³ Sur le plan national français il faut partir de la loi du 2 juillet 1844 dont l'article 3 disposait que le médicament n'était pas brevetable. On peut discuter sans fin les raisons d'opportunité qui avaient conduit à l'adoption de cette règle et que l'on peut résumer ainsi : monopole intolérable lorsque la santé publique est en jeu, danger de malthusianisme et d'abus tant sur la qualité que sur la quantité des médicaments mis sur le marché (cf. Lemay, *Santé publique et brevetabilité du médicament*, th., Paris 1968).

Ainsi, la loi du 27 janvier 1944³²⁴ a-t-elle autorisé le brevet de procédé en matière pharmaceutique avec une licence spéciale.

Enfin, ce serait faire délibérément abstraction de deux considérations. D'une part, les connaissances dont il s'agit d'envisager la protection sont relatives à l'action thérapeutique d'un quelconque principe actif. D'autre part, au dosage utile de ce principe actif rentre aussi dans l'objet à protéger. C'est dire que parfois, le secret quant aux vertus curatives des plantes et produits en question était largement partagé par les personnes de mêmes culture et milieu. Envisager une protection dans de telles circonstances, par le secret était peu satisfaisante parce que le secret était largement partagé même si l'utilisation que l'on pouvait en déduire était loin d'être optimale. La volatilité de la situation où chacun des détenteurs du savoir-faire traditionnel est un divulgateur en puissance, souligne la fragilité et la faiblesse de la protection.

93. Une protection négative, c'est-à-dire basée sur la non révélation d'informations concernant une utilisation utile et optimale des plantes, pouvait paradoxalement aboutir à la fragilisation de la sécurité sanitaire si elle n'était couplée à une interdiction de manipulation de telles substances. Les plantes autres contenant les principes actifs seraient accessibles sans que pour autant le soient les informations susceptibles d'en permettre une utilisation non dangereuse.

En effet, admettre la circulation de produits plus ou moins toxiques et dont le *quidam* connaît plus ou moins bien les usages thérapeutiques tout en retenant les informations relatives au dosage³²⁵ était bien plus nuisible à la santé publique.

La protection par brevet n'étant pas alors possible et celle par le système des secrets étant émaillée de graves insuffisances, il fallait rechercher un montage³²⁶ efficace.

Pour être efficace un tel montage devait comporter un volet de maîtrise de la circulation des substances et produits toxiques. Il fallait, dans ce sens, assurer la raréfaction du matériel susceptible de manipulation. Deux mécanismes complémentaires ont été utilisés : la consignation et l'émergence d'un véritable statut des manipulateurs autorisés. Ces deux mécanismes aboutiront à la constitution d'un véritable pharmaceutique qui débuta par la consignation des plantes et substances à la pharmacopée³²⁷.

Cette consignation est la première condition pour qu'une plante soit couverte par le monopole pharmaceutique. A la fin du 18^{ème} siècle, le mouvement de

³²⁴ Validée par la loi du 1^{er} juillet 1948.

³²⁵ Celui-ci pouvant faire dans la majorité des cas la différence entre un poison ou un remède.

³²⁶ Nous utilisons ici le terme montage au sens où l'avait entendu M. Didier Porrachia : « *La réception juridique des montages conçus par les professionnels* » Th. Aix-Marseille, P.U Aix- Marseille 1998

³²⁷ Pour le Code de la santé publique (Article R 5001, modifié par le décret n° 73-295, du 9 mars 1973) : « La pharmacopée, auparavant dénommée codex, est un recueil contenant : la nomenclature des drogues, des médicaments simples et composés, des articles officinaux ; ... »

rédaction des pharmacopées, initié depuis le 13^{ème} siècle, s'était largement répandu et avait donné naissance à plusieurs pharmacopées régionales françaises³²⁸ et étrangères³²⁹. Cette tendance au morcellement des pharmacopées a été endiguée au plan interne par la Révolution française.

Ainsi, les Pharmacopées régionales disparurent à la suite de la loi du 21 Germinal an XI (11 avril 1803). Aux termes de cette loi, *"Le Gouvernement chargera les professeurs des Ecoles de Médecine, réunis aux Membres de l'Ecole de Pharmacie de rédiger un "Codex" ou formulaire, contenant les préparations médicinales et pharmaceutiques qui devront être tenues par les Pharmaciens"*³³⁰.

A partir de l'Ordonnance Royale du 8 août 1816, le *Codex medicamentarius seu Pharmacopae gallica* fut publié et imprimé par les soins du Ministre de l'intérieur. Tout pharmacien était tenu de se le procurer et de s'y conformer, dans un délai de 6 mois suivant sa publication. La première édition parut en latin en 1818, suivie d'une seconde édition en français en 1837. Les découvertes se succédèrent rapidement et de nombreuses formules nouvelles devinrent d'usage courant au sein de la corporation des pharmaciens.

Par une double énonciation limitative : celle des produits autorisés à la manipulation et celle des personnes habilitées à procéder à cette manipulation, l'autorité publique et le droit en France ont initié un mouvement de raréfaction et de tarissement du savoir-faire traditionnel.

En effet, l'article L.512³³¹ du Code de la santé publique, à l'exception de certaines dérogations³³², réserve aux seuls pharmaciens : « *la préparation des médicaments*

³²⁸ Aux XVe et XVIe siècles, des formulaires furent élaborés dans certaines villes Metz, Lille, Lyon et Blois, avec la publication en 1634 de la *Pharmacopoea Blaesensis Blaesis*, "Pour éviter les fraudes, abus et malversations qui se peuvent commettre en la composition des poudres et qu'aucunes poudres et grains indues, malfaisantes au corps humain, ne soient mises et employées dans les épiceries, au commencement du carême, les maîtres jurés dudit état et métier composeront, ainsi qu'ils verront en leur conscience être bon et profitable, recettes sur lesquelles tous autres apothicaires épiciers de ladite ville et faubourg de Blois et baillage dudit Blois seront tous tenus de composer, faire et dresser les poudres qu'ils feront dorénavant". Par ailleurs, de nombreux traités et formulaires furent édités au XVIIe siècle : *La Pharmacopée* de Jean de Renou, *La Pharmacopée* de Moïse Charas, ouvrage de référence des apothicaires en 1697.

³²⁹ Le nombre des pharmacopées, traités et dispensaires augmenta très sensiblement au XVIIIe siècle : *La Pharmacopée* de Quincy en 1718, *Les Eléments de pharmacie et de Chimie* de Baumé, *Le Manuel de Pharmacie* de Demachy en 1788, ainsi que les pharmacopées étrangères d'Edimbourg, de Ratisbonne, de La Haye, de Madrid, de Liège....

³³⁰ Kassel D, « *Qui pro quo* » *Petite histoire des pharmacopées*, juillet 1996, <http://www.ordre.pharmacien.fr/upload/syntheses/93.pdf> (visité le 23 février 2004)

³³¹ Code de la Santé Publique, : Article L. 512 : « Sont réservées aux pharmaciens, sauf les dérogations prévues aux articles L. 594 L. 596 L. 597 L. 660 et L. 662 du présent livre: 1°) La préparation des médicaments destinés à l'usage de la médecine humaine; 2°) La préparation des objets de pansements et de tous articles présentés comme conformes à la pharmacopée, la préparation des insecticides et acaricides destinés à être appliqués sur l'homme, la préparation des produits destinés à l'entretien ou l'application des lentilles oculaires de contact, ainsi que la préparation des produits et réactifs conditionnés en vue de la vente au public et qui, sans être visés à l'article L. 511 ci-dessus, sont cependant destinés au diagnostic médical ou à celui de la grossesse; 3°) La préparation des générateurs, trousseaux ou précurseurs mentionnés à l'article L. 511-14°) La vente en gros, la vente au détail et toute dispensation au public des médicaments, produits et objets mentionnés aux 1°, 2° et 3° ci-dessus; 5°) La vente des plantes médicinales inscrites à la pharmacopée sous réserve des dérogations établies par décret; 6°) La vente au détail et toute dispensation au public des huiles essentielles dont la liste est fixée par décret ainsi que de leurs dilutions et préparations ne constituant ni des produits cosmétiques, ni des produits à usage ménager, ni des denrées

destinés à l'usage de la médecine humaine, la préparation des objets de pansements et de tous articles présentés comme conformes à la pharmacopée, la vente de plantes médicinales inscrites à la pharmacopée (sous réserve des dérogations établies par décret), (...) ».

94. En revanche, la fabrication et la vente en gros des drogues simples et des substances chimiques destinées à la pharmacie sont libres à condition que ces produits ne soient jamais délivrés aux consommateurs pour l'usage pharmaceutique et sous réserve des règlements particuliers concernant certains d'entre eux.

Cette double action significative de l'Etat n'a pu aboutir à une réelle raréfaction du savoir-faire traditionnel que couplée avec un volet répressif qui s'articule autour de l'exercice illégal de la médecine et de la pharmacie. A cela on doit aussi ajouter toutes les dispositions du Code pénal relatives aux atteintes à la personne physique notamment l'empoisonnement et les homicides volontaire et involontaire.

Le savoir-faire traditionnel relatif aux plantes médicinales et à leur utilisation dans la fabrication des remèdes a été ainsi affecté à une catégorie socioprofessionnelle : les pharmaciens et/ou les herboristes. Cependant, comme toutes les plantes ne sont pas inscrites à la pharmacopée et ne sont pas classées comme contenant des substances vénéneuses ou dangereuses, l'on peut considérer qu'il demeure possible, pour chaque individu de la société, de fabriquer lui-même ses remèdes sans avoir recours à un professionnel ; si bien sûr il en a les compétences. Cette faculté ne saurait être contestée juridiquement. Il est encore moins possible de la critiquer quand on considère toute la flambée des médecines douces³³³ et des « remèdes de grand-mère ».

ou boissons alimentaires; 7°) La vente au détail et toute dispensation au public des aliments lactés diététiques pour nourrissons et des aliments de régime destinés aux enfants du premier âge (moins de quatre mois), dont les caractéristiques sont fixées par arrêté conjoint du ministre chargé de la santé et du ministre chargé de la consommation. La fabrication et la vente en gros des drogues simples et des substances chimiques destinées à la pharmacie sont libres à condition que ces produits ne soient jamais délivrés directement aux consommateurs pour l'usage pharmaceutique et sous réserve des règlements particuliers concernant certains d'entre eux. »

³³² Article L594 du Code de la Santé Publique concernant les médecins isolés à la campagne, Article L596 concernant les différentes formes d'établissements de pharmacie, Article L597 concernant l'institut Pasteur qui est ainsi autorisé à faire des actes que la loi réserve aux pharmacies, Article L660 concernant les droguistes du Haut-Rhin, du Bas-Rhin, et de la Moselle qui peuvent continuer à pratiquer la profession d'herboriste s'ils étaient installés avant le 1^{er} septembre 1939 ; Article L 662 concernant à titre transitoire et exclusivement personnel, les non-pharmaciens des départements de Guadeloupe, Guyane, Martinique et la réunion.

³³³ A titre indicatif et non exhaustif, nous citerons : Recueil des remèdes faciles et domestiques [...] recueillis par les ordres charitables de Mme Fouquet. Dijon, Ressayre, 1715, 2 vol. (inc. d'1 f. de table) ; Baume., *Eléments de Pharmacie théorique et pratique*, 5e éd. Paris, Samson, 1784. ; Bouchardat, A., *Nouveau formulaire magistral*, 9e éd. Paris, Ballière, 1858.-- Bouillon - Lagrange, E.-J.-B.- *Manuel du pharmacien [...]*. Paris, Bernard, 1803; Gautier, A., *Manuel des plantes médicinales*, Paris, Audot, 1822 ; Jourdan, A.-J.-L., *Pharmacopée universelle*, Paris, Baillière, 1828. 2 vol. ; Lieutaud., *Précis de la matière médicale*, Nlle éd. Paris, Barrois, 1781. 2 vol. ; *Codex, pharmacopée française*, Bruxelles, Soc. encyclographique des sciences médicales, 1837 ; *Le manuel des dames de charité*, 3e éd. Paris, Deburé, 1755.

Il est possible de faire application, en l'occurrence, des dispositions du Code de la propriété intellectuelle relatives aux préparations extemporanées puisqu'il ne s'agirait pas là de : « *préparations de médicaments faits extemporanément et par unité dans les officines de pharmacie, sur ordonnance* »³³⁴. Serait-on tenté de le faire, que la simple évocation de la liberté individuelle suffit à rendre une telle hypothèse juridiquement vaine. Doit-on rappeler que si les tribunaux, par la suite, ont frappé de sanctions légales la fabrication par un particulier du produit breveté, ils ont toujours jugé que l'utilisation personnelle du bien, par un particulier, ne tombait pas sous le coup de la loi³³⁵. Ce n'est donc pas de ce point de vue qu'il conviendra de caractériser la complétion du mécanisme législatif destiné au tarissement de la matière du savoir-faire traditionnel.

Il faut ainsi se pencher sur le champ d'application de cette liberté en même temps que l'on abordera l'arsenal répressif qui la corsète.

95. Le monopole pharmaceutique est un mécanisme à la fois électif et partiel. Il postule la réservation de la possibilité d'utiliser à titre de profession, une certaine masse de connaissances, à une certaine catégorie de professionnels. La liberté d'utilisation des connaissances demeure cependant et elle apparaît totale lorsqu'elle s'exerce vis-à-vis de la personne elle-même. En d'autres termes, les interdictions qui sont édictées par le Code de la santé publique sont relatives à la vente ou à l'administration des substances mentionnées à la pharmacopée à une personne autre que soi-même. L'article L512 1° - du code de la santé publique vise certes « *la préparation de tout médicament destiné à l'usage de la médecine humaine* ». Une telle disposition ne saurait cependant viser l'hypothèse de l'automédication ni celle de l'utilisation domestique des vertus de plantes et autres substances. « *Oh ! homme devras-tu, demain, en mâchant quelques herbes des prés prouver que ton noble et ancestral geste de cueillette n'entre pas dans la liste inquisitoriale de la pharmacopée ?* » se demandait M. Henri DONTENWILLE au terme de ses conclusions devant les Chambres réunies de la Cour de cassation. Il semble que la raison écarte une telle crainte. Le savoir-faire traditionnel relatif aux plantes médicinales n'en est pas moins soustrait aux prétentions personnelles et individuelles d'utilisation. La preuve en est que le contentieux du brevet et de la propriété industrielle est vierge de toute contestation de titre du fait d'un particulier, fut-il herboriste. Cette absence de contestation peut s'expliquer par des raisons que nous détaillerons ultérieurement. Ne pas faire état d'une connaissance ou ne pas réclamer la paternité doit être distingué de la persistance de cette connaissance dans le chef des herboristes et différents représentants des traditions.

³³⁴ Pour reprendre les termes de l'article 30 de la loi de 1968 dans sa rédaction de 1978.

³³⁵ Douai, 28 juin 1864 cité par POUILLET (Utilisation d'ustensiles de cuisine). Cette position des juges a été approuvée par des auteurs comme Paul ROUBIER.

Le tarissement du savoir-faire traditionnel réside ici dans l'interdiction de fait à laquelle ont abouti les différentes mesures légales et réglementaires.

96. Il convient ici d'excepter l'utilisation des plantes et autres substances à titre de profession par les pharmaciens et herboristes. En effet, ces derniers, ne sont pas, en droit, touchés par l'interdiction de manipuler les plantes autres substances inscrites à la pharmacopée. Dans ce duo d'autorisés, l'herboriste fait néanmoins figure de parent pauvre. En effet, en ce qui le concerne, son autorisation de vente et de distribution de plantes médicinales est non seulement faite *intuitu personae* mais, de plus, elle est restreinte par l'article L 4211-7 al. 2 du Code de la santé publique. Cet article dispose en effet que « *ces plantes ou parties de plantes ne peuvent, en aucun cas, être délivrées au public sous forme de mélange préparé à l'avance* ». C'est dire si l'herboriste, profession déjà déclarée en voie d'extinction par une loi du 11 septembre 1941³³⁶, est réduit à la situation de détaillant de produits naturels sans pouvoir procéder à quelque mélange que ce soit.

Cependant, il existe, à mi-chemin des situations claires de l'herboriste et du pharmacien, des situations intermédiaires qui n'en sont pas moins prises en charge par un système répressif, développant sur ce point des effets dérivés qui n'ont certainement pas échappé à l'autorité régulatrice. L'activité de fabrication et d'administration de produits et substances destinés à la santé humaine et animale a connu une période assez paisible depuis la Déclaration royale portant règlement pour les professions de la pharmacie et de l'épicerie à Paris de 1777³³⁷, jusqu'aux années 1980 où les produits considérés comme intermédiaires, frontières et baptisés de qualificatifs fort imaginatifs (...) pour échapper aux foudres legalistes ont poussé à un dépoussiérage de la définition de médicament³³⁸. En effet, l'arrêté du 19 mars 1990 dans son article 1^{er} donne le ton d'un renversement de tendance lorsqu'il précise que : « *les pharmacies d'officine ne peuvent conseiller, dispenser et vendre dans leur officine que les produits article et appareils ci-après qui correspondent à leur champ d'activité professionnelle* ». L'objectif, jusque là affiché de protection de la santé et de préservation du monopole, venait d'être limité par l'impératif économique de libre marché. Cette première grande limitation du monopole pharmaceutique fut remarqué et souligné par l'Avocat général DONTHEVILLE en ces termes : « *c'est bien d'un balancement qu'il s'agit :*

³³⁶ Dont les dispositions confirmées par le gouvernement provisoire de 1945. Depuis le 15 Juin 1979, un décret autorise la vente libre de 39 plantes médicinales sans autoriser leur mélange à l'exception de sept d'entre elles.

³³⁷ Cette déclaration ordonnait entre autres que « les épiciers continueront d'avoir le droit de faire en gros le commerce des drogues simples (tout en leur défendant) de fabriquer vendre ou débiter aucuns sels, compositions ou préparations entrantes au corps humain comme médicaments ». Cette déclaration sera reprise presque mot pour mot par la loi du 21 Germinal an XI

³³⁸ DONTHEVILLE H, Le médicament à l'épreuve de l'Europe, *D*, 1992, jurisprudence. p. 305 où l'auteur, Premier avocat général à la cour de cassation, a exprimé et expliqué la gêne dans laquelle se trouvait le droit français vis-à-vis d'une véritable définition du médicament qui se cherche entre : littérale et libérale ; entre protectionniste et moins contraignante.

protection de plus en plus rigoureuse de la santé publique, mais protection s'avérant elle aussi nécessaire des facteurs économiques et de la concurrence. »³³⁹

Avant cette limitation franche et nette, le monopole pharmaceutique a pu être efficacement adossé à la protection de la santé publique. Toute une série de dispositions répressives ont été mises au service de cette protection.

Le propos ici n'est pas d'émettre un jugement sur la justification³⁴⁰ de ces mesures mais plutôt d'analyser les effets qu'elles ont eu sur l'exploitation et le développement des savoir-faire traditionnels attachés aux plantes médicinales et à leur utilisation thérapeutique.

Un arrêt de la chambre criminelle³⁴¹ de la Cour de cassation est assez illustratif d'une tendance ancienne en la matière.

Les faits de l'espèce étaient les suivants : le dirigeant d'une société commercialisant divers produits d'herboristerie et des compléments alimentaires à base d'éléments d'origine végétale, animale ou minérale, était poursuivi pour infraction au Code de la santé publique et au Code de la consommation. Des contrôles effectués par la direction de la pharmacie ont révélé que les produits contenaient des plantes médicinales relevant du monopole pharmaceutique et des substances interdites ou nuisibles à la santé. Accusé d'avoir contrevenu à l'article L 4211-1 5° du Code de la santé publique qui organise le monopole des pharmaciens et condamné sur ce point par les juridictions du fond, le responsable de la société se pourvoit en cassation en faisant valoir l'argument selon lequel l'incrimination de vente de plantes médicinales par d'autres que les pharmaciens ne satisfait pas aux exigences de prévisibilité et de lisibilité de la loi pénale car la notion de plante médicinale elle-même n'était pas claire et précise. Il indique en outre que le fait que les produits avaient un effet sur les fonctions biologiques n'impliquait pas que ceux-ci soient des médicaments. Une telle argumentation ne prospéra pas devant les juges de la chambre criminelle qui l'écartèrent simplement au motif que :

« ... pour déclarer le prévenu coupable d'exercice illégal de la pharmacie, les juges d'appel, qui ont écarté de la prévention les plantes non inscrites à la pharmacopée et celles qui, n'ayant pas un usage exclusivement thérapeutique, peuvent être utilisées sans inconvénient pour la santé en alimentation, retiennent que les autres plantes, objet de la poursuite, sont des plantes médicinales qui, pour des raisons tenant à la protection de la santé publique³⁴² au sens de l'article 30 du Traité CE, relèvent du monopole de vente des pharmaciens ; que, par ailleurs, les juges énoncent que les mélanges de substances végétales, présentées comme ayant des propriétés

³³⁹ Conclusion précitées, D. 1992, p. 306

³⁴⁰ Qu'elle soit politique ou juridique ou encore de pure opportunité de ces mesures de protection de la santé.

³⁴¹ Crim. 1^{er} Avril 2003, Bull. crim. N° 82

³⁴² C'est nous qui soulignons.

curatives ou préventives à l'égard de la constipation, les jambes lourdes, le diabète ou les rhumatismes, sont des médicaments par présentation³⁴³ et que les substances médicamenteuses telles que le manganèse ou le cobalt, pouvant être administrées à l'homme en vue d'établir un diagnostic ou de restaurer ou corriger des fonctions organiques, sont des médicaments par fonction³⁴⁴ ».

Cette solution repose sur la protection de la santé publique et utilise une application systématique des notions de médicament par présentation et de médicament par fonction pour conforter le monopole des professionnels de la santé et de la pharmacie. La généalogie d'une telle position de la chambre criminelle est longue³⁴⁵ et constante³⁴⁶.

Comme on peut le voir, le droit de la corporation ne permet pas une exploitation courante des connaissances relatives à l'utilisation curative des plantes médicinales.

97. Le droit pénal en général a aussi contribué au corsetage et au cantonnement des connaissances au domaine privé et à l'utilisation privée. Les dispositions diverses qui se rapportent à l'administration de substances dangereuses en attestent. Ce qui est présenté par la doctrine comme un « *petit empoisonnement* »³⁴⁷ et que réprime l'article 222-15³⁴⁸ du Code pénal est la pièce maîtresse de cette hostilité du droit pénal à la manipulation, par qui le veut, de substances nuisibles. Le Code pénal édicte en effet une incrimination claire : « *L'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui, punie des peines mentionnées aux articles 222-7 et 222-14 suivant les distinctions prévues par ces articles* ». L'infraction d'administration de substances nuisibles ne peut être rapprochée de celle de l'empoisonnement et c'est d'ailleurs dans cette distinction que se trouve son effet dissuasif en matière de savoir-faire traditionnel. L'administration de substances nuisibles est une infraction purement matérielle³⁴⁹ dont la tentative n'est pas punie. Ceci veut dire que l'infraction est consommée par son seul résultat.

³⁴³ Idem

³⁴⁴ Idem

³⁴⁵ Une jurisprudence fournie en la matière concerne la condamnation de guérisseurs pour la vente de plantes médicinales inscrites à la Pharmacopée. Voir TGI Strasbourg, 17 nov. 1965, DoC. Pharm. 1374. Sur l'inter diction qui leur est faite de vendre des mélanges de plantes, Cass. Ch. Réun. 29 nov. 1943, Bull. Crim. N° 136.

³⁴⁶ V° cependant des cas où n'a pas été considérée comme exercice illégal de la pharmacie la vente de plantes médicinales par un marchand ambulant sur la voie publique : T. Corr. Marseille, 12 déc. 1974, JCP 1975, II, 18061, note crit. G. Dillemann.

³⁴⁷ **Gattegno, P.**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Cours, 4^{ème} éd. p. 32 n° 43, **Larguier, J.**, et **Larguier A.-M.**, *Droit pénal spécial*, Dalloz Mémentos, 12^{ème} ed. p. 53.

³⁴⁸ Article 318 ancien du code pénal, introduit par une loi de 1832 qui venait compléter les dispositions de 1810 relatives à l'empoisonnement. Dans la mesure où l'empoisonnement ne s'applique qu'à des substances mortelles, il avait paru souhaitable d'incriminer l'administration de substances simplement nuisibles.

³⁴⁹ Cass. Crim. 14 juin 1995, Dt. Pén. 1995. comm. 217.

98. Que ce soit le droit civil ou le droit pénal ou même le droit corporatiste de la pharmacie, tout semble se passer comme si le savoir-faire traditionnel ne devait tout au plus être que le fonds commun de la formalisation scientifique, seule garantie d'une protection juridique directe. Ainsi le tarissement du savoir-faire traditionnel est-il devenu une réalité bien handicapante en ce début de 21^{ème} siècle où les biotechnologies et la médecine traditionnelle permettent à d'autres pays de tels que la Chine de rattraper à pas de géant les performances des sociétés pharmaceutiques les plus puissantes, détenant des moyens technologiques les plus avancés.

Il aura fallu que le hasard permette à un médecin de formation d'occuper le poste inattendu du Ministre des affaires étrangères³⁵⁰ pour que l'Etat français se décide³⁵⁰ à aller faire en Chine ce qu'il ne peut plus faire en France, tant le tissu institutionnel encadrant les savoir-faire traditionnels et la médecine traditionnelle est délabré. La dernière visite du Ministre français a ainsi été, entre autres³⁵¹, l'occasion de signer un « *accord de coopération en matière de médecine traditionnelle visant à développer les liens dans les domaines de la recherche fondamentale, clinique, de l'harmonisation réglementaire et du développement industriel* »³⁵²

Il aura surtout fallu que l'Europe, à travers la Directive 2004/24/EC du 31 mars 2004, modifiant le code Communautaire des relatif aux plantes médicinales à usage humain, prenne l'exact contre pied de la position des autorités nationales en faisant un statut aux usages traditionnels des plantes médicinales dans le processus d'autorisation³⁵³. Cette Directive qui venait en modifier une autre Directive 2001/83/EC³⁵⁴ permet à son article 16, d'adopter une procédure simplifiée d'autorisation en fondant l'efficacité du traitement et l'innocuité de la plante sur l'usage prolongé et traditionnel de cette plante³⁵⁵. Lorsque la preuve d'un usage

³⁵⁰ Alors que des Laboratoires pharmaceutiques ont anticipé cette tendance. Le Groupe SERVIER (1^{er} groupe indépendant de France) s'est installé en Chine de puis 1979 et a signé avec le très célèbre Institut de la matière médicale de Pékin, le 24 Août 2001, un accord de coopération permettant la création d'un laboratoire commun qui criblera *in vivo* et *ex vivo* des extraits naturels utilisés en médecine traditionnelle ou des molécules dérivées. Source : www.servier.fr/pro/html_news_home/chine1 consulté le 1er mars 2007.

³⁵¹ Discussions relatives : au Soudan, à l'aide économique de l'Afrique, aux JO de Pékin, à la crise du Liban.

³⁵² « Visite officielle de M. Philippe Douste-Blazy en Chine (28 février-1^{er} mars 2007 » Source : www.diplomatie.gouv.fr/fr/article consulté le 1er mars 2007.

³⁵³ Selon le point 5 du préambule de cette Directive, "The long tradition of the medicinal product makes it possible to reduce the need for clinical trials, in so far as the efficacy of the medicinal product is plausible on the basis of long-standing use and experience. Pre-clinical tests do not seem necessary, where the medicinal product on the basis of the information on its traditional use proves not to be harmful in specified conditions of use. However, even a long tradition does not exclude the possibility that there may be concerns with regard to the product's safety, and therefore the competent authorities should be entitled to ask for all data necessary for assessing the safety. The quality aspect of the medicinal product is independent of its traditional use so that no derogation should be made with regard to the necessary physico-chemical, biological and microbiological tests. Products should comply with quality standards in relevant European Pharmacopoeia monographs or those in the pharmacopoeia of a Member State".

³⁵⁴ OJ L 311, 28.11.2001, p. 67; Directive telle qu'amendée par la Directive de la 2003/63/EC (OJ L 159, 27.6.2003, p. 46.

³⁵⁵ Specific provisions applicable to traditional herbal medicinal products

traditionnel peut être apportée de façon certaine, il n'est plus besoin de constituer un dossier comprenant les résultats des tests biologiques, physico-chimiques, microbiologiques, pharmacologiques, toxicologiques et cliniques, comme c'était le cas avant la Directive du 1^{er} mars 2004.

Cette Directive dont l'un des objectifs est de dynamiser le secteur économique des plantes médicinales en accélérant leur exploitation se situe aux antipodes de la position française qui a conduit à déclarer la profession d'herboriste, en voie d'extinction.

La tentative d'organisation de l'invisibilité juridique du savoir-faire traditionnel n'a abouti, dans le système français comme dans les autres systèmes nationaux qu'à des résultats mitigés.

2. Un tarissement relatif.

99. Dans les pays développés, dont la France, le tarissement de la matière des savoir-faire traditionnels, tel qu'il a été organisé, s'est avéré relatif. En cela, il ne traduit qu'une simple apparence : celle de l'inexistence de la question des savoir-faire traditionnels comme challenge à la propriété intellectuelle.

Ce qui est utile perdure et se préserve. Telle pourrait être l'explication de l'échec du tarissement organisé par le champ juridique moderne, marqué par la propriété intellectuelle. La matière des savoir-faire traditionnels est certes foisonnante ; mais elle est surtout « *éclatée ou alors purement et simplement ignorée par les juristes* »³⁵⁶.

Le tarissement dont il est, question est à notre avis, relatif avant tout parce que les extensions géographiques³⁵⁷ de la République française révèlent des sociétés traditionnelles, autochtones et préindustrielles qui posent, en des termes similaires, la question formulée au plan international des savoir-faire traditionnels. La

Article 16a "1. A simplified registration procedure (hereinafter "traditional- use registration") is hereby established for herbal

medicinal products which fulfil all of the following criteria:

(a) they have indications exclusively appropriate to traditional herbal medicinal products which, by virtue of

their composition and purpose, are intended and designed for use without the supervision of a medical practitioner for diagnostic purposes or for prescription or monitoring of treatment;

(b) they are exclusively for administration in accordance with a specified strength and posology;

(c) they are an oral, external and/or inhalation preparation;

(d) the period of traditional use as laid down in Article 16c(1)(c) has elapsed;

(e) the data on the traditional use of the medicinal product are sufficient; in particular the product proves not to be harmful in the specified conditions of use and the pharmacological effects or efficacy of the medicinal product are plausible on the basis of long-standing use and experience."

³⁵⁶ Labrusse-Riou, C., Introduction à l'ouvrage Florence Bellivier et Christine Noiville, *Contrats et vivant*, LGDJ, 2006, précité, p. 16.

³⁵⁷ Principalement les îles, DOM et TOM.

biodiversité qui caractérise les habitats de ces sociétés traditionnelles est source de connaissances qui acquièrent une valeur économique croissante.

La survivance des questions relatives au savoir-faire traditionnel dans ces milieux découle d'un constat qu'il est ici utile de faire.

100. La préservation, la gestion et l'utilisation des ressources génétiques et des savoir-faire traditionnels qui leur sont associés³⁵⁸, ainsi que le partage des avantages qu'ils offrent, font actuellement l'objet d'une attention toute particulière. Le phénomène est si épars et si varié qu'il intéresse les domaines les plus divers. La diversité biologique et l'environnement, l'innovation et la réglementation des biotechnologies, la politique culturelle et les droits de l'homme sont sollicités. La clé de voûte des toutes ces interrogations est constituée, d'une part, des impératifs de développement économique social et culturel des détenteurs des connaissances relatives à la biodiversité ; et d'autre part, de celui de la promotion de l'innovation scientifique et plus spécifiquement pharmaceutique ou cosmétique.

On peut se demander comment les éléments biologiques qui se sont toujours trouvés dans la nature ont pu, subitement lors de cette dernière décennie, être propulsés au centre d'intérêts si puissants ? Comment s'expliquer que cette situation : *« s'inscrit elle-même dans un climat de tensions internationales, faute d'un véritable consensus sur les modalités du commerce international portant sur le vivant ; que les conflits d'intérêts et de valeurs sont vifs en la matière, tant sont problématiques le « biopouvoir » et la « biopolitique » qui accompagnent la maîtrise biotechnologique du vivant »*³⁵⁹ et des savoir-faire associés. Une ébauche de réponse se trouve certainement dans le fait qu'avec l'essor de la biotechnologie moderne, les ressources génétiques ont vu leur valeur économique, scientifique et commerciale croître de façon exponentielle.

³⁵⁸ Pour ce qui est des ressources génétiques et du partage des avantages économiques et autres tirés de leur utilisation, le rapport entre accès aux ressources génétiques et propriété intellectuelle présente plusieurs aspects :

Les ressources génétiques (qu'elles soient préservées ou non in situ) peuvent avoir été modifiées par une intervention humaine et avoir développé des caractéristiques qui ne se trouvent pas dans la nature. Lorsque ces modifications aboutissent à une invention biotechnologique qui est nouvelle, implique une activité inventive et est susceptible d'une application industrielle, cette invention peut prétendre à une protection par brevet.

D'autres ressources modifiées telles que les variétés de pays ou les variétés primitives sont quelquefois très importantes pour les communautés locales mais souvent aussi pour l'avenir des ressources phylogénétiques. Il se peut alors qu'elles ne correspondent pas aux modèles de propriété intellectuelle existants, mais il n'est pas certain que la législation nationale en la matière soit écartée.

Ainsi, toute évocation de droits de propriété sur une invention réalisée grâce à l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels ou de l'obligation d'indiquer dans des documents de brevets, la source du matériel biologique et des savoirs traditionnels, déclenche des débats d'une grande ampleur et sujets à controverse. Ces débats traduisent l'importance des intérêts matériels, moraux et parfois sacrés qui sont en jeu. Ils traduisent aussi le formidable potentiel des applications pratiques qui existent dans les domaines de la recherche pharmaceutique, chimique et agricole.

³⁵⁹ Labrusse-Riou, C., *Contrats et vivant*, précité p. 17.

101. Le mécanisme du brevet s'est, en outre, emparé du vivant³⁶⁰ et les dépôts de brevets sur le matériel biologique se sont multipliés bien que les Etats réservent à une telle question des réponses qui varient beaucoup et qui peuvent se regrouper en deux catégories ; ceux qui admettent largement la brevetabilité du vivant et ceux, de moins en moins nombreux, qui excluent cette possibilité. Quoi qu'il en soit, la pierre d'achoppement des différentes positions en ce domaine est la matière biologique humaine à propos de laquelle les débats et les évolutions sont loin d'être terminés. En France, le Secrétaire d'Etat à l'industrie a présenté un projet de loi relatif à la protection des inventions biotechnologiques lors du Conseil des Ministres du 31 octobre 2001³⁶¹ qui prend le contre-pied de l'article 5 de la Directive Communautaire n° 98/44/ CE³⁶², relatif à la brevetabilité d'inventions portant sur des éléments du corps humain³⁶³. La brevetabilité des éléments du corps humain³⁶⁴, malgré sa grande visibilité, n'éclipse cependant pas le débat sur la brevetabilité de tout matériel biologique. Les éléments du corps humain, ou encore, les autres éléments de la diversité biologique, tels que les plantes qui peuvent faire l'objet de demandes de brevet, présentent tous la caractéristique commune d'être des choses matérielles.

A cette première catégorie d'objets qui est matérielle, vient se juxtaposer une autre catégorie, immatérielle, qui traite des créations, des savoir-faire et des connaissances fondées sur la tradition. Le système de la propriété industrielle s'est intéressé, comme nous l'avons constaté dans nos propos introductifs, à cette somme de connaissances qui mériteraient d'être considérées comme objets de protection.

³⁶⁰ Sur le phénomène d'appropriation de la nature et de réification de l'homme, V. **Edelman, B., Hermitte M-A.**, (dir) *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgeois éditeur, 1988 ; **Edelman, B.**, « Une approche juridique du vivant », *Dalloz*, 1980, n° 43, Chr p. 329 ; « L'homme dépossédé. Entre la science et le profit », in **Fabre-Magnan, M., Moullier, Ph.**, (dir) *La génétique, science humaine*, Belin, 2004, p. 215 et s ; **Morange, M.**, *Les secrets du vivant, Contre la pensée unique en biologie*, éd. La découverte, Paris, 2005.

³⁶¹ Il faut noter qu'au jour du 21 novembre 2002, ce projet de loi n'avait pas encore fait l'objet d'une discussion au parlement. (http://www.editions-legislatives.fr/aj/dossiers_juridiques). Au terme d'un long processus, la loi N° 94-654 a été révisée par la loi du 6 aout 2004 relative à la Bioéthique, JORF du 7 aout 2004, p. 14040 ; Voir aussi CC décision n° 2004-498 DC, en date du 29 juillet 2004 du JORF du 7 aout 2004.

³⁶² Cet instrument communautaire vient de faire l'objet d'un Rapport d'évaluation (Document COM-2002-545). Il en ressort que seuls 6 états sur 15 ont transposé le texte dans le droit national.

³⁶³ Pour le reste ce Projet de loi fixe les conditions et les limites pour la délivrance de brevets à des inventions biotechnologiques. Le projet maintient en effet les dispositions de l'article L 611-17 du Code de la propriété intellectuelle issu des lois bioéthiques de 1994 qui prévoient que « le corps humain, ses éléments ses produits ainsi que la connaissance de la structure totale ou partielle d'un gène humain ne peuvent en tant que tels faire l'objet d'un brevet ». Le texte prévoit également le respect des textes protégeant la vie animale et végétale en conciliant la non-brevetabilité des races animales et de variétés végétales avec la brevetabilité des inventions portant sur des éléments biologiques d'origine animale ou végétale à condition de remplir un certain nombre de conditions précisément définies.

³⁶⁴ Citons ici le cas des brevets EP 699-754 et EP 705-903 « Myriad genetics » qui reposent sur une invention relative à des tests permettant un dépistage précoce du cancer du sein et des ovaires chez la femme (basées sur les gènes BRCA1 et BRCA2). De tels brevets ont récemment interpellé la Commission sur les implications possibles vis à vis de la liberté de la recherche. Ceci a été l'occasion pour cette dernière de préciser que les actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'objet de l'invention brevetée ne sont pas constitutifs d'actes de contrefaçon et que toute personne qui, avant le dépôt du brevet utilisait déjà l'invention peut continuer à le faire.

La question qui demeure est de déterminer à quelles conditions et moyennant quelles distorsions des systèmes existants ? Aucune réponse valable ne peut être apportée à l'étape actuelle de nos considérations. Toujours est-il qu'il faut saisir de plus près la somme de connaissances dont il est question.

Dans ce sens, il convient d'excepter de cette catégorie d'objets immatériels le folklore et ses nombreuses formes d'expression artistiques qui à notre avis peuvent être prise en charge de façon encourageante par le système de la propriété littéraire et artistique³⁶⁵. Il reste une autre part des « créations du génie humain » : les savoir-faire traditionnels, une somme de connaissances relatives à l'utilisation de la biodiversité que l'on désigne aussi sous le vocable de connaissances médicales traditionnelles. Ces connaissances médicales traditionnelles constituent, à notre sens, la substance de ce que nous avons nommé « savoir-faire traditionnel » et elles sont principalement, mais pas toujours, relatives aux ressources génétiques³⁶⁶ de la biodiversité et à leur utilisation. Il semble cependant acquis que les savoir-faire traditionnels constituent un sous-ensemble distinct, qu'ils soient ou non associés à des ressources génétiques,³⁶⁷ même si le flou le plus artistique subsiste quant au contenu de ce sous-ensemble.

102. Au plan national, le caractère relatif du tarissement se traduit par le fait que l'ethnopharmacologie a connu un essor. Cet essor ne coïncide pas, loin s'en faut, avec l'inauguration d'un type de travaux présenté par BRUHNN, HOLMSTEDT comme devant en constituer l'objet principal de l'ethnopharmacologie. Selon ces auteurs, cette science consiste en « *l'exploitation interdisciplinaire des agents biologiquement actifs traditionnellement employés ou observés par l'homme* »³⁶⁸. Cette première définition n'est claire qu'en apparence. Les termes tels que : « agent »³⁶⁹ et « traditionnel » demandent des précisions. En effet que doit-on entendre par agent ? Lequel doit-on qualifier de biologiquement actif, sachant que ce que l'on nomme « activité » est à la fois une des tâches majeures de l'ethnopharmacologie et l'un de ses préalables absolus. Si l'ethnopharmacologie n'avait eu pour objet que l'étude des agents biologiquement actifs, comment les déterminer à l'avance ? Les insuffisances d'une telle définition relevaient même de

³⁶⁵ Etant entendu là aussi que la question de la titularité et de la temporalité de la protection se posera inévitablement sans que l'on puisse en l'état actuel du droit positif y trouver une réponse.

³⁶⁶ L'expression « ressources génétiques » est définie dans plusieurs instruments internationaux et nationaux. Il en est tout autrement du terme « savoirs traditionnels » dont il n'existe à ce jour aucune définition substantielle véritablement admise. Ce dernier recouvre un certain nombre des sous-ensembles, divers tant dans leur composition que dans la réponse qu'ils appellent de la part de la propriété intellectuelle.

³⁶⁷ Si l'on se réfère aux axes de travail du « Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques aux savoirs traditionnels et au folklore » créé par les Etats membres de l'OMPI en septembre 2000 qui travaille en collaboration avec les ONG.

³⁶⁸ Bruhn J. G., Holmstedt B, *Ethnopharmacology, objectives, principles and perspectives* in Beal J.L. & Reinhard E., *Natural products as medicinal agents*, Stuttgart Hippocrates Verlag, 405-430

³⁶⁹ Doit-on entendre par agent, un mélange de plantes, une plante entière, ou l'une de ses parties, une préparation spéciale, « un principe actif », une molécule ?

la méthode. C'est pourquoi la Société Française d'Ethnopharmacologie a préféré voir dans cette discipline « *l'étude scientifique interdisciplinaire de l'ensemble des matières d'origine végétale, animale ou minérale, et des savoirs ou pratiques s'y rattachant que les cultures vernaculaires mettent en œuvre pour modifier les états des organismes vivants, à des fins thérapeutiques, curatives, préventives, ou diagnostiques* »³⁷⁰. Cette dernière définition présente un avantage considérable sur la précédente car là où la première met l'accent sur les agents, la seconde met en lumière les usages dont ils font l'objet.

En réalité s'il y a une Ethnopharmacologie qui se démarque de la pharmacologie tout court, c'est parce que la recherche se fait, non pas sur l'ensemble des matières disponibles dans le monde naturel, mais sur celles qui font l'objet d'usages vernaculaires³⁷¹ et en considérant ces derniers comme des éléments essentiels pour la recherche d' « activité ».

Le terme « vernaculaire » a été préféré à celui de « traditionnel » dans la définition que la société française d'ethnopharmacologie donne de sa science parce que, selon elle, il est d'une part, plus précis en ce qu'il « *désigne tous les usages qui ont lieu en dehors de toute formalisation scientifique* »³⁷² et d'autre part, ce savoir incorpore « *...nombre d'adaptations de savoirs anciens et d'innovations locales. Ils ne proviennent donc pas exclusivement des sociétés exotiques, puisque les usages populaires des pays développés en font partie au même titre que tous les autres* »³⁷³. Ainsi, les matières disponibles dans le monde naturel font l'objet d'usages vernaculaires aussi bien dans les sociétés à structure tribale que dans les sociétés modernes où cependant le droit ne semble pas vouloir prendre en compte une telle réalité.

103. En effet, ce que le législateur et les pouvoirs publics ont considéré comme un phénomène résiduel en France semble présenter des survivances assez vigoureuses. Non seulement il attire à nouveau l'intérêt mais, plus curieux, ce renouvellement d'intérêt ne s'accompagne pas de mesures de réglementation d'origine étatique. Les textes promulgués depuis septembre 1941, date à laquelle la catégorie des herboristes a été déclarée en voie de disparition, consacrent le règne d'une propriété intellectuelle dont les critères sont loin de coïncider avec ceux que présentent aujourd'hui les savoirs vernaculaires qui font l'objet des études ethnopharmacologiques³⁷⁴.

³⁷⁰ Fleurentin J. et al. , Ethnopharmacologie. Sources, méthodes, objectifs, Paris-Metz, éd. ORSTOM-SFE, 493 p.

³⁷¹ Fleurentin, J, précité, p. 47.

³⁷² Dos Santos, J. R., Fleurentin J., L'ethnopharmacologie : une approche pluridisciplinaire, <http://perso.wanadoo.fr/sfe-see/fr/articles.htm>, le 19/09/2002 à 18h.

³⁷³ Idem

³⁷⁴ Cf. entre autres les travaux de la société française d'ethnopharmacologie consultables sur www.wanadoo.fr/sfe-see/fr et la bibliographie qui est citée.

En fait, à l'heure actuelle, le droit se retrouve incapable d'assurer une telle fonction car le régime des herboristes permettait au moins, à travers l'organisation d'une profession et d'un monopole relatif, de protéger les détenteurs de ces connaissances. Les personnes physiques (herboristes et pharmaciens) pouvaient jouir directement des applications des connaissances qu'ils possédaient. Certes, la fabrication et surtout la commercialisation des médicaments faisaient l'objet de réglementations assez strictes³⁷⁵. Il n'en demeure pas moins que les connaissances en question bénéficiaient, par ricochet, de la protection personnelle que le droit offrait à leurs détenteurs.

104. A bien considérer les choses, il y a eu un retrait du droit étatique de la sphère matérielle des savoir-faire traditionnels sans que ce retrait corresponde à un véritable tarissement du phénomène de production de ces savoir-faire. Une situation que ne vient pas arranger la formulation des conditions nouvelles d'accès à la protection par la propriété industrielle. Le processus de création de la coutume, relativement aux savoir-faire traditionnels, perdure aussi longtemps que ces derniers présentent quelque intérêt pour la résolution des problèmes pratiques qui se posent au corps social concerné. Il faut néanmoins remarquer que le retrait du droit étatique de la sphère matérielle du savoir-faire traditionnel a été conforté dans le domaine de la recherche pharmaceutique par le développement de la chimie combinatoire, qui à première vue rendrait moins intéressante la recherche tournée vers les ressources génétiques de la biodiversité et leur utilisation.

Un industriel suisse a récemment, dans ce sens, souhaité attirer l'attention du Comité intergouvernemental de l'OMPI :

*"[...] sur le fait qu'un grand nombre de criblages chimiques et pharmaceutiques concluants ont lieu en Europe et dans le monde développé, sur la base de composés synthétiques produits en grande quantité au moyen de la chimie combinatoire. Le secteur chimique et pharmaceutique fondé sur la recherche-développement en Suisse [...] ne dépend pas fortement des ressources en biodiversité des pays en développement. Toutefois, dans la mesure où les autorités locales du monde en développement offrent un accès rapide, aisé et fiable à leurs ressources naturelles, par exemple grâce aux coordonnateurs locaux, il est clair que certaines entreprises peuvent être encouragées à étudier davantage cette possibilité de criblage. Par ailleurs, l'absence d'une réglementation claire et le manque d'informations sur les interlocuteurs appropriés dans un pays tendent à rendre peu attractive la recherche sur les ressources phylogénétiques."*³⁷⁶

³⁷⁵ Cf. supra: développements sur le tarissement organisé.

³⁷⁶ Document WIPO/GRTKF/IC/4/10, du 20 Octobre 2002, p. 16 et 17. V. dans le même sens

Cette déclaration de M. Beat MOSER, directeur général de la Société suisse des industries chimiques repose à notre avis, davantage sur des données quantitatives que celle relevant de la stratégie de la recherche. Peut-on encore sérieusement affirmer l'importance dérisoire dans la recherche pharmaceutique, de la biodiversité ainsi que des connaissances qui y sont associées ? Le peut-on dans un secteur de recherche où l'existence à l'état naturel d'une molécule active est la pénicilline dont rêvent tous les nouveaux Flemming potentiels ? Pour mieux comprendre cette interrogation, il faut se rappeler quelque peu la situation actuelle de l'innovation pharmaceutique.

105. A l'explosion des coûts de conception des nouveaux médicaments, il faut ajouter la panne de l'innovation et la spécificité du domaine de l'industrie pharmaceutique où l'investissement incorporel est prépondérant.

Pour justifier les prix de plus en plus élevés des médicaments, les groupes pharmaceutiques, relayés par les pouvoirs publics, invoquent le fait que la mise au point de nouveaux médicaments coûte de plus en plus cher³⁷⁷. Le coût moyen de mise au point de médicaments était de 803 millions de dollars en 1993 selon une étude de l'*Office of technological Assessment* des Etats-Unis (OTA)³⁷⁸ et de 700 millions de dollars selon une autre étude réalisée par M. DREWS, ancien directeur de la R&D de Hoffmann LaRoche³⁷⁹. Tandis que les coûts explosent, la loi des rendements décroissants est de plus en plus évoquée tant par les observateurs³⁸⁰ que par certains acteurs de l'industrie pharmaceutique³⁸¹. En effet, les améliorations apportées par les nouveaux médicaments sont de plus en plus imperceptibles et donc de plus en plus difficiles à mettre en évidence. Les

³⁷⁷ Ainsi, selon les chiffres du gouvernement américain par exemple (www.usinfo.state.gov), l'investissement annuel de l'industrie pharmaceutique aux USA a été multiplié par 4 entre 1985 et 1996, passant de 4 à 16 milliards de dollars et 19 en 1997. Le budget de recherche consacré aux médicaments aux USA double tous les 5 ans depuis 1970.

Ici il faut faire plus attention à la variation des montants qu'aux chiffres en valeur absolue car les montants déclarés par l'industrie pharmaceutique au titre de la recherche et développement est un fourre-tout. Par exemple, le coût du médicament est évalué, et c'est une méthode classique, en tenant compte de trois données : le coût des études pré-cliniques, des études cliniques mais aussi des profits que l'industriel aurait fait s'il avait investi ses capitaux dans un autre domaine des recherche et développement.

³⁷⁸ Etude de l'*Office of technological assessment* (organisme crée par le congrès des Etats-Unis et dissout depuis) connue sous le nom d'«étude OTA», publiée dans la revue spécialisée de l'industrie pharmaceutique, *Marketletter*, 13 janvier 1997, pp. 24-25.

³⁷⁹ Drews, J., *In Quest of Tomorrow's Medicines*, Springer, New York, 1998, p. 187.

³⁸⁰ Pignarre, P., *Le grand secret de l'industrie pharmaceutique*, La Découverte, Paris, Avril 2003, p. 21.

³⁸¹ L'exemple de Jean-François Dehecq, PDG de SANOFI-SYNTHELABO, dans une interview au Figaro, 02 Août 2002, p. 23 ; C'est aussi le cas de Daniel Vasela, Patron de NOVARTIS (6^{ème} groupe pharmaceutique mondial né de la fusion en 1996 de CIBA et SANDOZ) qui déclare que « pour essayer d'innover, l'industrie pharmaceutique a dû augmenter ses investissements en R&D, sans améliorer notablement le nombre de produits mis sur le marché », *Les échos*, 11 septembre 2002, p. 51. A ces reconnaissances, il faut ajouter le fait objectif qui est qu' au niveau mondial, la mise sur le marché de médicament comportant au moins un principe actif nouveau est en baisse régulière depuis 1975 : 33 en 1980, 25 en 1985, 15 en 1990 (Catherine Ducruet, « Pharmacie et biotech en Symbiose », *Les Echos*, 11 septembre 2002 cité par P. Pinarre, op. cit. p. 35).

chercheurs et industriels pharmaceutiques, de nos jours, ont de bonnes raisons d'envier les découvreurs et testeurs de la pénicilline en 1942.

Une pareille adéquation entre le médicament que l'on doit proposer aux malades et les affections visées peut être considérée comme une recherche de maximisation de l'efficacité thérapeutique en même temps qu'il y a une recherche de minimisation de la nocivité. Il s'agit de rechercher une information technique sur le dosage et la formule du principe actif.³⁸² A cette difficulté à mettre au point un produit ciblé, vient s'ajouter une autre qui relève de la particularité du secteur pharmaceutique. C'est en effet un secteur particulièrement concurrentiel où la matière grise, le savoir ou le savoir-faire est grand consommateur de budget alors que le produit auquel il aboutit est facilement reproductible à partir d'un seul spécimen³⁸³. Les coûts de R&D³⁸⁴ sont élevés alors que les coûts de fabrication sont pratiquement dérisoires³⁸⁵. Voilà pourquoi tous les efforts portent sur l'invention et sur la protection juridique de cette invention. Ce sont là les deux principaux moyens d'action de l'industrie pharmaceutique. Ils sont tous les deux concernés par la question du savoir-faire traditionnel. L'innovation peut, en effet, recevoir un sérieux coup de pouce lorsqu'il y a isolation d'un principe actif provenant de la biodiversité et dont on connaît les effets principaux et secondaires pour l'avoir utilisé dans la société traditionnelle pendant des siècles voire des millénaires. Il s'agit là de l'utilité primordiale du savoir-faire traditionnel dans les avancées de la recherche et dans la réduction des coûts de R&D. La protection par brevet est aussi concernée par l'utilisation du brevet comme moyen de protection de l'invention³⁸⁶ mais aussi comme moyen d'exploitation de l'invention³⁸⁷. Il en résulte que le savoir-faire traditionnel est, par le biais de l'utilisation qui peut être faite des ressources de la biodiversité, invité dans toutes les phases de la vie de l'industrie pharmaceutique et dans toutes les circonstances. Il faut en effet remarquer que quand le marché est favorable, le secteur tout entier se drapait dans les habits

³⁸² Ces derniers ont eu 100% de réussite lors des tests pratiqués sur 129 patients atteints d'une infection à gonocoques. Dans une telle hypothèse, la statistique était « vite faite » comme le constate J-P Gaudillère, *Inventer la biomédecine. La France l'Amérique et la production des savoirs du vivant (1945-1965)*, La Découverte, Paris, 2002, p. 41.

³⁸³ A la différence de l'industrie automobile, rien n'est souvent plus facile que de reproduire un médicament, d'en assurer la synthèse chimique massive alors que rien n'est plus coûteux que de l'inventer.

³⁸⁴ Pour rappel : Recherche et Développement.

³⁸⁵ Un médicament qui coûte 30 Euros, ne coûte pas plus de 2 Euros à fabriquer; Cf. Pignare, P., op.cit. p.18.

³⁸⁶ C'est la question de la brevetabilité de l'invention finale et de l'hypothétique co-titularité du brevet. Quelles seront les implications des éventuels contrats de collaboration, de recherche, ou de cession, passés entre les laboratoires de recherche et les propriétaires des ressources transférées? Les brevets peuvent-ils être demandés sous le régime de la copropriété s'il est établi que le savoir-faire transmis est significatif et pertinent, voire prépondérant dans la mise au point du médicament? On peut ajouter à cette liste de préoccupations l'éventuelle question du droit au nom des sociétés traditionnelles. Serait dans ce cas, concernée, l'application des articles 4 *ter* de la C.U.P et R 611-15 à 17 du CPI (pour les modalités de désignation de l'inventeur) ainsi que de l'article L 611-19 du C.Prop.Int. qui dispose « l'inventeur salarié ou non, est mentionné comme tel dans le brevet ; il peut également s'opposer à cette mention. »

³⁸⁷ Nous discuterons cet aspect de la question dans la deuxième partie de nos travaux.

conquérants de l'innovation et de l'invention. Mais lorsque, comme cela semble être le cas actuellement, le marché se contracte et que la crise de l'innovation est installée, c'est aux vertus protectrices du droit des brevets que l'on fait appel en attendant que la disette passe.

107. Le tableau peu réjouissant qui vient d'être rapidement brossé de l'innovation dans l'industrie pharmaceutique, demande une réaction rapide basée sur un changement de la politique de R&D que semble ne pas prendre en compte la déclaration de M. MOSER. Il n'est question, ni plus, ni moins, que de la survie de ces grands groupes mondiaux. A en croire une étude prospective nommée « **Pharma 2010** » et menée fin 2002 par le cabinet *IBM Consulting Services* (Ex- Price Waterhouse) : « *le bénéfice par action offert par les 20 premiers laboratoires mondiaux qui était en moyenne de 18% entre 1993 et 1998, est tombé depuis 5 ans à 4% ou 5%* »³⁸⁸. C'est dire l'urgence et la délicatesse de la situation dans laquelle se trouve le secteur.

Malgré les nombreuses alternatives qu'offrent les progrès de la chimie, le savoir-faire traditionnel demeure une valeur convoitée de par son intime relation avec l'utilisation bénéfique des plantes et autres ressources de la biodiversité.

Le tarissement des savoir-faire traditionnels s'avère à présent bien plus que relatif, il apparaît limité parce que ces derniers survivent dans les contrées, le tour de main est demeuré attaché à la personne de l'artisan, ainsi que les différents secrets de fabrication. L'exemple archétypique de l'herboriste et de l'industrie de la recherche pharmaceutique que nous avons privilégié mérite ici d'être nuancé sans que le principe de l'organisation d'un tarissement en soit affecté.

Le coût de la recherche dans les autres corps de métiers étant moins élevé que celui de l'industrie pharmaceutique ou cosmétique, il est moins rare que des entreprises artisanales requièrent des brevets d'inventions afin de soutenir leur politique de développement. Les exemples sont légion et vont des métiers du bâtiment à ceux de l'artisanat d'art³⁸⁹. Ici encore, aux mêmes problèmes, il convient de proposer les mêmes remèdes. A un désir de protection des connaissances, le droit a répondu par l'organisation de corporations et l'instauration d'un système d'apprentissage.

108. Il est utile de considérer que le système d'apprentissage, imaginé pour encadrer les différents savoir-faire, est en définitive, un aveu de la subsistance des savoir-faire traditionnels dans les interstices des connaissances techniques modernes.

³⁸⁸ Etude citée par **Véronique Lorelle**, « Les industriels devront accélérer le lancement de médicaments plus ciblés », *Le Monde*, 15 janvier 2003.

³⁸⁹ Avec la différence qu'en ce qui concerne ce dernier, toutes les branches de la propriété intellectuelle sont concernées : brevets, droit des signes distinctifs, droit des dessins et modèles.

Il est aussi plus utile de voir comment la question de la biodiversité et des « savoirs locaux » a été abordée en France³⁹⁰. Trois degrés d'encadrement semblent avoir été observés. La prise en considération des phénomènes locaux sous l'impulsion des ethnologues³⁹¹ et des juristes³⁹², la prétendue conservation du savoir-faire traditionnel par la valorisation et enfin la conservation par la préservation. Ainsi, des communautés locales fortes et diversifiées, des relations anciennes et étroites avec les pays du Sud, l'existence des départements et territoires d'outre-mer (DOM-TOM) aux liens complexes avec la métropole confèrent à la France une vocation particulière dans les négociations internationales³⁹³ sur la biodiversité. Outre l'incidence que ce particularisme a pu avoir sur la lecture de la notion d'autochtonie et sur les positions internationales depuis 1996, il a conduit à mettre en place des politiques et des dispositifs - légaux et administratifs - afin de « cantonner »³⁹⁴ les savoirs et les savoir-faire locaux portant sur la nature. L'expression a ensuite été bien trouvée de lier les savoir-faire, le terroir et les produits dans la logique des AOC³⁹⁵. Cette prise en compte des savoir-faire

³⁹⁰ Cette démarche se situe dans la continuité de la longue tradition amorcée par le folkloriste français Eugène Rolland et poursuivie notamment par André-Georges Haudricourt, puis par Jacques Barrau, porteparole d'un nouveau champ disciplinaire, l'ethnobiologie.

³⁹¹ Voir les travaux et recherches de la Mission à l'ethnologie. Placée sous la tutelle du ministère de la culture, elle a pour but de conserver les éléments fondateurs de l'identité des cultures locales et de participer à la coordination des politiques de recherche ethnologique en métropole et outre-mer. Elle s'intéresse au monde rural et considère que la diversité et la richesse du patrimoine sont essentielles pour comprendre les modes de vie passés et présents. La création de cette institution se fonde sur un corpus de questions, qui va conduire à intégrer des ethnologues dans les Parcs naturels régionaux.

³⁹² Alliot, M., « L'anthropologie juridique et le droit des manuels », *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, T. 24, 1983, pp.71-81. ; Balandier G., *Anthropo-Logiques*, Paris, Librairie générale française, 1974 ; Carbasse J.-M., « Coutume, temps, interprétation », *Droits*, N° 30, 1999, pp.15-28 ; Claessen J. M. & Skalnik P. (dir.), *The Early State*, The Hague - Paris - New York, Mouton, 1978 ; Deckker P. de (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Université française du Pacifique, Nouméa, L'Harmattan, Paris, 1995 ; Hobshawn E. & Tanager T., *The invention of tradition*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1983. - LAPIERRE W., *Vivre sans État ?*, Paris, Le Seuil, 1977 ; Rouland N., *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, 1998. - Coll. : La Coutume, *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Bruxelles, De Boeck Université, 1990.

³⁹³ Ce type de protection et de valorisation des savoirs et savoir-faire locaux s'est étendu à l'ensemble de l'Europe et il commence à percer dans les pays du Sud : en Asie, pour le thé *Shan Tuyet de Moc Chau* et le *nuoc mam de Phu-Quoc*, deux produits vietnamiens dont les dossiers ont été élaborés par le Bureau national interprofessionnel du cognac ; en Afrique du Nord et du Sud pour certains vins. Pour la plupart engagées par les producteurs, ces initiatives ont été encouragées par la demande croissante des consommateurs, en particulier à l'occasion des fêtes, pour une alimentation moins insipide, pour des produits de qualité, « authentiques ».

³⁹⁴ Bérard L. & P. Marchenay, « Ressources des terroirs et diversité bioculturelle. Perspectives de recherche ». *Journal d'agriculture traditionnelle et de botanique appliquée*, 1994, nouvelle série, Vol. XXXVI (2). Paris, pp. 87-91.

³⁹⁵ Chouvin, E., Louafi, S., Roussel, B., : « Prendre en compte les savoirs et savoir-faire locaux sur la nature : Les expériences françaises », *Les documents de travail de IDDRI*, n°1, p.16 où ils citent ce qui s'est passé dans le Jura, où grâce à l'AOC, la filière du Comté s'est développée en assurant un retour de valeur ajoutée aux agriculteurs. La race laitière Montbéliarde s'est non seulement maintenue, mais étendue. L'AOC a également contribué au développement économique de la région. Dans une étude sur le lien au terroir des produits agricoles, . (Barjolle D., S. Boisseaux & M. Dufour, 1998. *Le lien au terroir. Bilan des travaux de recherche*. Cofinancé par l'Office fédéral de l'agriculture. Institut d'économie rurale, Zurich, 27 p.) les chercheurs montrent qu'il existe de multiples modes d'ancrage d'un produit dans sa région. Ils insistent sur l'importance de penser et de raisonner ce lien en fonction du produit et du lieu d'où il provient.

traditionnels s'est spécifiquement exprimée en prenant en compte le végétal, à travers les herbiers³⁹⁶, et l'animal à travers les parcs régionaux³⁹⁷.

Ainsi, convient-il, pour ce qui est de la France, de dépasser cette apparence.

Pour un autre groupe de pays dits « sous-développés », la situation est toute autre car l'on y décèle plutôt une permanence de la question des savoir-faire traditionnels.

B. La permanence de la question des savoir-faire traditionnels.

109. La question des savoir-faire traditionnels revêt un caractère permanent car elle semble avoir habité, de tout temps, les préoccupations des Etats concernés. Parfois, les approches tentées par ces derniers paraissent contradictoires et nourries d'excès.

Suite à la prise en compte de la valeur intrinsèque et d'échange des éléments de la biodiversité et des connaissances associées et sous la forte impulsion des organisations internationales, les Etats du sud ont adopté une attitude favorable à l'admission du savoir-faire traditionnel dans le champ juridique animé par les sources classiques de création du droit que sont la loi³⁹⁸ et les arrangements contractuels. Ces législations nationales qui revendiquent toutes, la qualité d'être

³⁹⁶ Outils scientifiques et culturels, les herbiers constituent une des pièces maîtresses de la connaissance botanique et représentent des banques de données inépuisables pour de multiples disciplines. Nous en voulons pour preuve l'American Society of Plant Taxonomists qui dans sa *Position Statement du lundi 30 août 2004* affirme ce qui suit : « *The American Society of Plant Taxonomists affirms the crucial role of natural history collections, and of plant collections in particular, in research, teaching, and public outreach. Collections of plant specimens (herbaria) are the foundation for all studies of plant diversity and evolution. Specimens provide enormous economic and scientific returns to society and are irreplaceable resources that must be preserved for future generations. Specimens provide the foundation of nomenclature, the basis for identification, the common reference for communication, and the vouchers for floras, as well as for evolutionary and genomic studies. Molecular and morphological characters that allow us to reconstruct the history of life can be obtained from herbarium specimens. All fields of biological science from the level of molecular biology to ecosystem science are dependent on collections, not just for application of names, but as the basis for referencing all aspects of biodiversity. Beyond their scientific importance, herbarium collections offer many benefits to society by providing data or reference materials for critical endeavors such as agriculture, human health, biosecurity, forensics, control of invasive species, conservation biology, natural resources, and land management. Herbarium collections provide a wealth of information on our natural heritage and extend back hundreds of years ; thus they provide the only reliable, verifiable record of the changes to our flora during the expansion of human population* ». V°. également : *Les Actes du colloque de Lyon "Les herbiers : un outil d'avenir - Tradition et modernité"* - 20-22 novembre 2002 ."

³⁹⁷ Un parc naturel régional se définit d'abord comme « un territoire rural qui présente une identité forte, au patrimoine naturel et culturel riche, mais à l'équilibre fragile et menacé ». Ses actions satisfont quatre critères : l'origine, l'authenticité, l'artisanat, la nature. (Parc naturel régional Morvan)

³⁹⁸ L'OMPI a dans ce sens répertorié en 2002, 34 transcriptions par des lois, règlements ou ordonnances, de dispositions qui prennent en compte de près ou de loin, les questions relatives aux savoirs traditionnels, sans qu'un tel recensement soit exhaustif (document WIPO/GTRKF/IC/3/9, annexe II). Il est toute fois à noter que les lois nationales font plus souvent référence à la protection du folklore et à l'application des droits d'auteur qu'à la notion de savoir traditionnel en tant que tel. Et pourtant la recherche du titulaire des droits qu'ils soient de propriété littéraire et artistique ou industrielle, fait face aux mêmes difficultés conceptuelles de sorte qu'elle peut être conduite sous un angle oeucuménique, sans discriminer entre les deux branches de la propriété intellectuelle.

spécifiques, sont géographiquement réparties en quatre zones dont l'une des plus fournies en lois spéciales, l'Afrique, semble avoir adopté la voie des législations étrangement revendicatrices et peu spécifiques à la question des savoir-faire traditionnels. Considérons simplement le pourcentage écrasant de dispositions légales et réglementaires nationales qui incluent la question des savoir-faire traditionnels comme une variante des dispositions sur les droits d'auteur.

Il avait pourtant été proposé, pour que les délibérations sur le sujet des savoir-faire traditionnels restent structurées et que : « *les questions plus axées sur la culture, telles que les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, séparément des questions relatives aux savoirs traditionnels* »³⁹⁹. Telle ne semble pas avoir été la tendance suivie par les législations nationales en Afrique où, à l'exception de l'Afrique du sud⁴⁰⁰, toutes les législations recensées, ne semblent voir dans les savoir-faire traditionnels, qu'une réalité résiduelle des droits d'auteur ou du folklore⁴⁰¹.

Ainsi, l'activité d'édiction de la loi prétend à une réglementation détaillée du savoir-faire traditionnel mais se présente surtout sous la forme d'une série de revendications. Ces législations nationales semblent plus tournées vers la

³⁹⁹ Rapport final de la 6^{ème} session du comité Intergouvernemental de l'OMPI, Document WIPO/GTRKF/IC/6/14, n°27.

⁴⁰⁰ République d'Afrique du sud: projet de loi sur la protection et la promotion des savoirs indigènes sud africains (www.polity.org.za/govdocs/reports/committees/newreports.htm). La problématique des savoir-faire traditionnels dans l'univers des brevets, a été par la suite soulignée par l'affaire du brevet P57 portant sur les vertus anorexigènes du cactus Hoodia. Il en est résulté récemment, une modification le 7 décembre 2005, de la Patents Act de 1978 (Act No. 20,2005 PATENTS AMENDMENT ACT, 2005, GOVERNMENT GAZETTE, 9 DECEMBER 2005.) afin d'y introduire l'obligation pour le demandeur de brevet de fournir la preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause des communauté traditionnelles lorsque sont en cause les savoir-faire traditionnels ou les ressources biologiques ou génétiques utilisées par ces dernières.

⁴⁰¹ Angola : Loi n° 4/90 du 10 mars 1990 sur les droits d'auteurs, articles 4f)et 4g) qui fournissent respectivement les définitions de folklore et des créations intellectuelles ; Burkina-Faso : Ordonnance portant protection du droit d'auteur (n°83-16 CNR. PRES, du 29 septembre 1983) telle que rectifiée par l'Ordonnance n° 84-12 CNR. PRES, du 29 février 1984 ; Malawi : Loi n°9 du 26 avril 1989 sur le droit d'auteur, modifiée par la loi n° 2 de novembre de la même année ; Mal : Ordonnance du 12 juillet 1977 fixant le régime de propriété littéraire et artistique , article 8 ; Lesotho : Ordonnance n° 13 de 1989 sur le droit d'auteur , section 2 ; Tunisie : Loi n°94-36 du 24 Février 1994 relative à la propriété littéraire et artistique, article 7 ; Algérie : Ordonnance n° 73-14 du 3 avril 1973 relative au droit d'auteur, article 14 sur la définition du folklore ; Bénin : Loi du 15 mars 1984 relative à la protection du droit d'auteur, article 10 ; Burundi : Décret-Loi n° 1/9 du 4 mai 1978 portant réglementation des droits d'auteur et de la propriété intellectuelle au Burundi ; Cameroun : Loi n° 82-18 du 26 novembre 1982 relative au droit d'auteur et aux droits voisins du droit d'auteur ; République centrafricaine : Ordonnance n° 85. 002 du 5 janvier 1985 sur le droit d'auteur , article 9 qui fournit une définition du folklore ; Congo : Loi du 7 juillet 1982 sur le droit d'auteur et les droits voisins, article 15 ; Ghana : Loi du 21 mars 1985 sur le droit d'auteur , section 53; Guinée, Loi du 9 Août 1980 portant adoption des dispositions relatives au droit d'auteur et aux droits voisins en république populaire révolutionnaire de Guinée, article 9 ; Côte d'Ivoire : Loi n° 78-634 du 28 juillet 1978 portant protection des œuvres de l'esprit, article 7 ; Kenya : Loi sur le droit d'auteur de 1966 telle que modifiée jusqu'en 1989, article 15 ; Libéria : Loi du 24 mai 1972 sur les brevets, le droit d'auteur et les marques, articles 2.1 et 8 ; Maroc : Dahir de 1970 relatif à la protection des œuvres littéraires et artistiques, article 10 ; Rwanda : Loi du 15 novembre 1983 régissant le droit d'auteur, article 3 ; Sénégal : Loi n° 73-52 du 4 décembre 1973 relative à la protection du droit d'auteur, telle que révisée par la Loi n° 86-05 du 24 janvier 1986, article 9 ; République démocratique du Congo, Ex-Zaire : Ordonnance-Loi du 5 avril 1986 portant protection des droits d'auteur et des droits voisins, article 6 ; Togo : Loi n° 91-12 du 10 juin 1991 portant protection du droit d'auteur, du folklore et des droits voisins, article 66.

revendication que vers l'édiction malgré le cadre nouveau que propose la législation modèle de l'Organisation pour l'Unité africaine adoptée en l'an 2000.

110. L'Asie⁴⁰², l'Amérique latine⁴⁰³ et le Pacifique⁴⁰⁴ sont aussi les trois autres lieux d'activisme où la loi est intervenue, parfois très vigoureusement, pour fixer le cap. La notion de savoir-faire traditionnel est parfois abandonnée dans les méandres des différents mécanismes contractuels appelés à en régir l'exploitation. C'est le cas au Brésil de la loi 306/95 qui a été approuvée par le Sénat en 1998⁴⁰⁵. C'est également le cas aux Philippines de la « *Indigenous peoples Right Act* » de 1997⁴⁰⁶, en Thaïlande de la loi sur la médecine traditionnelle qui est plus spécifique et concerne le savoir-faire traditionnel relatif aux utilisations médicales des plantes. C'est enfin le cas de la loi du Costa Rica sur la diversité biologique⁴⁰⁷. Ce dernier pourtant ne traite pas spécifiquement d'un système *sui generis* de protection mais prévoit certains critères généraux concernant les droits communautaires en matière de savoir-faire traditionnels. Cette loi, en son article 7.6 définit le savoir-faire traditionnel comme : « *le produit dynamique développé par la société au fil du temps et par divers moyens, y compris par des méthodes traditionnelles et des pratiques scientifiques* »⁴⁰⁸. Elle invite surtout les communautés locales et autochtones à créer, dans le cadre d'un *processus participatif*⁴⁰⁹, le mécanisme de protection et d'enregistrement des savoir-faire traditionnels liés à la biodiversité. Cette perspective de réglementation du savoir-faire traditionnel tranche avec la majorité des approches nationales qui soit, se lancent dans une réglementation d'autorité inspirée des mécanismes de la propriété tant corporelle qu'incorporelle soit surprotègent les populations autochtones par la place faite déraisonnablement à des mécanismes de régulation qui ne souffrent pas l'exportation dans un autre système de droit. Il reste, pour se réjouir d'une telle approche, à trouver un contenu exact à ce qui est désigné sous le vocable de

⁴⁰² Philippines : Republic Act 8371 sur les droits de peuples autochtones ainsi que la « Executive order 247 » définissent les grandes lignes qui gouvernent l'accès aux ressources biologiques ; Laos : Décret sur les ressources biologiques et les savoirs traditionnels y afférents ; Sri Lanka : Code de la propriété intellectuelle (Loi n° 51 de 1979) tel que modifié jusqu'en 1990 section 6 ;

⁴⁰³ Costa Rica : Loi n° 7788 du 23 avril 1998 sur la biodiversité ; Communauté andine : décision 391 sur le régime commun concernant l'accès aux ressources génétiques, Décision 486 sur la patrimoine biologique et génétique et les savoirs traditionnels ; Panama : Loi n° 15 du 8 Août 1994 portant approbation de la loi sur les droits d'auteur, les droits voisins et énonçant d'autres dispositions, article 2.11 sur la définition des expressions du folklore ; Bolivie : Loi n° 12 du 29 avril 1992 sur le droit d'auteur, article 21 ; Brésil : Loi 306/95 qui a été approuvée par le Sénat en 1998.

⁴⁰⁴ Australie: Loi de 1984 sur la protection du patrimoine des populations aborigènes et insulaires du détroit de Torres (www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/aatsihpa1984549.txt); Barbade : Loi sur le droit d'auteur de 1981-1982 portant réforme et actualisation de la loi sur le droit d'auteur et de la Loi sur les questions similaires ou connexes (22 janvier 1982).

⁴⁰⁵ Wolff, M., « Indigenous people and the protection of genetic resources in Brazil », in Intellectual property aspects of ethnobiology (Ed. Blakeney 1999), pp. 175-179.

⁴⁰⁶ Republic Act 8371 sur les droits de peuples autochtones ainsi que la « Executive order 247 » , op.cit. note 1.

⁴⁰⁷ Loi n° 7788 du 23 avril 1998 sur la biodiversité, précité.

⁴⁰⁸ Ibidem, page 2.

⁴⁰⁹ C'est nous qui soulignons.

« processus participatif ». Une première idée est de concevoir le caractère participatif comme une contribution et une collaboration des différentes communautés autochtones en vue d'assurer la protection des savoir-faire liés à la biodiversité.

111. La mise en réseau des communautés est en elle-même, une bonne chose, encore qu'il faille, dans cette collaboration, ne pas perdre de vue que le savoir-faire traditionnel est appelé à migrer vers d'autres systèmes de régulation où il devra prouver son adaptabilité ou sa compatibilité. Les communautés traditionnelles ou autochtones participent toutes ou presque de la même organisation sociale et juridique. En cela, elles auront peu de difficultés à dégager les points communs d'une notion juridique. Mais cette facilité dans la méthode peut présenter un risque qui ne semble pas avoir souvent été évité : celui de l'enfermement dans le champ juridique de la communauté traditionnelle. Ce n'est cependant pas la méthode participative en elle-même qui est ici décrite. En l'état cependant, il n'est pas certain qu'elle produise les effets désirés. Les acteurs qui sont invités à y collaborer doivent élargir leurs rangs pour inclure des représentants d'une autre conception de la propriété.

Le processus participatif qu'instaure la loi costaricienne inaugure donc une méthode à laquelle il va falloir faire produire des effets, sous bénéfice de la redirection ci-dessus mentionnée. Ainsi, au Pérou en Amérique latine comme au Cameroun en Afrique, les lois nationales ont été amendées de façon originale afin de reconnaître les droits de communautés traditionnelles.

112. Au Pérou, la mise en œuvre d'une législation sur les droits de protection des connaissances collectives des peuples indigènes depuis Octobre 1999, fait suite à des négociations entre les communautés d'Aguaruna dans la partie nord de l'amazone péruvien et les multinationales telles que Monsanto ou Searle depuis 1993. Les types de licences négociées ont été la base de la rédaction de la réglementation proposée par le gouvernement. La méthode participative élargie semble avoir été appliquée. Les fruits que l'on aurait pu en retirer ont malheureusement été minorés par la recherche quoi que cela coûte, d'un système *sui generis*.

En effet, pour atteindre l'objectif de : « *protéger, préserver et faciliter le développement des savoirs traditionnels en garantissant un partage équitable des bénéfices* », la loi péruvienne recherche un modèle de protection *sui generis*, susceptible d'être conforme aux applications ADPIC. C'est aussi le cas du projet de Loi-type africaine. Le rapprochement ne s'arrête pas là entre les deux textes, car à la différence des droits de propriété intellectuelle classique, le régime proposé par la loi péruvienne et la loi type africaine, reconnaît les droits des communautés locales et traditionnelles sur le produit de leurs efforts intellectuels en tant que

droits ancestraux. Ces deux lois ne se fondent donc pas sur l'attribution de droits de propriété intellectuelle, mais plutôt sur la reconnaissance de l'existence de droits intellectuels traditionnels. Les droits sont ainsi conférés par nature aux communautés traditionnelles⁴¹⁰. Ils sont même distincts et indépendants de ceux qui « *peuvent naître au sein des peuples autochtones, dont la répartition des avantages pourra s'effectuer selon les systèmes traditionnels de ces derniers* »⁴¹¹. Autrement dit, il n'est plus question de faire naître un droit sur les savoir-faire traditionnels mais plutôt de constater leur existence.

Ainsi, soit les lois et règlements étatiques nient l'existence du savoir-faire traditionnel, soit ils rendent insuffisamment compte de sa spécificité. En tout les cas, elles traduisent chacune, à travers leur cacophonie, la permanence de l'objet juridique qu'est le savoir-faire traditionnel.

Il convient à présent de voir si les forces créatrices du droit, autre que celles de l'édiction, prolongent cette négation de la source coutumière.

Section 2. L'approche par l'activité d'interprétation.⁴¹²

113. L'acception qui nous semble la plus opérationnelle⁴¹³ pour les besoins de notre étude, est celle que le Doyen CORNU donne, au delà de la compréhension commune⁴¹⁴, de l'interprétation lorsqu'il le définit comme l'« *opération qui consiste à discerner le véritable sens d'un texte obscur* ». ⁴¹⁵ Pour cet auteur l'activité

⁴¹⁰ Ainsi que l'on peut le déduire de l'article 9 du Projet de régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones qui dispose que : « *sont protégés en vertu du présent régime les savoirs collectifs qui appartiennent à un peuple autochtone, et non à des individus faisant partie dudit peuple. Ils peuvent appartenir à plusieurs peuples(...).* »

La loi type africaine pour sa part dispose dans son article 17 : "The State recognizes and protects the community rights that are specified in Article 16 as they are enshrined and protected under the norms, practices and customary law found in, and recognized by, the concerned local and indigenous communities, whether such law is written or not."

⁴¹¹ Ibidem, in fine.

⁴¹² Sur l'interprétation en général, ses acception, ses méthodes, ses mécanismes, Voir, sans prétention à l'exhaustivité : **Amselek, P.** (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant et PU d'Aix-Marseille, 1995 ; **Guastini, R.** *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milan, Giuffrè, 1993 ; **Maccormick, N. & Summers, R. S.** *Interpreting statutes. A comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, 1991, **Marmor, A.**, *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1992. - **Troper, M.**, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994 ; *Le Droit, la théorie du droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, **Wroblewski, J.**, *Meaning and Truth in Judicial Decision* (Aulis Amio (dir.)), Helsinki, Juridica, 1979.

⁴¹³ Tant il est vrai que le terme d'interprétation est à géométrie variable et reçoit un contenu différent selon la matière qui est concernée. Ceci a fait dire à **M Paclot** (*Recherche sur l'interprétation juridique*, Th. Paris 1988dact. n° 457) que « la notion d'interprétation est elle-même susceptible d'interprétation ». Voir aussi, sur la polysémie du terme : **Wroblewski, J.**, « L'interprétation en droit, théorie et idéologie », *Arch. Phil. Dr. T. XVII*, 1972.

⁴¹⁴ Dans le langage courant, Interpréter, c'est selon le petit Larousse « chercher à rendre compréhensible, à traduire, à donner un sens à ». Pour le Littré, « c'est expliquer ce qu'il y a d'obscur et d'ambigu dans un écrit, dans une loi, dans un acte ». Le grand-Robert propose une lecture presque identique de l'interprétation lorsqu'il la définit comme l'acte consistant à « expliquer, rendre clair, ce qui est obscur dans un texte, un écrit ».

⁴¹⁵ **Cornu G.**, Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, 2000, p. 475. V. également « interprétation juridique » in, *Le dictionnaire encyclopédique et de sociologie du droit*, précité p. 314 où elle est définie

d'interprétation désigne aussi bien les éclaircissements donnés par l'auteur même de l'acte que le travail d'un interprète étranger à l'acte. La distinction introduite par Hans Kelsen entre interprétation authentique⁴¹⁶ et interprétation de doctrine⁴¹⁷ semble encore d'actualité, avec la précision nécessaire apportée par Michel Troper pour qui : « *s'il y a bien entre l'interprétation authentique et l'interprétation de doctrine une très profonde différence, elle ne tient pas au fait que l'une serait une activité de la connaissance et l'autre une activité de la volonté, mais simplement à ce que l'ordre juridique attribue des effets à l'une et pas à l'autre* »⁴¹⁸.

Hormis le fait qu'il ne s'agit pas ici de l'interprétation d'une règle juridique mais plutôt d'une approche interprétative d'une notion juridique naissante, la méthode nous semble devoir être la même en ce qu'elle devra appréhender le côté descriptif du savoir-faire traditionnel, en essayant d'en isoler les éléments. Dans ce sens il convient de remarquer que les interprétations et les applications de la règle de droit ont permis de semer des indices forts de ce qu'il fallait entendre par savoir-faire traditionnel.

Pourtant l'autorité publique à travers les différentes juridictions a montré une véritable hostilité vis-à-vis de la notion (Paragraphe 1) qui doit son émergence aujourd'hui, à la doctrine (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'interprétation par l'autorité publique.

114. L'interprétation dont il s'agira ici est celle du concept de savoir-faire traditionnel et non des règles juridiques d'ordre étatique qui le régissent, celles-ci étant par définition, inexistantes. Cette interprétation se fait jour à l'occasion de l'activité d'application de la règle de droit qui revient aux juridictions des différents Etats⁴¹⁹. Les règles de droit ne sont certes pas spécifiques au savoir-faire

comme « le processus ou le résultat de la détermination du sens des règles juridiques ou de leurs éléments ».

⁴¹⁶ Dans le vocabulaire de Hans Kelsen, l'interprétation authentique n'est pas seulement celle qui émane de l'auteur de l'acte, mais plus généralement celle qui est donnée par une autorité habilitée à interpréter ou encore celle à laquelle l'ordre juridique fait produire des effets, même si son auteur n'est pas formellement habilité. Ainsi, présente le caractère d'une interprétation authentique celle qui émane d'une cour suprême, mais aussi celle qui émane d'un parlement lorsqu'il n'existe pas de cour constitutionnelle. Il n'y a guère de différence entre ces deux interprétations parce que, quels que soient leurs contenus, elles s'imposent, en ce sens qu'elles ne peuvent être contestées et que le texte interprété n'a pas d'autre signification que celle qui lui est attribuée par l'interprète. Il en résulte que l'activité d'interprétation n'a pas lieu seulement lorsque le texte est obscur, mais à l'occasion de toute application.

⁴¹⁷ Kelsen considère qu'il s'agit d'une activité de connaissance, mais, contrairement à la thèse traditionnelle, il n'admet pas qu'elle permette de découvrir une signification cachée unique. Elle vise seulement à décrire tous les sens possibles d'un énoncé, de manière à permettre à l'interprète authentique d'opérer entre eux un choix.

⁴¹⁸ Dictionnaire de culture juridique, V° Interprétation Troper, M.,

⁴¹⁹ Au XIX^{ème} siècle, au moment où naissait le terme de Doctrine pour désigner le droit savant, elle se trouvait en fait dépossédée de son monopole d'interprétation de la loi au profit de la cour suprême. Depuis lors le rôle du juge dans l'interprétation de la loi n'a cessé de s'accroître, s'étendant jusqu'au droit

traditionnel mais leur application peut offrir des indices pour la construction de la notion qui nous occupe. De cette absence de règles directement applicables à notre objet, on peut tirer une explication des faiblesses interprétatives des juges en la matière. En effet le juge ne fait qu'appliquer la loi à des situations litigieuses qui lui sont soumises et ce faisant, selon les termes du Pr. POLLAUD DULIAN, il « *statue et donc interprète la loi* »⁴²⁰. Or, en droit français, la jurisprudence semble n'avoir jamais été sollicitée sur la question spécifique de l'existence de droits relatifs au savoir-faire traditionnel. A cela l'on peut avancer la raison tirée du tarissement qui a été organisé à travers la suppression de la profession d'herboriste et l'industrialisation croissante des activités relatives au secteur de la recherche et de la production pharmaceutiques⁴²¹.

L'on peut arguer aussi de ce que les différends qui ont un rapport distant avec l'objet de notre étude se situent dans le cadre de conflits qui ne permettent pas d'envisager le sort des savoir-faire traditionnels comme une question indépendante. C'est le cas des contentieux qui mettent en cause le droit des minorités en Nouvelle Calédonie et en Polynésie où l'on se focalise plus sur l'autodétermination politique⁴²² et la souveraineté territoriale. Cette sorte de « pollution » du débat sur les savoir-faire traditionnels par des revendications politiques a été très tôt dénoncée par la doctrine anglophone⁴²³ comme ne favorisant pas une visibilité utile. Pour Graham DUTFIELD, c'est là l'une des raisons qui rendent l'appellation « *indigenous knowledge* » moins éclairante que celle de « *traditional knowledge* »⁴²⁴.

Loin d'affirmer que de tels différends, souvent dévolus au juge administratif ou constitutionnel, sont exempts d'éléments permettant d'esquisser un cadre général à une définition ou au statut du savoir-faire traditionnel, il faut reconnaître que la question n'a jamais été spécifiquement ciblée, en jurisprudence, sous l'angle du

supra national. Le fait en conséquence que les normes se soient faites plus imprécises et moins consistantes pour laisser aux juridictions la latitude de s'adapter aux faits et à l'évolution des valeurs.

⁴²⁰ Pollaud-Dullian, F., « A propos de la sécurité juridique », *RTDCiv. Juillet- septembre 2001*, p. 501. Certains auteurs vont bien plus loin et font du juge un véritable « créateur de la loi » M. Troper, « Le problème de l'interprétation et de la théorie de la supra-légalité constitutionnelle », *Mélanges Eisenmann*, 1975, p. 133. .

⁴²¹ Infra. Chap.1, Section 1, §2, A.

⁴²² Bui-Xuan O., « Difficulté d'édifier un statut sur mesure : le nouveau statut de la Polynésie françaises », *LPA* n° 36, du 28 février 2005 ; Vivier J-L., « L'application outre mer des textes nationaux », *LPA*, n° 80 du 22 Avril 1999, p. 12.

⁴²³ Voir: Mugabe J. Intellectual property protection and traditional knowledge. In: *World Intellectual Property Organization. Intellectual Property and Human Rights*. Geneva, WIPO: 97-125.

⁴²⁴ Dutfield G., « Developing and Implementing National Systems for Protecting Traditional Knowledge: A Review of Experiences in Selected Developing Countries » UNCTAD Expert Meeting on Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge, Innovations and Practices, Geneva, 30 October - 1 November 2000: "they do not, unlike indigenous knowledge holders, "necessarily have claim of prior territorial occupancy to the current habitat". In other words, IK is a subset of TK which is not different except that the holders are indigenous peoples rather than non-indigenous communities embodying traditional lifestyles. In other words the distinction is being drawn not on the basis that IK and TK are distinct but that IK holders have wider political claims than TK holders. While it is important to respect the claims of 'indigenous peoples' as recognised in the International Labour Organization Convention 169, this does not help us to understand what traditional knowledge actually is".

droit privé. Etait-ce d'ailleurs le sens et l'objet de ces contentieux ? Comment en définitive se manifeste en jurisprudence ce que Jean-François GAUDEAULT DESBIENS nomme justement une « *inhospitalité intrinsèque* »⁴²⁵ ?

Cette question conduit à envisager le double aspect systémique (A) et fonctionnel (B) de l'interprétation de la notion de savoir-faire traditionnel.

A. Une approche systémique⁴²⁶ du savoir-faire traditionnel.

115. L'aspect particulier et prévisible de la contradiction des règles et des caractéristiques coutumières encadrant le savoir-faire traditionnel avec les règles de la propriété intellectuelle et plus spécifiquement industrielle, révèle le cadre plus ancien de la négation d'un pluralisme juridique⁴²⁷. On sait cependant qu'une telle position est de nos jours de moins en moins tenable.⁴²⁸ Ce qu'une partie de la doctrine nomme « *pluralisme juridique officieux* »⁴²⁹ est matériellement mis à mal⁴³⁰ mais les obstacles systémiques demeurent et sont comme passés à la loupe quand le savoir-faire traditionnel est en cause.

Le sort que la jurisprudence française réserve au savoir-faire traditionnel s'analyse en une invisibilité totale en ce qui concerne l'ordre judiciaire ; alors que l'ordre administratif en offre une visibilité limitée⁴³¹.

1. Une invisibilité totale dans l'ordre judiciaire due à l'absence de textes pertinents.

116. L'invisibilité du savoir-faire traditionnel devant les juridictions judiciaires est due, en partie, à l'absence de textes réglementaires et législatifs spécifiques en la matière. Il peut ainsi être utile de s'intéresser au contentieux relatif aux contrats de recherche et de collecte de matériel végétal et des

⁴²⁵ Gaudreault-DesBiens, J-F, article précité, *Droit et Cultures*, n° 40, 2000/2, p. 133.

⁴²⁶ Approche qui se fonde sur l'idée que le sens direct des termes qui nomment l'objet de notre étude conduirait à une contradiction ou à une incohérence avec les autres règles de propriété intellectuelle en vigueur.

⁴²⁷ Soutenue en France entre autres par Rouland, N., *Anthropologie juridique*, PUF, « Droit fondamental », 1988 ; *L'État français et le pluralisme*, Odile Jacob, 1995 ; Voir aussi du même auteur, « À la recherche du pluralisme juridique : le cas français », *Droit et Culture*, 36, 1998/2.

⁴²⁸ L'on en trouve illustration concernant les H'mongs de Guyane, territoire français où cohabitent plusieurs systèmes normatifs complémentaires ou concurrents. Les ethnies amérindiennes ainsi que les populations Noir-marrons y vivent en utilisant un système de normes principalement coutumières, différent de celui qui s'applique dans le reste de la Guyane (« *Regards sur les H'mongs de Guyane française : les détours d'une tradition* », Marie Odile Gérard, L'Harmattan, 1997.

⁴²⁹ Peyrat, D, « le droit comme ressource », *Droit et Cultures*, n° 37, 1999/1, p. 156

⁴³⁰ A partir du moment où ces sociétés traditionnelles qui vivaient dans une relative autarcie, entrent dans un contact épisodique ou permanent avec le reste de la population nationale, des situations juridiques duales ou mixtes peuvent en découler ; et avec elles des conflits et litiges mixtes.

⁴³¹ En espérant qu'il nous sera pardonné de ne pas dépasser en l'occurrence, la distinction entre droit public et droit privé qui ne montre sa véritable pertinence que dans les systèmes de droit civil comme celui de la France.

connaissances indigènes associées. Mais un tel contentieux existe-il en droit français ?

117. Pour ce qui est des contrats de recherche, la moisson semble plutôt maigre. En effet, ils n'avaient jusqu'en 1978 : « *fait l'objet ni de l'intervention du législateur, ni de solutions jurisprudentielles décisives permettant de dessiner son régime juridique et partant de l'ériger en contrat nommé* »⁴³². L'importante et toute récente contribution à l'étude des contrats relatifs au vivant faite par le Pr Florence BELLIVIER et Mme Christine NOIVILLE⁴³³ offre de ce point de vue un constat éclairant. Les auteures, évoquant les rôle et place de la jurisprudence et de la loi dans l'encadrement des contrats de recherche ont dû à la réalité de souligner le caractère purement « *prospectif* »⁴³⁴ pour le droit français des enseignements qu'elles tiraient de *l'Affaire Greenberg*⁴³⁵ jugée au Etats-Unis. Sur le plan purement législatif, les enseignements de la Loi n° 2006-450 du 18 avril 2006 dite de programmation pour la recherche ne sont pas encore disponibles⁴³⁶.

Les « usages ancestraux » sont pourtant connus de la Cour de cassation mais le contexte de leur évocation ne permet pas d'en tirer preuve de l'existence d'une notion. L'on peut même y retrouver l'expression de l'amnésie qu'entretient le champ juridique curieux vis-à-vis de notre objet d'étude. Une recherche thématique sur le statut des savoirs ancestraux dans la jurisprudence de la Cour de cassation met en évidence le rôle de la chambre criminelle. Cette dernière est la seule à avoir employé l'expression savoirs ancestraux dans des affaires qui presque toutes, sont relatives à la falsification de procédés et la publicité mensongère. Par une série d'arrêtés, tous datés du 6 février 2002, la chambre criminelle donne des indices forts de la valeur qu'elle accorde en droit aux savoirs ancestraux.

⁴³² Reboul, Y., *Les contrats de recherche*, Paris, Litec, CEIPI, 1978, p. 104.

⁴³³ Eclairant ouvrage du Pr Florence Bellivier et de Mme Christine Noiville, remarquablement introduit par le Professeur Catherine Labrusse-Riou : *Contrats et vivant : Droit de la circulation des ressources biologiques*, LGDJ, Coll. Traités et contrats, 2006, 293 pp.

⁴³⁴ op. cit., p. 248

⁴³⁵ *Greenberg et Al v. Miami Children's Hospital research Institute*, n°00 C 6779. Le juge dans cette espèce avait été sollicité afin de prononcer une injonction permanente, limitant l'aptitudes des défendeurs à restreindre, par la mise en oeuvre de leurs droits issus du brevet, la recherche et la fabrication de produits thérapeutiques relatifs à la maladie de CANAVAN. Les demandeurs avaient aussi une revendication allant dans le sens d'une affectation d'une partie des ressources générées par l'exploitation du brevet à un Trust institué en leur faveur. Les moyens soulevés par les demandeurs étaient assez divers : absence de consentement préalable en connaissance de cause, Rupture du devoir de loyauté de la part de l'Institut de recherche et réticence dolosive, enrichissement sans cause, appropriation illicite des secrets d'affaires. Pour une étude plus ample de cette décision voir Bellivier F., et Noiville C., « la circulation du vivant humain : modèle de la propriété ou modèle du contrat » in T. Revet (dir) *Code civil et Modèles. Des modèles du code au code comme modèle*, Bibliothèque de l'Institut André TUNC, Presses universitaires de la Sorbonne, Paris 2005, p. 101 et s. et Bruguière, J.-M., et Vivant, M., « Chroniques Autre Regard », *Propriétés intellectuelles*, 2004, n° 12, p. 838 et s.

⁴³⁶ Pourtant, l'ordonnance n°2004-545 du 11 juin 2004, prise sur la base de l'autorisation donnée par la loi du n°2003-591 du 2 juillet 2003 et intégrée à la partie législative du code de la recherche avait déjà confirmé l'importance de la mission d'exploitation de la recherche (Article L. 112-1) en second après le développement et le progrès et avant la difficile question des connaissances scientifiques.

La même chambre de la Cour de cassation a rendu le 3 septembre 2002⁴³⁷, un arrêt de rejet qui ne reconnaissait pas de valeur juridique aux savoirs ancestraux et aux règles qui leurs sont dédiées. Cependant, il semble reconnaître une sorte **d'intérêt légitime et donc protégeable** à ce qu'il ne soit pas fait une référence non autorisée et surtout mensongère des qualités habituellement attribuées au produit en question. On pourrait appeler cet arrêt : « *Affaire de l'omelette de la Mère Poulard* »⁴³⁸ Il a été rendu sur pourvoi formulé contre une décision de la chambre correctionnelle de la Cour d'appel d'Angers⁴³⁹ qui a condamné le GIE APPRO LUSTUCRU ainsi qu'un certain M. X... Alain pour publicité de nature à induire en erreur ou publicité trompeuse. Se fondant sur l'article 6 de la CEDH, sur les articles L. 121-1 et L. 121-2 du Code pénal, ainsi que sur divers textes du Code de la consommation, un moyen du pourvoi entendait combattre la déclaration de culpabilité de M. X. C'est pourtant un autre argument qui retiendra notre attention. En effet, le troisième moyen, a donné l'occasion à la chambre criminelle d'affirmer que les mentions litigieuses « *sont de nature à faire croire aux consommateurs que les oeufs ont été produits dans des conditions d'élevage traditionnel, dans lesquelles résiderait le savoir faire ancestral de la Mère Poulard* »⁴⁴⁰. Pour montrer le caractère déterminant du savoir-faire en question dans l'identification du produit, la chambre criminelle n'hésite pas à reprendre à son compte l'argument de l'arrêt attaqué qui considère que la : « *renommée de la "Mère Poulard" est incontestable tant au plan national qu'international, que cette tradition : l'omelette de la "mère Poulard", fait nécessairement référence aux oeufs, élément essentiel dans la confection de ce mets ; cette référence est significative d'une rigueur certaine dans la qualité de l'oeuf ; le caractère unique du personnage, son implantation dans un site particulier conduit le consommateur à considérer qu'il s'agit d'une garantie d'origine et de qualité particulière*⁴⁴¹, voire *exceptionnelle* ». Il faut remarquer ici que n'était pas directement en question, l'atteinte au savoir faire ancestral ni même son utilisation illicite. Il ne pouvait logiquement en être ainsi car l'omelette de la mère Poulard n'était protégée par aucun droit de propriété intellectuelle et encore moins par un autre droit pivatif. Ce qui est ici en cause, c'est la référence erronée qui y est faite. A y voir de plus près, l'option est justifiée car avant tout on se trouve en matière pénale. De plus, le savoir-faire ancestral en question ne bénéficie d'aucune protection juridique exclusive. La partie demanderesse au pourvoi a d'ailleurs sollicité la chambre criminelle de la Cour de cassation notamment sur l'application du principe de

⁴³⁷ <http://www.légifrance.gouv> (consulté le 22 avril 2004 à 15h 32) pourvoi n° 01-86760

⁴³⁸ Une telle dénomination ayant pour but principal de fixer la matière de cette décision.

⁴³⁹ Cour d'appel d'ANGERS, chambre correctionnelle 2001-03-15.

⁴⁴⁰ C'est nous qui soulignons.

⁴⁴¹ C'est nous qui soulignons.

légalité des délits et des peines. L'arrêt retient ainsi que « *nul ne peut être condamné pour un délit constitué par la violation d'un interdit qui n'est pas défini précisément* » avant de rejeter le pourvoi en s'appuyant sur l'appréciation souveraine des juges du fond. Seul le droit pénal offre l'occasion de rencontrer dans la jurisprudence française l'expression « savoir-faire ancestral » mais, tout en reconnaissant l'existence d'interdits, force est de constater qu'aucune sanction juridique ne peut être apportée à leur violation.

118. Pour ce qui est des contrats relatifs à la biodiversité, les contentieux y relatifs sont formulés en des termes qui certes reconnaissent l'existence du savoir-faire traditionnel en tant que réalité mais ces exemples nous sont fournis exclusivement par le droit comparé. Ainsi en est-il par exemple de la contestation de brevet qui opposa la société du Texas, RiceTec, dirigée par le Prince du Lichtenstein à propos du brevet⁴⁴² sur le riz Basmati devant les tribunaux américains. Ce brevet est devenu un cas classique de biopiratage. Le cas du « neem » semble plus proche de la France en ce qu'il a connu des développements européens. L'office européen des brevets a en effet révoqué en l'an 2000 un brevet qu'il avait accordé conjointement, six ans auparavant, au département américain de l'agriculture et à la compagnie WR Grace⁴⁴³.

On peut aussi citer le cas du brevet sur l'Ayahuasca⁴⁴⁴ déposé par Loren Miller. Il s'agissait d'une plante d'amazonie connue pour ses propriétés hallucinogènes et utilisée par les indiens lors de cérémonies depuis des siècles. Un procès avait été intenté par les associations d'aide aux peuples indigènes pour défaut de nouveauté⁴⁴⁵. Un procès gagné, puis perdu en appel. Mais là n'est pas, pour le moment, le plus déterminant. Il convient en effet pour l'heure de constater que le savoir-faire traditionnel a été admis comme moyen de contestation dont seulement la preuve utile n'a pu être faite. Il a fallu près de deux ans de lutte aux indiens du Chiapas pour faire annuler le projet de recherche ICBG-Maya, subventionné par le Gouvernement des Etats-Unis pour « étudier » les savoirs traditionnels des mayas sur les plantes médicinales.

Ainsi, que ce soit dans des différends relatifs à des droits de propriété intellectuelle acquis ou des protestations organisées contre un projet de recherche jugé illégitime ou attentatoire à l'ordre public, le juge français ne semble avoir jamais été saisi lorsque étaient en cause les savoir-faire traditionnels.

⁴⁴² US patent No. 5,663,484

⁴⁴³ Ce contentieux donna lieu entre autres à une levée de bouclier du parti des verts au Parlement Européen. Il faut toutefois remarquer qu'étaient ici en cause les propriétés antifongiques du « neem » et que, sur la plante en général, plus de 70 brevets ont été déposés et sont actuellement en vigueur.

⁴⁴⁴ Banisteriopsis caapi ; patent #5751

⁴⁴⁵ Dans le cas du « neem » par exemple, il a fallu retrouver un "texte écrit" prouvant l'antériorité du savoir indigène. Heureusement, un vieux texte en sanscrit put être fourni.

Dans la pensée juridique classique et dogmatique, le droit se conçoit comme un ensemble de règles de conduite garanties par l'autorité publique. Censées, en descendant la chaîne des autorités compétentes, s'imposer aux personnes physiques et morales, « *les normes[juridiques] formeraient un tout clos et vertical* ». ⁴⁴⁶

119. Au-delà du phénomène de l'invisibilité, il faut considérer que, si les règles qui régissent le savoir-faire traditionnel sont considérées en France comme ne faisant pas partie de la sphère juridique, c'est parce que les obstacles résidant dans la vision systémique n'ont pas été surmontés.

De là, un enseignement à ne pas négliger : la sphère juridique qui se montre fermée, révèle ce faisant, certaines caractéristiques du savoir-faire traditionnel. Une manière d'approcher le savoir-faire traditionnel par la négative. Une manière aussi de reconnaître que les caractéristiques qui ont ainsi été négativement identifiées, sont essentielles à la définition de la notion.

La relative virginité de la question que l'on peut remarquer dans l'activité du juge judiciaire français semble se différencier notablement de l'approche du juge australien. Ce dernier, par exemple, a été sollicité de nombreuses fois pour trancher des litiges mettant en cause divers droits de propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels des peuples aborigènes.

L'affaire *Foster c/ Mountford de 1976* ⁴⁴⁷ a permis au tribunal d'invoquer la doctrine de la *common law* en matière d'informations confidentielles pour empêcher la publication d'un livre contenant des informations confidentielles ⁴⁴⁸. Une autre affaire *Milpurruru c/ Indofurn Pty Ltd* ⁴⁴⁹ de 1995 concernait l'importation et la vente en Australie de tapis fabriqués au Vietnam, qui reproduisaient, sans autorisation, des œuvres connues, fondées sur des histoires originales, créées par des artistes autochtones. Cette reproduction a été contestée par les artistes en question qui ont fait valoir, d'une part qu'il y avait eu atteinte au droit d'auteur et d'autre part, que les pratiques utilisées étaient des pratiques commerciales déloyales. En effet, il était fait mention sur des étiquettes accompagnant les tapis que ceux-ci avaient été réalisés par des artistes aborigènes qui percevaient une redevance pour chaque tapis vendu. De l'octroi de dommages-intérêts aux plaignants les commentateurs ont déduit la reconnaissance des notions de « préjudice culturel » et de « dommages globaux », autant de concepts ⁴⁵⁰ qui ne sont pas spécifiques à la matière de la propriété intellectuelle mais qui reçoivent une application circonstanciée dans l'espèce considérée.

⁴⁴⁶ Peyrat, D., « Le droit comme ressource », article précité, p.161.

⁴⁴⁷ *Foster c/ Mountford* (1976) 29 FLR 233.

⁴⁴⁸ Les extraits et détails de cette affaire peuvent se trouver sur www.austlii.edu.au en anglais.

⁴⁴⁹ *Milpurruru c/ Indofurn Pty Ltd* (1995) 30 IPR 209; voir aussi (1995) 91-116 CCH Australian Intellectual Property Cases 39,051; Miller "Collective ownership of the copyright in Spiritually Sensitive Works: *Milpurruru v. Indofurn Pty Ltd*" (1995) 6 U.N.S.W. Law Journal 185.

⁴⁵⁰ « préjudice' » et « dommage »

M. John Bulun Bulun, un artiste aborigène a, à deux reprises⁴⁵¹, défendu son droit d'auteur avec succès. Au delà de l'aspect purement revendicatif relatif au droit d'auteur et à la sanction de son contenu⁴⁵², la question de la titularité du droit s'est posée. Cette question de titularité, il faut le souligner, se révèle transversale lorsqu'il s'agit d'appréhender les savoirs traditionnels au moyen des mécanismes de la propriété intellectuelle. Que ce soit le droit d'auteur, ou le droit des brevets, pour ne citer que ces deux modalités de régulation des biens intellectuels, il est nécessaire de raccrocher l'existence, l'exercice et le bénéfice de ce droit à un sujet de droit. Dans ce sens, il s'agissait pour les juges australiens de savoir si, par application du « *principe de l'Equity* », le peuple "Ganalbingu" auquel appartenaient les demandeurs, pouvait être considéré comme titulaire du droit d'auteur ? Une habile dérobade a permis au juge, manifestement confronté à une lacune⁴⁵³ grave de son droit, d'éluder la question en notant que la titularité de M. Bulun Bulun rendait inutile toute autre recherche. On le voit, le juge Australien a pu utiliser le concept fluctuant "d'Equity" pour approcher une question dont il s'est très vite empressé de reconnaître l'inutilité. Ce refus d'aller plus loin doit cependant être cantonné dans les limites de l'affaire *Bulun Bulun et Milpurruru c/ Textiles Pty Ltd* de 1998.

Le juge de *common law* australien a, à l'occasion de ces quatre affaires que nous considérons essentielles, fourni la preuve d'une grande adaptabilité de la *Common law* et de ses concepts en matière de propriété intellectuelle à différents aspects des savoir-faire traditionnels. L'audace dont il a fait preuve paraît assez isolée quand l'on examine l'activité du juge français en la matière. En effet, l'occasion a été rarement donnée à ce dernier de se prononcer sur les éléments constitutifs du savoir-faire traditionnel ; que ce soit à l'occasion de l'exécution d'un contrat relatif à la collecte de matériel biologique et des connaissances associées ou que ce soit lors de la contestation de tout droit de propriété intellectuelle par des communautés autochtones.

Le juge ne se limite pas à une tâche répétitive. Son office est éminemment dynamique. Ainsi, une telle interprétation en droit français ne peut être invariable d'autant que les évolutions internationales, tant techniques que juridiques, ne

⁴⁵¹ Dans les affaires : *Bulun Bulun & Milpurruru c/ R & T Textiles Pty Ltd* (1998) 41 IPR 513 ; *Bulun bulun c/ Flash screenprinters*, affaire analysée dans EIPR 1989 vol. 2, pp. 346-355. Dans cette dernière affaire le demandeur avait intenté une action à la suite d'une reproduction non autorisée de ses œuvres sur des tee-shirts qui s'est soldée par un règlement à l'amiable.

⁴⁵² Sanction qui dans l'affaire : *Bulun Bulun & Milpurruru c/ R & T Textiles Pty Ltd* a pris la forme d'une injonction permanente.

⁴⁵³ Selon Paul Floriers, il y a généralement lacune en droit, lorsque manque dans un ordonnancement juridique une norme dont le juge puisse faire usage pour résoudre un cas déterminé (Les lacunes du droit , in *Le problème des lacunes en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1968, p.9). Il y a également lacune en droit lorsque la règle figurant dans l'ordonnancement juridique pour résoudre un cas n'apparaît pas opportune, satisfaisante ou juste (Burckhart, *Die lücken des Gesetzes und die Gesetzsauslegung*, Berne, Stämpfli, 1925, p.25.)

manqueront pas de soumettre frontalement un contentieux spécifique au juge. Ce sera alors l'occasion de donner raison au Pr. ZENATI lorsqu'il écrit : « *du même coup, l'idée que juger c'est interpréter la loi est prise en défaut au profit d'un déplacement de l'interprétation vers la réalité. Nul ne croit plus depuis les travaux de Geny [poursuit l'auteur] que les solutions jurisprudentielles sont recelées par les seuls textes. La reconnaissance au juge du pouvoir de mettre au jour et de construire les solutions dictées par la réalité heurte la vision théorico-abstraite du droit qui est la base du système juridique[romano-germanique] .* »⁴⁵⁴ « *La jurisprudence doit, incontestablement « s'adapter à l'évolution du monde »* écrivait le Conseiller CHARTIER⁴⁵⁵. Mais pour bien assurer l'activité d'interprétation, il est essentiel d'avoir une position référentielle à partir de laquelle, les déclinaisons et les revirements peuvent se dessiner. De ce point de vue, les prochaines solutions du juge français pourront s'inspirer des antécédents du droit comparé.

2. Une invisibilité totale due à l'interprétation systémique des textes collatéraux.

120. Les savoir-faire traditionnels semblent avoir été pris en compte par divers systèmes d'apprentissage. Le système juridique français a pu considérer que la connaissance technique qui ne peut être totalement détachée de la personne devait être emprisonnée dans le chef des personnes. Par là même, les savoir-faire en question ne pouvaient migrer que de personne à personne.

121. Une différence essentielle de nature réside dans cette manière de concevoir les savoir-faire traditionnels. Alors que les savoir-faire traditionnels tels qu'on les rencontre dans les divers systèmes d'apprentissage sont ceux qui ont besoin d'être pratiquement et matériellement véhiculés par des personnes physiques détentrices, les savoir-faire traditionnels tels que nous proposons de l'entendre sont ceux qui sont intellectuellement détachables des personnes tout en gardant leur caractère utile.

Dans le premier cas que semble bien servir les différents régimes d'apprentissage il y a une limite matérielle, presque essentielle à la dépersonnalisation de la connaissance technique. Pour être utile elle doit s'exprimer à travers une personne physique qui la maîtrise.

Dans le second cas qui, à notre avis, complète le premier, les savoir-faire traditionnels peuvent se détacher des personnes qui les détiennent sans perdre leur caractère utile et technique. Ici le lien matériel de personnalisation est rompu mais

⁴⁵⁴ Zenati, F., « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002 n°1, p.20

⁴⁵⁵ Cité par F. Pollaud Dullian , *loc.cit.* p. 503.

il laisse subsister une relation plus intellectuelle de provenance. Une sorte de « traçabilité » dont devrait pouvoir se prévaloir le détenteur originel et actuel de ce savoir-faire traditionnel.

La situation de « claustration » à travers cette relation nécessaire à la personne semble avoir été organisée de façon satisfaisante. Dans le même temps des revendications claires et précises n'ont pas été formulées vis-à-vis des mécanismes de libération matérielle des connaissances techniques traditionnelles. Tout s'est passé comme si une fois que les détenteurs des savoirs traditionnels avaient accepté de partager matériellement leur savoir, ils se trouvaient devant une triple option :

Soit accepter, si le savoir-faire en question en est jugé digne, de soumettre au régime élitiste des brevets ;

Soit organiser le partage du savoir-faire en question par un maillage contractuel au centre duquel se trouve le contrat de licence ;

Soit faire migrer le savoir-faire en question d'une personne à une autre.

Cette situation dont on sent qu'elle ne peut être que précaire a pourtant été entretenue et maintenue par l'ordre judiciaire français. Cette vision systémique a été complétée par une approche fonctionnelle des ordres administratif et constitutionnel.

B. L'interprétation par l'autorité publique : une approche fonctionnelle⁴⁵⁶ du savoir-faire traditionnel

122. L'indifférence des autorités françaises⁴⁵⁷ aux revendications des différents peuples autochtones de la république se fonde selon certains auteurs⁴⁵⁸ sur : « *une vaste hypocrisie dans la mesure où chacun sait que des situations de non conformité au droit sont admises si et seulement si elles ne dérangent pas la conception de l'ordre public⁴⁵⁹ qui est celle des représentants de l'Etat à un moment donné* ».

⁴⁵⁶ Approche basée sur l'idée que la notion de savoir-faire traditionnel, entendue de manière directe serait injuste ou conduirait à des résultats inacceptables ou mauvais. Non seulement il y a négation de la pluralité de systèmes juridiques (c'est le cas envisagé dans la subdivision précédente) mais aussi une imperméabilité du système juridique (c'est le rejet fonctionnel ou immunitaire).

⁴⁵⁷ Dénoncée entre autres par Mme Simone Dreyfus-Gamelon dans le cas des Amérindiens et des Noirs-Marrons de Guyane (« Les indiens de la république » *Le Monde*, 16 janv. 99).

⁴⁵⁸ Peyrat, D., « le droit comme ressource », loc.cit. p. 157

⁴⁵⁹ Sur les différentes définitions esquissées de l'ordre public en droit français, V. en particulier Vincent-Legoux M.-C., *L'ordre public. Etude de droit comparé interne*, coll. « Les grandes thèses de droit privé », préf. J-P Dubois, PUF, 2001; Malairie, Ph., *L'ordre public et le contrat, étude de droit comparé, France, Angleterre, URSS*, Préf. Esmein, éd. Matot-Braine, 1953 ; Catala, P., « A propos de l'ordre public », in *Mélanges P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 511.

123. L'ordre public est un concept qui n'a pas de discipline ni de matière juridique de prédilection. Il s'exprime autant en droit privé qu'en droit public. On a pu dire de lui qu'il est « *en suspension dans le droit positif* »⁴⁶⁰ parce qu'il intervient sous différentes facettes⁴⁶¹ pour faire prévaloir des règles dont le « *respect est nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la société française* »⁴⁶². Cette omniprésence en a fait l'élément permanent de l'appréhension du savoir-faire traditionnel par les juridictions administratives et constitutionnelles dans la droite ligne des aspirations contradictoires du législateur d'autrefois qui était partagé entre assimilation⁴⁶³ et adaptation⁴⁶⁴. Cette conception nourrit encore aujourd'hui, et dans une certaine mesure la notion encore floue de loi de souveraineté⁴⁶⁵.

Le fait que le savoir-faire traditionnel soit systématiquement absent des décisions judiciaires et administratives procède aussi de ce que les juges adoptent à son égard une attitude fonctionnaliste qui l'écarte d'entrée dès lors que son admission risque de porter atteinte à des monopoles patiemment construits et qui répondent aux besoins de la majorité de membres et acteurs de la société. La fonction que remplirait la notion de savoir-faire traditionnel et ses conséquences sont les critères d'analyse et de réception des mécanismes qu'il véhicule.

Le paradoxe ici est qu'à cette première tendance à considérer le savoir-faire traditionnel comme fonctionnellement inadapté au droit édicté et délibéré, vient

⁴⁶⁰ Carbonnier, J., *Droit civil, Les obligations*, PUF, 2000, n° 96, p. 146

⁴⁶¹ Que certains auteurs dont le professeur Fauvarque-Cosson qualifient de **protéiforme et omniprésente** (V. L'ordre public, in *Le code civil : un passé un présent, un futur*, Dalloz, 2004, p. 473 et S.)

⁴⁶² Terré, F., Simler, Ph, Lequette, Y., *Droit civil, les Obligations*, Dalloz, 2002, note 4, n° 375

⁴⁶³ L'article 73 de la Constitution dispose que « le régime législatif et l'organisation administrative des départements d'Outre-mer peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière ». Ce qui signifie implicitement que les lois et règlements de métropole s'appliquent dans les départements d'outre-mer, et explicitement que les pouvoirs publics ont la faculté d'adapter, si cela est rendu nécessaire par la situation particulière de ces départements, le régime législatif et l'organisation administrative. L'assimilation ne présente évidemment aucune difficulté. Seule la nécessité d'adapter les textes pose des problèmes d'appréciation. Selon qu'il s'agit d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire, le **Conseil constitutionnel** ou le **Conseil d'Etat** aura à dire si l'autorité normative a respecté le texte de la Constitution (*D.C. n° 82-152 du 14 janvier 1983, Rec. p. 31. Les mesures d'adaptation relèvent selon leur objet de la voie législative ou de la voie réglementaire. L'application des mesures législatives, même si elles doivent comporter une certaine adaptation, relève de l'autorité réglementaire.*). Le **Conseil constitutionnel** a rappelé que les adaptations ne peuvent avoir pour résultat de conférer aux départements d'Outre-mer une organisation particulière qui n'est prévue que pour les territoires d'Outre-mer.

⁴⁶⁴ Pour ce qui est des territoires d'outre-mer, nombre de matières échappent au pouvoir de l'Etat et relèvent du territoire ou de ses collectivités territoriales. Les transferts de compétences vont au-delà de la décentralisation, le principe est l'autonomie interne. L'article 74 de la Constitution déroge au partage des compétences entre le législateur et l'autorité réglementaire qu'établissent les articles 34 et 37.

⁴⁶⁵ Les lois de souveraineté constituent une catégorie qui n'est ni instituée, ni précisée par les textes. La jurisprudence, au cas par cas, décide si tel texte est une loi de souveraineté. En ce cas, le texte s'applique de plein droit sur l'ensemble du territoire de la République, sans qu'il ait à être promulgué ni publié localement, et sans que l'assemblée locale ait à être consultée (Tribunal des conflits 25 mars 1957, Cagliardi et a., Lebon p. 813)

s'opposer une tendance des sociétés traditionnelles à contester la légitimité de ce premier droit. Ainsi on voit se formuler une vision idéologique et identitariste.

Le « *défi identitariste que lancent les divers groupes ethnico-culturels [au système juridique français], prend la forme d'une critique radicale non seulement de la saisie déficiente que fait le droit (...) de certaines de leurs préoccupations mais aussi, surtout, de son illégitimité.* »⁴⁶⁶

Les revendications visant à démontrer l'illégitimité du droit édicté ou du droit étatique ne nous semblent pas soutenables à moins d'adopter une position anarchique. Une vision ainsi tournée serait plus politique que juridique en ce qu'elle aurait pour finalité première d'organiser la mise à l'écart définitif du droit étatique au lieu de rechercher des synapses entre un tel droit et les sources locales et autochtones du droit. Il semble plus intéressant de limiter nos développements à la « saisie déficiente » que fait le droit délibéré et ses instances sanctionnatrices.

Il a fallu, avant de se lancer dans une analyse des différents défis que les revendications identitaires et autonomistes lancent au champ juridique étatique, faire le point sur les dangers qui peuvent découler de la reconnaissance d'un pluralisme juridique qui menace d'être politique, sur l'unité de la nation⁴⁶⁷. Une des scories régulièrement révélées par la question des savoir-faire traditionnels est celle de la revendication linguistique. Sans être réellement pertinente, elle contribue à illustrer l'environnement parfois passionné du débat.

Les langues locales jouent un rôle essentiel pour maintenir et transmettre les savoir-faire traditionnels et les représentations culturelles. Élément constitutif de l'identité, la langue véhicule les perceptions de la nature et représente le support premier des savoirs traditionnels. Elle témoigne de la diversité culturelle. Elle révèle le système de références qui sous-tend la représentation du monde d'une culture donnée, le système qui conditionne les attitudes patrimoniales à l'égard de certains éléments de la biodiversité. Le nombre de langues locales liées à un territoire, en métropole et outre-mer, est estimé à soixante-quinze⁴⁶⁸. Ces langues représentent une part essentielle du patrimoine culturel national et un facteur d'intégration à la République. Les mesures de protection qui ont été mises en œuvre sont fondées sur la reconnaissance statutaire (langues régionales), la transmission et la valorisation des expressions créatives. Rappelons cependant que la France n'a pas ratifié la Charte européenne des langues régionales et minoritaires

⁴⁶⁶ Gaudreault-DesBiens, J-F., « La critique autochtone de l'appropriation artistique ou droit d'auteur dans la tourmente identitaire », article précité, p.133.

⁴⁶⁷ Voir pour le cas français, Fraisseix, P., « De l'Etat-nation à l'Etat "groupusculaire" : Chronique d'un dépérissement engagé », D 2000, Chron. p.61.

⁴⁶⁸ Selon un rapport de B. Cerquiglini de 1999 pour le ministère de la culture, in Lefebvre T., 2001. « L'expérience française concernant les « savoirs traditionnels naturalistes » et la mise en œuvre de l'article 8j de la Convention sur la diversité biologique ». *Rapport de synthèse sur l'application de l'article 8j de la CDB en France*, IFB, Paris, 35 p.

pour des motifs tirés de l'inconstitutionnalité de son préambule⁴⁶⁹. Ce dernier proclame le droit imprescriptible de pratiquer une langue régionale ou minoritaire. En revanche, les trente-neuf articles de la charte sont applicables et de nombreuses actions sont menées pour préserver et valoriser les langues de France et les langues dites non territoriales. Les expressions épidermiques des identitarismes autochtones semblent aujourd'hui, à la faveur de la mondialisation, se calmer en France. Quand les ethnologues s'intéressaient aux savoirs traditionnels, les revendications identitaires étaient formulées face à un pouvoir central fort. Aujourd'hui, avec la globalisation, l'échelon central et national est affaibli.

125. La jurisprudence a-t-elle au moins pu une seule fois nommer le savoir-faire traditionnel ? La réponse est assurément négative. Alors que le droit comparé nous fournit des exemples assumés de pluralisme juridique⁴⁷⁰ et où le relativisme des valeurs juridiques est une réalité de plus en plus reçue, en droit français, le plan infra étatique semble exempt d'une telle ouverture⁴⁷¹. Pour certains auteurs pourtant : « *la vraie menace pour l'ordre juridique français ne vient plus tant des libertés individuelles que des ordres juridiques concurrents étatiques ou supra étatiques* »⁴⁷². Des plumes averties et autorisées ont cru devoir souligner la nécessité de « *bâtir une stratégie de défense du droit français* »⁴⁷³ tout en reconnaissant l'effort qui semble être inévitable à ce 21^{ème} siècle naissant pour « *organiser la co-existence d'ordres juridiques superposés et pour intégrer les ordres publics supranationaux (...) dans un ordre public national, non pas dénaturé mais enrichi, non pas évincé mais affermi par ces figures venues d'ailleurs* »⁴⁷⁴ doit pouvoir aussi être effectué au plan infra-étatique. Pour cela, il faut encore que la juridicité des règles qui véhiculent ces figures venues d'ailleurs soit reconnue. Le

⁴⁶⁹ Décision du Conseil constitutionnel du 15 juin 1999.

⁴⁷⁰ L'exemple canadien a été notamment présenté avec clarté dans la revue *Droit et Société* sur le pluralisme juridique, vol. 12, n° 2, automne 1998. Voir sur ce modèle de pluralisme juridique les écrits de **Belley J.-G.**, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris II), th. dactyl., 1977 ; « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n° 1, avril 1986, p. 11.

⁴⁷¹ La doctrine s'est pourtant largement fait l'écho de la nécessaire imperfection de l'ordre juridique étatique. Voir entre autres, et sans exhaustivité : **Carbonnier J.**, *Sociologie juridique*, PUF, « Thémis », 1^{re} éd., 1978 ; **Chevallier J.**, « L'ordre juridique », *Le Droit en procès*, CURAPP, PUF, 1983, p. 7 ; **Gilissen J.** (dir.), *Le Pluralisme juridique*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1971. - **Griffiths J.**, « What is legal pluralism ? », *Journal of legal pluralisme*, 24, 1986, p. 1. ; **Gurvitch G.**, *L'Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935. - **Rouland N.**, *Anthropologie juridique*, PUF, « Droit fondamental », 1988 ; *L'État français et le pluralisme*, Odile Jacob, 1995 ; « À la recherche du pluralisme juridique : le cas français », *Droit et Culture*, 36, 1998/2. - **Romano S.**, *L'Ordre juridique*, Dalloz, 1975. - **Souza Santos B. de**, « Le Droit : une carte de lecture déformée. Pour une conception postmoderne du droit », *Droit et Société*, 1988, p. 382. - **Vanderlinden J.**, « Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique », *Revue de la recherche juridique : Droit prospectif*, vol. XVIII, 1993, p. 573.

⁴⁷² **Fauvarque-Cosson, B.**, *article précité*, p. 494

⁴⁷³ **Garapon, A.**, « Nous devons bâtir une stratégie de défense de notre droit », *LPA du 30 avril 2004*, n° 87, p. 3.

⁴⁷⁴ **Garapon, A.**, *loc.cit.* p. 4.

droit français juché sur le rocher de l'ordre public⁴⁷⁵ doit prendre conscience du champ qui l'entoure et sur lequel il repose.

Si le législateur français ainsi que les juges ne se sont pas encore saisis du savoir-faire traditionnel en tant qu'objet de règles juridiquement recevables, la doctrine semble quant à elle, pionnière en la matière.

Paragraphe 2. L'approche doctrinale du savoir-faire traditionnel.

126. La tradition juridique française a toujours reconnu « *la fonction et l'autorité de la doctrine* »⁴⁷⁶. Soutenir de nos jours que la doctrine est une source de droit ne reçoit plus qu'un écho minoritaire⁴⁷⁷ que ce soit en droit interne⁴⁷⁸ ou en droit international⁴⁷⁹. Bravant pour une fois, l'opinion résignée qui veut que : « *le pouvoir créateur de la pratique en matière terminologique déjoue toujours les prédictions doctement élaborées par les théoriciens du droit* »⁴⁸⁰, la doctrine tant nationale qu'internationale s'attelle à la recherche d'un signifiant adapté pour ce concept protéiforme. C'est elle qui s'est le plus intéressée à la recherche d'une

⁴⁷⁵ « Un rocher, il nous faut un rocher », Carbonnier, J., « exorde » in *L'ordre public à la fin du 20^{ème} siècle*, Dalloz 1996, dir. Th. Revet, p. 37, note 1.

⁴⁷⁶ **Atias, Ch.**, loc. cit., infra p. Voir aussi : **Hauriou M.**, « Police juridique et fond du droit », *RTDCiv.*1926, p. 265 et s, spéc. p. 311 où l'auteur parle de « Magistère de la doctrine ».

⁴⁷⁷ Quoique porté par des plumes autorisées et prestigieuses ; **Jestaz, Ph. et Jamin C.**, (*La doctrine*, éd. Dalloz, 2004, p.6) qui considèrent que la doctrine est une source du droit même s'ils s'empressent d'en reconnaître la faiblesse : « n'agissant que par la persuasion, la doctrine est a priori la plus faible de toutes les sources ».

⁴⁷⁸ La doctrine a cessé d'être une source formelle du droit dans les systèmes juridiques nationaux modernes « en ce sens que l'on est plus obligé de donner effet à ce qu'elle enseigne » (**René DAVID**, « La doctrine, la raison et l'équité », *RRJ* 1986-1, p. 121. Il n'en a cependant pas toujours été ainsi dans les ordres nationaux. **Lord Arnold Mac Nair** souligne que la doctrine fut une véritable source du droit dès le Haut empire romain où les *Responsa des Prudents* avaient force de loi et étaient assimilés aux rescrits impériaux et aux sentences des juges (*Roman law and common law*, Cambridge University Press, 1952, pp. 12-15). Promulguée en 426 par l'Empereur Valentinien III, la loi des citations prescrit de suivre les avis émis par certains jurisconsultes - Gaius, Modestin, Papinien, Paul, Ulpian - en posant des règles à suivre lorsque ces derniers seraient en désaccord sur les questions à trancher. Plus tard au moyen-âge, après la renaissance du droit romain, une grande autorité était reconnue à une doctrine unanime et constante (*communis opinio doctorum*).

⁴⁷⁹ Selon le **NguyenQuoc Dinh** (*Droit international Public*, Editions Pedone, 1975, p. 318,) La doctrine est « un moyen de détermination du droit [et] n'équivaut pas à un moyen de création du droit. Il aide seulement à démontrer l'existence d'une règle et à dégager son contenu » ; c'est aussi le point de vue du **Pr. Ch. Rousseau** qui estime (*Droit international Public*, Tome I, Introduction et Sources, Sirey, 1970 p. 366) que « l'œuvre d'élaboration doctrinale n'est pas ...une œuvre créatrice mais exclusivement une œuvre critique. Les auteurs, si éminents soient-ils, ne créent pas le droit positif dont ils ne sont aucunement des agents d'élaboration ». Il faut se reporter aux écrits plus récents de **Pierre-Marie DUPUY** pour trouver la justification étatiste de cette interprétation unanime de l'article 38 du statut de la CIJ. Ce dernier écrit en effet (*Droit international public*, Dalloz, 1998, p. 317) que « contrairement au juge ou à l'arbitre qui ... ont reçu mandat des états pour régler leur différend en application du droit, les membres de la doctrine ne représentent qu'eux même, c'est-à-dire pas grand chose dans un contexte normatif dominé par la prééminence étatique ».

⁴⁸⁰ **Gutmann, D.**, « du matériel à l'immatériel dans le droit des biens : les ressources du langage juridique », *Arch. Phil. droit*, t. 43 1999, p. 66

terminologie adéquate pour désigner le nouvel objet d'étude⁴⁸¹. C'est ici le lieu d'examiner les aspects linguistiques⁴⁸² de l'interprétation qui a été faite de la notion de savoir-faire traditionnel.

L'enjeu n'est pas négligeable. En effet, au delà de la simple apposition d'un nom sur une réalité ou une curiosité se profile un embryon de substance. Dès lors, il ne s'agira pas d'un simple étiquetage mais d'une première approche de cristallisation de la notion, car « *le langage du droit n'est (...) pas entièrement neutre, il ne se limite pas à sa fonction de description, et sa spécificité par rapport au langage des sciences réside, (...) dans sa puissance d'attribution d'existence juridique, dans son aspect dit "performatif"* ». ⁴⁸³

En somme, il faudra considérer que derrière l'imbroglie terminologique se dissimule une tentative embryonnaire de qualification. Prenant pour point de départ la foisonnante activité des instances tant nationales qu'internationales, la doctrine remplit convenablement son rôle « d'audit interne » de l'activité juridique en éprouvant les concepts, les appellations et les définitions.

127. La doctrine en droit international s'est vue reconnaître, un rôle triple. Elle est à la fois : « *chambre de diffusion, chambre de contestation et de chambre de conceptualisation* ⁴⁸⁴ ». ⁴⁸⁵ La conceptualisation en droit consiste en un devoir d'établir la notion, la règle ou la norme juridique « *à sa place dans un ordonnancement cohérent de décisions qui forment un système de droit* » ⁴⁸⁶ et de passer du cas concret à l'abstraction théorique. Il ne s'agit pas pour elle d'édicter des règles juridiques, ni même de donner naissance à des normes, mais simplement de les organiser si elles existent. ⁴⁸⁷

⁴⁸¹ Voir par exemple, Janke, T., Our culture, our future (rapport rédigé pour l'office Australien d'étude des aborigènes et des insulaires du détroit de Torres et la commission des aborigènes et des insulaires du détroit de Torres, 1999), pp. 2 à 12 ; Simpson, T., The cultural and intellectual property rights of indigenous peoples (IWGIA1997), pp. 18 à 22 ; Blakeney, M., "The protection of traditional knowledge under intellectual property law", *EIPR* 6[2000], p. 251 ; Mould-Idrissou, B., "The experience of africa", document présenté en avril 1997 à Phuket (Thaïlande) publication OMPI n° 758 ; Mc Donald, I., "Protecting indigenous intellectual property (Australian copyright Concil, (Sydney, 1997 1998) ; Kuruk, P., Protecting folklore under modern intellectual regimes ; Mugabe, J., "Intellectual property protection and traditional knowmedge," in *Intellectual Property and Human rights* (OMPI, 1999), p. 97.

⁴⁸² Le premier des trois contextes révélateurs d'un besoin d'interprétation (V° Interprétation juridique , in *Le dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, précité p. 314, § 8), les deux restantes étant les contextes systémique et fonctionnel auxquels nous nous sommes attachés dans les développements subséquents.)

⁴⁸³ Gregorczyk, Ch. « Le concept de bien juridique; l'impossible définition », *Arch. Phil. de dr.* 1979 t.24 p.269.

⁴⁸⁴ C'est nous qui soulignons.

⁴⁸⁵ Oraison, A., Le rôle de la doctrine académique dans l'ordonnancement juridique international contemporain, *RRJ* 2000-1, pp. 285 s.

⁴⁸⁶ Remy, Ph., « Eloge de l'exégèse », *RRJ*, 1982-2, p. 260.

⁴⁸⁷ La conceptualisation correspond selon une partie de la doctrine (Thibierge, C., *Les clés pour un droit vivant : outils de méthodologie fondamentale*, Brochure de la Faculté de droit, économie et gestion, Orléans, juin 2002), au « niveau de réalité » le plus éthéré (idées générales, synthèse), l'autre pôle, plus condensé étant la concrétisation (technique juridique, pratique juridique). Cette lecture du droit qui participe de l'approche globale transdisciplinaire permet de mieux approcher des concepts qui « *trouvent à s'appliquer dans de multiples champs des connaissances* », *mettant à même « d'admettre qu'un principe existe dans la théorie générale, un principe qui décrit, explique et inspire le droit positif, sans pour autant appartenir à celui-ci, faute de caractère normatif.*»

Il ne surprendra donc personne que nous considérions les tentatives des *fora* tels que le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI comme relevant de l'activité doctrinale.⁴⁸⁸ L'idée de « *donner au Comité un statut d'organe normatif parallèlement à son mandat d'organe délibérant. (...) et de lui donner un statut similaire à celui des comités permanents qui existent déjà à l'OMPI* »⁴⁸⁹, récemment émise par la délégation d'Algérie au nom du groupe africain, n'ayant pas été suivie de décision, notre propos n'est pas de mettre à jour des normes générales. Nous essayerons plutôt, à travers le caractère analytique de certaines études doctrinales, d'appréhender l'apport cardinal des « *faiseurs de système* »⁴⁹⁰ à la recherche de la notion de savoir-faire traditionnel.

Les interrogations qui habitent la doctrine relativement au savoir-faire traditionnel sont nombreuses⁴⁹¹. Les réponses qui ont été apportées le sont tout autant. D'audience et d'autorité diverses les définitions qui ont été proposées empruntent une partie de leur *imperium* aux organes et aux personnes qui les formulent. Une autre partie de cet *impérium* leur vient de leur véritable capacité à rendre compte d'une réalité qui est protéiforme et rebelle à toute vision simple. Quel que soit le rayonnement des définitions proposées, elles vont de l'inefficace mais nécessaire « fourre-tout » (A), à une prometteuse différenciation (B).

A. Les définitions « fourre-tout ».

Le savoir-faire traditionnel a d'abord été abordé comme une notion générique ayant vocation à demeurer floue dans son contenu. Il a parfois aussi été vu comme une notion résiduelle.

⁴⁸⁸ L'OMPI comme d'autres organisation internationales intéressées par la question du savoir-faire traditionnel est à la fois édictrice de règles de droit international et conceptualisatrice des règles pré-existantes ou naissantes.

⁴⁸⁹ Rapport de la 2^{ème} session du comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Genève 10- 14 décembre 2001, Document OMPI/GRTKF/IC/2/16, p. 7.

⁴⁹⁰ Rivero, J., « Apologie pour les faiseurs de système », *Dalloz*, 1951, Chron. XXIII, pp. 99-102.

⁴⁹¹ Le tour de ces interrogations est assez bien fait par M. Roberts (PIBD n°726-II p. 127). « Y- a-il lieu de protéger les savoirs traditionnels ? Quelle forme devrait revêtir une éventuelle protection ? S'il ne fait aucun doute qu'il importe de veiller à la préservation de ces savoirs, est-il judicieux de donner à ceux qui en sont les détenteurs le pouvoir de contrôler l'utilisation qui en est faite, voire d'autoriser ou d'interdire cette utilisation ? La mise en place d'un nouveau régime de protection est elle nécessaire ? Un tel régime serait-il utile ? Serait-il praticable ? La protection juridique des savoirs traditionnels verra-t-elle même le jour ? Les droits attachés à un savoir traditionnel consisteraient-ils en un droit d'interdire ? Si oui quelle en serait l'étendue ? Ou alors ces droits consisteraient ils en un droit de percevoir une compensation ou en un simple droit à la reconnaissance de l'origine du savoir ? Quels seraient les critères de protection ? Qui serait titulaire des droits : un individu, une famille, un clan, une tribu, un « peuple indigène », une nation ? Sur quel(s) territoire(s) ces droits produiraient ils effet ? Qui exercerait et défendrait ces droits et par quels moyens ? La protection serait-elle subordonnée à un enregistrement ? »

1. Le savoir-faire traditionnel en tant que notion générique.

128. L'OMPI s'est saisie en principal de la question ; et la définition de travail qu'elle a posée en 1998 trace à tout le moins, un canevas. Elle définit ainsi un champ de recherche qui sera beaucoup pratiqué. La généralité de la définition que propose l'organisation mondiale en fait une sorte de notion valise en même temps qu'elle la constitue en référence éphémère⁴⁹². L'utilité de la citer n'en est donc que plus grande. Pour l'OMPI, l'expression « *savoir traditionnel* », est utilisée pour désigner:

« des œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques fondées sur les traditions, des interprétations et exécutions, des inventions, des découvertes scientifiques, des dessins et modèles industriels, des marques, des noms et des symboles, des renseignements non divulgués et toutes autres innovations ou créations fondées sur des traditions et résultant de l'activité intellectuelle dans les traditions concerne les systèmes de savoirs, les créations, les innovations et les expressions culturelles qui se transmettent généralement de génération en génération, sont généralement considérés comme appartenant à un peuple particulier ou à son territoire et qui sont en mutation constante dans un environnement en évolution. Les savoirs traditionnels peuvent comprendre les savoirs agricoles, scientifiques, techniques, écologiques, médicaux, y compris les remèdes connexes, les savoirs liés à la biodiversité, les 'expressions du folklore' sous la forme de musiques, danses, chansons, produits de l'artisanat, dessins et modèles, histoires et objets d'art ; les éléments linguistiques tels que des noms, des indications géographiques et des symboles, et les biens culturels meubles. Ne sont pas incorporés dans cette descriptions des savoirs traditionnels des éléments ne résultant pas de l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique tels que les restes humains, les langues en général et d'autres éléments semblables du « patrimoine » au sens large »⁴⁹³

Il ne s'agit pas là d'une définition formelle des savoirs traditionnels. Cependant, et sans être aussi précise qu'une définition scientifique ou juridique restrictive, elle comporte néanmoins les éléments essentiels permettant de comprendre la nature et

⁴⁹² Qui n'est justement utile que parce qu'elle est appelée à être dépassée ou affinée.

⁴⁹³ *Savoirs traditionnels : Besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle* - Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels, OMPI, avril 2001, page 25.

la portée des savoirs traditionnels en tant qu'objet juridique et correspond à la stratégie générale adoptée dans le cadre international de la propriété intellectuelle pour définir un objet. Dans ce sens, l'on peut dire qu'il en va des savoirs traditionnels comme il en est allé des biotechnologies dans les années 80⁴⁹⁴.

129. Empruntant le même moule définitionnel, certaines ONG ont proposé des définitions qui s'attachaient plus à donner un contenu au terme traditionnel ou autochtone, qu'à l'expression entière de savoir traditionnel ou de savoir-faire traditionnel.

Ainsi, pour le NUFFIC CIRAN⁴⁹⁵, il existe différentes façons de définir les « *connaissances autochtones* ». *L'une d'entre elles serait de les considérer comme « des connaissances uniques, traditionnelles et locales dont l'existence et le développement procèdent de conditions particulières aux hommes et femmes issus d'une région géographique donnée. »*⁴⁹⁶ Lorsque les connaissances ne sont pas simplement traditionnelles, elles deviennent « *écologiques traditionnelles* » et là encore, l'on ne s'attache qu'à donner un contenu à l'expression « *écologique traditionnel* ».

Pour la même ONG, le terme « savoir autochtone » est utilisé comme synonyme du « savoir traditionnel », développé par une communauté donnée pour distinguer ce savoir de celui généré par les universités, les centres de recherche gouvernementaux et l'industrie privée. L'on peut trouver ici tout au plus un critère de distinction d'avec un autre lot de connaissances sans pouvoir dire définitivement si le savoir-faire issu d'une structure de recherche d'une communauté demeure un savoir traditionnel? Donner une réponse négative à une telle interrogation reviendrait à cantonner les savoirs traditionnels dans le passé et à leur dénier toute vocation à évoluer et à s'adapter. Pourtant, la même ONG conçoit les savoirs traditionnels en référence à deux éléments principaux : le caractère autochtone de la communauté en question et l'origine communautaire des connaissances en ce qu'elles sont relatives au milieu de vie naturel ou social. Quand on sait que les moyens par lesquels les savoirs traditionnels prennent forme cohérente et exploitable sont les associations, les organisations communautaires formelles ou informelles telles que les fondations, la question de l'évolutivité du savoir traditionnel resurgit. Les communautés cherchent dans de tels *fora* des solutions en

⁴⁹⁴ M. Alain Gallochat rapporte le témoignage suivant à l'occasion du Colloque « *Quel droit de la propriété industrielle pour le 3^{ème} millénaire ?* », organisé par le Centre Paul ROUBIER à l'occasion de son 30^{ème} anniversaire, Lyon 10 et 11 mai 2000 Litec 2001 p. 61: « Après une matinée d'usages de présentations, de remerciements, etc..., nous avons finalement passé plus d'une demie journée pour savoir quelle était la définition de la biotechnologie. Après cette demie journée, une partie de la matinée du lendemain, ce qui faisait quand même beaucoup, le Président de séance, très sagement a fait remarquer que, devant ces difficultés, donner une définition de la biotechnologie était absolument hors de la portée du comité d'experts, et que dans ces conditions, on parlerait dans l'avenir de *biotechnologies avec un...* ce qui effectivement couvrirait beaucoup de choses. »

⁴⁹⁵ Centre pour la recherche internationale et les réseaux de conseil (<http://www.nuffic.nl/ik-pages>)

⁴⁹⁶ Définition citée dans le document WIPO/GRTKF/IC/3/9, Annexe III n° 1.1

capitalisant d'abord les connaissances empiriques issues de la créativité autochtone et en encourageant l'expérimentation et l'innovation. Ceci aboutit à rajouter les nouvelles technologies ainsi testées, au corps du savoir traditionnel. Quel pourrait être le statut de cette amélioration ? Suit-elle le sort du principal ? Doit-elle voir appliquer les règles régissant les inventions dérivées par exemple ? Les réponses à de telles questions ne sont pas disponibles en l'état actuel du débat.

130. Pour BERKES les connaissances écologiques traditionnelles sont : « *un ensemble cumulatif de connaissances, de pratiques et de croyances, transmises d'une génération à l'autre par la culture, concernant la relation des êtres vivants les uns avec les autres et avec leur environnement.* »⁴⁹⁷ Il énumère parmi les matières qui peuvent être concernées par les savoirs traditionnels : « *l'ethnobotanique, l'ethnopharmacologie, l'agriculture, les systèmes d'irrigation, la conservation du sol et de l'eau, la médecine ethnovétérinaire, l'ethnozoologie, l'ethnopédologie, l'ethno-astronomie, la classification de la neige des glaces, les techniques de contrôle de l'érosion, la gestion durable de l'environnement* »⁴⁹⁸. Ici encore, l'on peut se rendre compte que la définition retenue des savoirs traditionnels permet d'envisager la protection de tous les résultats de l'activité intellectuelle traditionnelle. Ainsi aurait-on pu poursuivre la liste énumérative des différents éléments des savoirs traditionnels en y incluant la taxonomie traditionnelle des plantes et des animaux, le savoir culinaire⁴⁹⁹ et bien d'autres. C'est bien là la preuve que la définition qui est proposée par cet auteur, perd par sa généralité, toute son opérationnalité véritable en ce qu'elle contribue à une fausse protection.

En effet, protéger entièrement les fruits de l'activité intellectuelle qui sont avant tout des informations est un leurre, que l'on se place du point de vue de la propriété intellectuelle classique ou que l'on envisage un régime particulier fût il *sui generis* ; La question n'est pas nouvelle et il est inutile d'y revenir à ce stade de nos développements⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ Voir BERKES, F., in *Sacred Ecology*, Taylor & Francis, 1999, page 8.

⁴⁹⁸ *Idem, passim*

⁴⁹⁹ Ces deux rajouts ayant été empruntés aux résultats de missions exploratoires de l'OMPI qui ont donné lieu à un rapport remarqué en 1999.

⁵⁰⁰ Nous y avons en effet consacré des développements au cours de nos propos introductifs. Nous nous contenterons ici de quelques références et indications bibliographiques sur la difficulté d'appréhender l'information en droit civil français : V. le titre de l'étude de N. Mallet-Poujol, Appropriation de l'information : l'éternelle chimère, *D.* 1997, chr., p. 330 ; v. égal., H. Croze, note *JCP éd. G* 1987, II, n° 20788, pour qui la propriété de l'information est une « notion fantômatique ». V. en particulier, P. Catala, Ébauche d'une théorie juridique de l'information, *D.* 1984, chr., p. 97, repris in *Le droit à l'épreuve du numérique, jus ex machina*, PUF, 1998, p. 224 ; La « propriété » de l'information, *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97, repris in *Le droit à l'épreuve du numérique, Jus ex machina*, op. cit., p. 245 ; M.-P. Lucas de Leyssac, Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ?, *D.* 1985, chr., p. 43 ; comp. X. Linant de Bellefonds, L'information en tant qu'objet de droit en France, *RID comp.* 1991, n° spécial, vol. 13, p. 43 ; E. Mackaay, La possession paisible des idées : toute information doit-elle faire l'objet d'un droit de propriété ?, *Dr. informatique* 1986/2, p. 75.

131. Le Pr. Graham DUTFIELD, reprenant en cela la définition proposée par le Pr. Martha JOHNSON,⁵⁰¹ considère quant à lui le « *savoir écologique traditionnel* »⁵⁰² comme « *un ensemble de connaissances accumulées à travers les générations par un groupe de gens qui vivent en contact étroit avec la nature. Elles comprennent un système de classification, un ensemble d'observations empiriques sur l'environnement local et un système d'auto-gestion qui régit l'utilisation des ressources.* »⁵⁰³

La doctrine Allemande en matière de savoir-faire traditionnel a été quant à elle, élaborée à l'institut Max PLANCK où a été rédigé, sous la direction du Dr Silke Von LEVINSKI⁵⁰⁴ en 2004, un ouvrage collectif qui, de l'avis de certains observateurs outre Rhin, est : « *quasiment un traité sur l'ensemble de la question* »⁵⁰⁵. Il convient également de signaler la thèse remarquable du Dr Anja Von HAHN⁵⁰⁶ bien que la barrière de la langue ne nous ait pas permis d'en pénétrer la richesse. Notons simplement que pour ces auteurs, c'est entre autres : « *la nature collective et continue du développement du savoir-faire traditionnel qui rend difficile l'identification d'un inventeur* ». Ils estiment aussi, à l'instar d'une partie de la doctrine anglo-saxonne⁵⁰⁷ que « *la possession même du savoir-faire traditionnel implique une relation avec la terre, la communauté et le maître* »⁵⁰⁸. Cette relation particulière est présentée comme un moyen de : « *mieux comprendre les besoins plus spécifiques des peuples indigènes, comme le respect des ressources génétiques et du savoir-faire traditionnel* ». ⁵⁰⁹

De cette sélection de considérations sur les savoir-faire traditionnels, loin d'être exhaustive, l'on remarque que l'utilisation du terme « *connaissance* »⁵¹⁰ semble

⁵⁰¹ Johnson, M. « Research on traditional environmental knowledge: its development, its rôle, in *Capturing traditional environmental knowledge*, IDRC Ottawa, 1992, p.4.

⁵⁰² Dufield, G., « The public and private domains: Intellectual Property rights in traditional ecological knowledge », *EJIPR*, (<http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWPO/399.htm>)

L'auteur traduit aussi cette expression par « *savoir environnemental traditionnel* » ou « *savoir autochtone* » ; Voir pour l'utilisation du terme voisin de « *connaissances écologiques traditionnelles* », Sallenave, J., *Giving Traditional Ecological Knowledge, its Rightful place in Environmental Impact Assessment* (<http://www.carc.org/pubs/v22no1/know.htm>)

⁵⁰³ Dufield, G., *Protecting and Revitalising Traditional Ecological Knowledge: intellectual property Rights and Community Knowledge Databases in India*, in *Perspectives on intellectual Property*, vol.6 edited by M. Blakeney, p. 104

⁵⁰⁴ Lewinski (Von) S. (sous la direction de), *Indigenous Heritage and Intellectual Property : Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, XVII-409 p.

⁵⁰⁵ Ullrich H., Professeur à l'Institut Universitaire Européen de Florence, in *RIDE* 2004, p. 99.

⁵⁰⁶ Hahn (von) A., *Traditionelles Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften zwischen geistigen Eigentumsrechten und der « public domain »* (Savoir traditionnel des communautés indigènes et locales entre droits de propriété intellectuelle et domaine public), Berlin, Springer, 2004, 415 p.

⁵⁰⁷ Barsh R., *Constatations verbales au 12^{ème} Ringberg Symposium*, « Indigenous and traditional resources », 22 au 25 novembre 2000.

⁵⁰⁸ Lewinski (von) S., « Le folklore, les savoirs traditionnels et les ressources génétiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle », *Propriétés Intellectuelles*, Janv. 2005, N° 14 p. 24.

⁵⁰⁹ Levinski (von) S., « Le folklore, les savoirs traditionnels et les ressources génétiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle », *Propriétés Intellectuelles*, Janv. 2005, N° 14 p. 24.

⁵¹⁰ A l'exception de la doctrine Allemande pour laquelle nous n'avons pas pu exploiter toute la richesse des développements à cause de la barrière de la langue doublée d'un vocabulaire nécessairement technique. Il faut noter que cette contribution a été présentée par son auteur dans l'excellente revue *Propriétés intellectuelles*, N° 14.

aller de soi pour désigner la substance des savoir-faire traditionnels. Dans ces conditions l'on peut considérer la « connaissance » comme étant le genre prochain de la définition vers laquelle l'on s'achemine.

Une question importante peut alors se poser : quel est le statut en droit de la propriété intellectuelle de la connaissance ? Quelle pourrait ainsi être l'utilité d'un tel rattachement pour la définition du savoir-faire traditionnel ?

Les définitions que nous appelons « fourre-tout » interrogent sur le sort qui est fait au terme « connaissance ». Il nous semble cependant que la signification de ce terme est loin d'être porteuse de quelque implication pratique en matière de propriété intellectuelle.

En effet, la connaissance, qu'elle soit traditionnelle, autochtone ou moderne ne reçoit aucune protection en elle même du point de vue de la propriété intellectuelle ou du point de vue de quelque autre régime que ce soit si ce n'est la protection par la non divulgation ou le secret⁵¹¹.

132. C'est ici le lieu de reprendre une interrogation que nous évoquions déjà dans l'introduction à cette étude pour la pousser plus loin⁵¹². Nous nous demanderons à présent s'il n'est pas illusoire de rechercher une protection juridique des savoirs traditionnels ; ou plus périlleux encore, de rechercher une protection dans le régime de la propriété intellectuelle pour les connaissances traditionnelles. Le champ de la connaissance serait-il plus restreint ou moins hétéroclite quand il est traditionnel ? La connaissance aurait-elle changé de nature, de sorte qu'il suffise de la nommer pour en saisir le contenu ? Rien pourtant n'est moins sûr.

Tenter d'appréhender la connaissance ou du savoir en tant que tel, comme objet de protection juridique est en effet inédit. C'est peut être parce que la connaissance ou le savoir en lui même n'est pas un objet d'étude juridique mais plutôt de la philosophie et des sciences cognitives. En effet, le savoir ou la connaissance, s'il n'est formalisé, échappe à l'emprise du droit⁵¹³.

Or, toutes les propositions de définition, sans exception, ont fait l'impasse sur ce qu'il fallait entendre par connaissance ou plutôt ce que les termes connaissance ou savoir apportaient à la notion de savoir-faire traditionnel ou connaissance traditionnelle.

Ainsi, dans la droite ligne de ce qui avait déjà été décidé à propos de la définition de l'information, le terme savoir a été considéré comme devant être utilement flou et « ramasse miettes ». Le Pr Jérôme PASA se demande justement : « *Comment affirmer, sans verser dans l'approximation, que l'information est appropriable*

⁵¹¹ Qui n'est pas, à s'y intéresser de près une protection par le droit mais plutôt une protection par le fait.

⁵¹² Nous nous étions alors demandé avec une pointe de sarcasme si l'existence des savoirs traditionnels présupposait par opposition, celle des savoirs modernes, et en quoi ces deux savoirs étaient distincts.

⁵¹³ Cf. les deux premiers mouvements de l'introduction.

quand il s'agit en réalité d'une notion générique, sous laquelle l'opinion commune range des éléments aussi variés qu'une donnée brute, un savoir-faire, une invention, une innovation végétale, un secret industriel, une idée, une découverte, une création de forme, un événement d'actualité, une donnée à caractère personnel, etc »⁵¹⁴.

A cette première démarche globalisante de la doctrine, vient s'ajouter une autre qui voit dans le savoir-faire traditionnel une notion résiduelle.

2. Le savoir-faire traditionnel, une notion résiduelle.

133. La doctrine ici, semble prendre appui sur une dissection du vocable savoir-faire traditionnel ou savoir traditionnel pour cantonner l'objet d'étude à la sphère résiduelle de la communauté traditionnelle.

Faisant une économie de la définition du contenu des termes savoir, savoir-faire et connaissances, la doctrine se borne tout au plus à les invoquer comme de parfaits synonymes⁵¹⁵. De fait, elle s'est aussi laissée distraire par les sirènes du protectionnisme autochtone.

S'appuyant sur la conviction que « *la reconnaissance des savoirs [faire] traditionnels suppose la formation de nouveaux droits de propriété intellectuelle en réponse aux brevets* »⁵¹⁶, les auteurs ont axé leur activité sur des droits essentiellement tournés vers les détenteurs communautaires des savoirs [faire] traditionnels. Ils ont ainsi tenté de prouver la spécificité des savoir-faire traditionnels en affirmant le plus clairement possible leur caractère traditionnel, communautaire.

Il s'agit de droits sur les ressources traditionnelles (DRT) de droits de propriété intellectuelle communautaire (DPIC) de droits intellectuels communautaires (DIC).

Une partie de la doctrine anglo-saxonne quant à elle opère un centrage des interrogations autour des titulaires des droits en adoptant une approche faisant appel aux droits de l'homme en même temps qu'elle suggère dans le débat, une notion qui rectifiera les approches ayant cours. Il s'agit de la notion de « *customary entitlement of indigenous groups to the traditional knowledge* »⁵¹⁷⁵¹⁸, une manière

⁵¹⁴ Passa J., Les frontières du droit de propriété s'arrêtent-elles à l'information ?; La propriété de l'information : un malentendu, *Dr et patrimoine*, mars 2001, n° 91, p. 64.

⁵¹⁵ Cf. Dutfield G., « The public and private domains: Intellectual Property rights in traditional ecological knowledge », précité.

⁵¹⁶ Gueneau, S., Ilbert, H., Motte, E., « Gestion des ressources naturelles : droits de propriété, institutions et marché », Document préparatoire à la journée de débats SOLAGRAL, Programme environnement, Ministère de l'aménagement du territoire et de l'environnement, 26 novembre 1998, inédit.

⁵¹⁷ Selon notre traduction: « la titularité coutumière des groupes traditionnels sur le savoir-faire traditionnel »

quasi automatique de désigner des détenteurs aux savoir-faire traditionnels en mettant du même coup, les compagnies qui avaient procédé à des prospections sans le consentement des populations concernées hors la loi sans qu'il soit démontré une quelconque violation du droit de ces populations traditionnelles. Cette partie de la doctrine semble proposer de résoudre quasi arbitrairement la question de la titularité, contribuant ainsi, au moins pour partie à isoler l'un des éléments caractéristiques du savoir-faire traditionnel. Il demeure cependant sur la notion en elle-même, des interrogations.

En effet, dire qui est autorisé à exercer un quelconque droit sur le savoir-faire traditionnel, ne nous fait avancer que d'un petit pas, surtout lorsqu'une telle désignation est posée comme un postulat et n'est pas soutenue par une démonstration attributive de contenu. La raison à cela est simple et se trouve dans le fait que le contenu du droit n'a pas encore été identifié⁵¹⁹ et que sa titularité a été déclarée comme par une évidence qui reste pourtant à démontrer et à soutenir. Il convient également de souligner que l'expression : « *customary entitlement of the indigenous groups* » est porteuse d'une méthode que nous n'embrasserons que partiellement. C'est celle qui voudrait que les règles régissant le savoir-faire traditionnel, soient principalement issues de mécanismes traditionnels relatifs à l'appropriation ou la réservation des connaissances en cause. La propriété est une fois encore présentée comme devant être le modèle.

134. A la différence de cette tendance à prioriser les sources traditionnelles de régulation, une partie de la doctrine a aussi, mais dans une moindre mesure, exploré l'approche systématique par les mécanismes de la propriété intellectuelle tels qu'ils existent déjà.

Ces tentatives de lecture du savoir-faire traditionnel au travers exclusif des catégories existantes de la propriété intellectuelle ne donnant pas les fruits que la doctrine était en droit d'en attendre afin de poursuivre son travail de construction de systèmes, il fallait dresser un constat et se rendre à la nécessité d'une redirection de la recherche.

En effet, un des diagnostics les plus clairs se trouve dans la formule sentencieuse du Pr. P. DRAHOS qui écrit : « *Existing intellectual property regimes will not perform [the] task because they are based on cultural presuppositions that do not fit the*

⁵¹⁸ Blakeney, M., "The international framework of access to plant and genetic resources" in *Intellectual aspects of ethnobiology*, ed. Blakeney 1999, pp. 14-20; Coombe, R. J., "Intellectual property, human rights & Sovereignty: new dilemmas in international Law posed by the recognition of indigenous knowledge and the conservation of biodiversity", *Indiana journal of legal studies* 59 p. 6 s.; Drahos, P., "intellectual property and Human rights", *Intellectual property quarterly* 349 (1999).

⁵¹⁹ C'est en cela, un vice qu'il est possible d'imputer à la méthode de définition en droit en général car les flottements qui sont perceptibles au niveau de la recherche des caractéristiques de la notion seront une fois de plus éprouvées lorsqu'il s'agira de déterminer un régime et il faudra alors s'en établir.

needs of indigenous and local groups »⁵²⁰⁵²¹. Prenant l'exemple des dispositions *sui generis* qui gouvernent les semi-conducteurs et les obtentions végétales pour lesquels l'auteur considère qu'elles ne doivent leur adoption qu'à la satisfaction des impératifs d'un marché qui leur est propre. Il résume sa pensée en affirmant : « *The needs of indigenous peoples will also have to be specially met* ».⁵²² Ce qui semble indiquer une voie de réglementation *sui generis* pour le savoir-faire traditionnel qui soit tournée vers la satisfaction des besoins spécifiques des populations indigènes. Une telle opinion a été souvent avancée⁵²³, semblant indiquer une fois encore que l'objectif est judicieusement identifié. La finalité des règles qui devront émerger et se révéler au champ juridique moderne semble devoir se lire conformément aux intérêts des populations traditionnelles ou détenteurs originels du savoir-faire traditionnel.

L'approche cependant semble sinon biaisée, du moins fastidieuse et somme toute assez peu productive, car elle consisterait en un retournement total de situation. Une re-direction des recherches vers des qualifications uniquement basées sur les éléments afférents au savoir-faire traditionnel serait purement descriptive en ce qu'elle présenterait tous les mécanismes tels qu'ils se déploient dans le champ juridique traditionnel sans se soucier des compatibilités avec les systèmes existants. Un régime totalement replié sur lui-même verrait ainsi le jour.

On pourrait s'accommoder de la naissance de ce régime spécial si l'on considère l'existence plutôt heureuse de celui des obtentions végétales.

A ce propos, il n'est pas inutile de rappeler que les obtentions végétales sont des procédés d'obtention de nouvelles variétés. Ce sont donc bien des procédés techniques, susceptibles d'être couverts par un brevet mais à la condition d'être nouveaux et d'impliquer une activité inventive. L'hésitation qui pouvait naître de la potentielle application de deux régimes juridiques, celui du brevet⁵²⁴ et celui spécifiquement consacré aux particularités des obtentions végétales⁵²⁵, a été très vite dépassée. En effet, les incompatibilités entre les conditions de brevetabilité classiques et les caractéristiques des obtentions végétales ont très vite orienté la

⁵²⁰ Traduction faite par nos soins: « *Les régimes existants de propriété intellectuelle ne rempliront pas la fonction car ils sont basés sur des présuppositions culturelles qui ne conviennent pas aux besoins des groupes indigènes et locaux* ».

⁵²¹ Pour des constats similaires V. ° King, A.B., et Eyzaguirre, P.B., « Intellectual property rights and agricultural biodiversity: Literature addressing the suitability of IPR for the protection of indigenous Resources », *Agriculture and human values*, 1999 16/1 pp. 41-49. V. également Blakeney, M., « Protection of traditional medical knowledge of indigenous peoples », *EIPR* 1997, p. 446 s.

⁵²² Traduction faite par nos soins: « *Les besoins des peuples indigènes devront aussi être traités spécialement* »

⁵²³ Pour une autre affirmation, voir J.A. Ekpere, précité où l'auteur affirme qu'il a été prouvé que « the sui generis system of protection can be effective if they are conceived to be relevant in time, specific to the subject matter to be protected and adaptable to the socio-economic environment in which they are to be implemented. ».

⁵²⁴ Bonet, G., « Le système de l'obtention végétale » in : *le droit du génie génétique végétal*, Litec, 1987, p. 211.

⁵²⁵ Gutmann, E., « Les modalités de la protection des innovations dans le domaine de la création végétale. Le brevet et ses limites. » in : *CREDIMI, Le droit du génie génétique végétal* », op.cit. p. 195.

recherche⁵²⁶ vers l'adoption d'un régime spécifique⁵²⁷. L'innovation végétale, à la différence de l'invention brevetable n'est pas purement technique : la nature y a une part essentielle. Cette volonté de prendre en compte l'intervention non quantifiable de la nature dans la création végétale se traduit par l'adoption de dispositions telles que l'article L 623-1 du CPI qui mentionne le caractère « *peu fluctuant* » ou l'article 6, 1° de la convention UPOV qui parle de « *caractère suffisamment homogène* ». Il faut noter cependant qu'un tel régime adapté aux impératifs des obtentions végétales n'a été jugé tolérable par certains auteurs que parce qu'il ne « *s'agit de protéger que les variétés et non les moyens ou procédés d'obtention, qui, eux, relèvent du droit des brevets* »⁵²⁸. Il ne fallait surtout pas générer un risque de double protection qui pourrait d'une manière ou d'une autre aboutir à une dilution de la cohérence du système des brevets d'invention. La création de ce régime spécifique semble avoir été sévèrement encadrée et cantonnée sans que soit remise en cause, la structure générale et la philosophie qui sous tend la propriété industrielle⁵²⁹.

Ainsi, envisager un régime spécifique pourrait paraître moins inquiétant si l'on considère seulement qu'il sera difficile de le rattacher au système classique de propriété intellectuelle. Ce dernier conférant un droit privatif et exclusif dont il est difficile d'envisager l'application au savoir-faire traditionnel, il était tentant de se diriger vers une recherche d'un régime totalement dérogatoire et « *sui generis* ». Opter pour une telle solution serait alors enfermer le savoir-faire traditionnel dans le ghetto des qualifications *sui generis*. Ce retournement n'est pas souhaitable. Il l'est d'autant moins lorsqu'on se souvient que le terme de : « *connaissance*

⁵²⁶ Malgré les objections d'une partie de la doctrine (Pollaud-Dulian, F., « *La brevetabilité des inventions* », *op.cit.* n° 251 et s.).

⁵²⁷ Il fallut prendre acte en premier lieu de ce que la condition d'activité inventive s'adapte mal aux inventions de plantes (« La protection de la création végétale. Le critère de nouveauté. » p. 116 ; Gutmann, E., « *Le droit du génie génétique végétal* », précité p. 206 ; Foyer, J. Vivant, M., « *Le droit des brevets* » précité, p. 459.) ; et en second lieu de ce que les conditions traditionnelles de brevetabilité ne rendent pas compte des caractéristiques pourtant cardinales comme la distance variétale ou la nécessité d'une certaine stabilité et homogénéité des caractères du végétal nouveau (Bustin, N., « Principes généraux du droit et casuistique technique », in : « *La protection de la création végétale. Le critère de nouveauté* », p. 37.

⁵²⁸ Pollaud-Dulian F., « *Droit de la propriété industrielle* », précité p. 335. Sur les indices concourant à une exclusion du cumul des protections résultant d'une part du droit des brevets et d'autre part du droit des obtentions végétales Voy. Ministère de l'agriculture, *Bulletin officiel du comité de la protection des obtentions végétales*, 1996, n°2 p.105, ainsi que l'article 1^{er} du Règlement CEE du 27 juillet 1994 instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales qui dit que le Certificat d'obtention végétale est « le titre unique et exclusif de protection de la propriété industrielle pour les variétés végétales. » ; reste à citer dans ce sens l'article 53b) de la Convention sur le brevet européen qui dispose « les brevets européens ne sont pas délivrés pour : (...) les variétés végétales (...) ainsi que les procédés essentiellement biologique d'obtention des végétaux (...), cette disposition ne s'appliquant pas aux procédés microbiologiques et aux produits obtenus par de tels procédés. ».

⁵²⁹ La tendance actuelle à l'abandon de l'interdiction du cumul qui a été initié à la suite de la révision le 19 mars 1991, de la convention UPOV, et confirmée par la Directive européenne du 6 juillet 1998 sur les inventions biotechnologiques efface les limites entre régime spécial et régime général puisque le choix est donné entre les deux voies de protection. L'application de la maxime « *specialia generalibus derogant* » ne semble plus être de mise.

*traditionnelle [savoir-faire traditionnel]*⁵³⁰ est utilisé pour marquer la **différence**⁵³¹ entre les connaissances des communautés et celles qui sont développées par les universités, les centres de recherche publics et les entreprises privés.»⁵³²

Il s'agit ici de mettre à jour et de prendre en compte une différence et non d'exprimer un antagonisme frontal, somme toute réactionnaire et peu productif dont le démantèlement est souhaitable⁵³³. Si l'on peut parler de marquer une différence, c'est parce qu'il existe avant tout, un fond commun auquel ne peuvent se ramener l'un ou l'autre système de protection ; l'un ou l'autre objet de protection ; l'une ou l'autre connaissance technique.

Ainsi, lorsqu'une partie de la doctrine proposa de voir dans le savoir traditionnel, une « *information systématique qui reste dans le secteur informel [et] qui n'existe généralement pas sous une forme écrite, préservée par la tradition orale et liée à une culture donnée, ce qui n'est pas le cas du savoir formel* »⁵³⁴, il lui fut opposé entre autres⁵³⁵ que le classement proposé ne tenait pas parce que : « *les similitudes entre ces deux catégories sont frappantes et(...) que l'information tirée du savoir indigène peut être formalisée.* »⁵³⁶

Il n'est pas davantage possible de proposer un tel régime, pas sans la démarche préalable de recherche d'un contenu précis à l'objet de la protection. Or en cette matière la réflexion semble n'avoir pas été portée à maturation⁵³⁷. D'avoir occulté toute réflexion approfondie sur le substantif « savoir » contenu dans l'expression qui nomme, à l'origine, l'objet de notre étude, explique certainement le fait que malgré les efforts louables et utiles pour cerner le qualificatif traditionnel, la notion poursuivie paraît encore inaboutie. Si l'on s'en contente, le vocable « savoirs traditionnels » risque de constituer « *un masque commode, un germe d'insécurité juridique par sa trop grande généralité.* »⁵³⁸

Les savoirs traditionnels constituent une sorte de « *bouillon originel* »⁵³⁹ dont vont devoir émerger différentes espèces. Le processus est heureusement en cours.

⁵³⁰ C'est nous qui insérons.

⁵³¹ C'est nous qui soulignons.

⁵³² Nuffic Ciran ; <http://www.Nuffic.nl/ik-pages/info3.html>

⁵³³ Agrawal, A., « Dismantling the divide between indigenous and scientific knowledge », *Developpement and change*, 1995, pp. 413- 439

⁵³⁴ Brush S., in Brush, S., Stabinski, D. eds. 1996, p.26; voir dans le même sens la conception du Programme des nations unies pour l'environnement (PNUE) pour qui le savoir traditionnel « peut être opposé au **savoir cosmopolitain** qui est tiré de l'expérience globale et conjugue découvertes scientifiques, références économiques et philosophiques du monde occidental avec celles d'autres cultures répandues. » (UNEO/CDB/COP/3/inf.33., p.9)

⁵³⁵ Un premier reproche pouvant être celui de générer une confusion entre les connaissances d'un secteur que l'on nomme en économie, « informel » et les savoirs traditionnels.

⁵³⁶ Mugabe, J., (Directeur exécutif du Centre africain d'études techniques), *Protection de la propriété intellectuelle et savoir traditionnel*, Document préparé pour l'OMPI, Genève, décembre 1998 (<http://www.acts.or.ke>)

⁵³⁷ Les utilisations synonymiques des termes en question.

⁵³⁸ Goubeaux, G., *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse p. 25

⁵³⁹ Au sens évolutionniste Darwinien.

B. Une prometteuse différenciation embryonnaire.

La différenciation se traduit principalement par une scission sémantique qui offre les indices d'une notion embryonnaire.

136. Une partie de la doctrine s'est engagée dans la voie de la différenciation des éléments qui peuvent recevoir la qualification dont on ne peut plus cacher qu'elle est générique, de « *propriété intellectuelle des peuples indigènes* ». Mme DAES, lors d'une table ronde de l'OMPI en 1998 a proposé de diviser la propriété intellectuelle des peuples indigènes en trois groupes : « *1-le folklore et l'artisanat, 2-la biodiversité et 3-les savoirs autochtones* »⁵⁴⁰.

Le folklore et l'artisanat comprendraient dans cette nomenclature et sous diverses formes, « *la littérature verbale, la musique, la danse, les dessins et motifs artistiques, ainsi que les ouvrages tels que les vanneries, perles, sculptures, tissus et peintures* . »⁵⁴¹

Selon cette même nomenclature, « *la biodiversité des territoires traditionnels des peuples autochtones peut être considérée elle aussi comme un objet de propriété intellectuelle. Elle inclut notamment* »⁵⁴², *les variétés végétales qui ont été développées par expérimentation et cultures à des fins alimentaires ou médicales ou pour produire des matériaux de construction, d'habitation, d'embarcation ou autres.* »⁵⁴³

Selon Mme DAES toujours, « *l'expression savoirs traditionnels se rapporte aux connaissances que les peuples autochtones détiennent, développent et transmettent au sujet de leur environnement, de leurs végétaux et de leurs animaux, ainsi qu'à leur interaction avec celles-ci. De nombreux peuples ont élaboré des techniques et des compétences qui leur permettent de suivre et de développer dans des écosystèmes fragiles, sans épuiser les ressources, ni causer des dommages à l'environnement (...) un grand nombre de peuples autochtones possède des connaissances des plantes médicinales dont s'inspire depuis longtemps la pharmacopée occidentale* ».⁵⁴⁴

Une telle proposition de subdivision attire deux séries de remarques :

L'une se rapporte à la cohérence qui semble régner entre les deux premières catégories. En effet le folklore et l'artisanat seraient une version réadaptée à l'environnement traditionnel des propriétés littéraires et artistiques tandis que, sous le vocable biodiversité, sont en fait évoqués les mécanismes de propriété

⁵⁴⁰ Table ronde de l'OMPI sur la propriété intellectuelle et les peuples autochtones, Genève 13 et 14 juillet 1998, cité dans le document WIPO/GRTKF/IC/3/9, Annexe III, p.2 et suivants.

⁵⁴¹ Table ronde de l'OMPI sur la propriété intellectuelle et les peuples autochtones, Genève 13 et 14 juillet 1998, cité dans le document WIPO/GRTKF/IC/3/9, Annexe III, p.2.

⁵⁴² C'est nous qui soulignons.

⁵⁴³ *idem*

⁵⁴⁴ Table ronde de l'OMPI sur la propriété intellectuelle et les peuples autochtones, Genève 13 et 14 juillet 1998, cité dans le document WIPO/GRTKF/IC/3/9, Annexe III, pp. 2 et 3

industrielle relatifs au vivant. Il faudra cependant noter que malgré le caractère non exhaustif des énumérations qui composent ces « définitions », les limites semblent à peu près définies.

L'autre est relative au caractère transversal que présentent les savoirs traditionnels par rapport aux deux premiers sous ensembles qui cependant, reçoivent ces derniers diversement. Le régime envisagé pour la protection de la biodiversité vise des objets matériels et non la connaissance qui permet de les obtenir ou qui a permis de les mettre au point. Ainsi les savoirs autochtones qui seraient relatifs à la biodiversité pourraient se voir, sans grand risque de confusion, appliquer des règles spéciales ou dérogatoires.

Il n'en va pas de même pour ce qui est des rapports entre les savoirs traditionnels, le folklore et l'artisanat tels qu'il sont ici entendus. Le folklore comprend ce qui est désigné comme étant la littérature verbale ; un élément intangible dont on sent bien que la forme est importante. A côté de cela, les savoirs traditionnels sont présentés comme des connaissances détenues au sujet de l'environnement et des interactions avec celui-ci. Il n'est fait pour l'heure aucune référence au caractère technique de ces connaissances même si on le devine dans l'illustration qui complète cette définition. Ce qui est nommé savoir traditionnel est rebelle à tout enfermement opéré par une démarche analytique à critère unique qui conduit à d'inévitables recoupements. Une telle définition ne tient que par la force de l'affirmation⁵⁴⁵. Les travaux ultérieurs du Comité Intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au Folklore, dans leur structure commencent d'ailleurs à éprouver les limites du découpage proposé par le Rapport DAES. Pourtant, le Comité avait adopté une telle nomenclature lors de ses premières sessions. En effet, les travaux des dix sessions⁵⁴⁶ tenues par cet organe de l'OMPI ont toujours été structurés suivant le triptyque : ressources génétiques, savoirs traditionnels et Folklore⁵⁴⁷. Une légère différenciation a été cependant observée dans l'ordre du jour de la 5^{ème} session qui s'est tenue du 7 au 15 juillet 2003 : le point 5 consacré aux savoirs traditionnels comprenait trois subdivisions⁵⁴⁸ sur cinq qui envisageaient l'analyse combinée des

⁵⁴⁵ Il convient pourtant de noter l'évolution qui s'est produite dans le chef de Mme DAES entre 1997 et 1998. En effet, dans son étude consacrée à « La protection du patrimoine des populations autochtones », elle a utilisé le terme de « patrimoine collectif » sans opérer une quelconque distinction entre « biens culturels » et « propriété intellectuelle » (Voir l'étude n° 10, publiée par le Haut commissaire aux droits de l'homme, Genève, 1997).

⁵⁴⁶ La 10^{ème} étant tenue à Genève, du 30 novembre au 8 décembre 2006.

⁵⁴⁷ Qui se retrouve d'ailleurs dans sa dénomination.

⁵⁴⁸ Il s'agit du Projet d'instrument de gestion de la propriété intellectuelle dans le cadre de la fixation des savoirs traditionnels et des ressources génétiques associées (Voir document WIPO/GRTKF/IC/5/5) ; de la Coopération technique et normes concernant les bases de données et les répertoires relatifs aux savoirs traditionnels et aux ressources génétiques associées (voir les documents WIPO/GRTKF/IC/4/14 et WIPO/GRTKF/IC/Q4) ; mécanismes de protection des savoirs traditionnels et des ressources génétiques dans le système des brevets (Document WIPO/GRTKF/IC5/6).

savoirs traditionnels avec les « *ressources génétiques associées* »⁵⁴⁹. Ceci n'a pas empêché le Comité de consacrer au point 6, une subdivision aux « *exigences relatives à la divulgation d'informations en rapport avec les savoirs traditionnels et les ressources génétiques dans les demandes de brevet.* »⁵⁵⁰

137. Une série de différenciations successives sont dictées par la nature paradoxalement transversale et spécifique de l'objet de définition envisagé. Après une activité quantitativement croissante depuis 1998, l'OMPI semble avoir opéré une mutation qualitative dans le courant de la seule année 2003 moyennant une activité tous azimuts⁵⁵¹.

Cette mutation s'est concrétisée dans la distinction entre une définition *lato sensu* et une définition *stricto sensu* des savoirs traditionnels qui était jusque là inusitée. Selon le Comité, il faut entendre par savoirs traditionnels au sens strict : « *les idées développées par des communautés traditionnelles et des peuples autochtones, de façon traditionnelle et informelle, pour répondre aux besoins imposés par leur environnement matériel et culturel et qui leur servent de moyens d'identification culturelle; la portée technique de ces idées est donc vaste puisqu'elle inclut tous les domaines d'application technique*⁵⁵²; (...) »⁵⁵³. Le savoir traditionnel ainsi conçu contraste avec le savoir traditionnel *lato sensu* qui est pour les idées en cause, : « *leur expression (...) telle que les contes populaires, la poésie et les énigmes, les chansons populaires et la musique instrumentale, les danses, les spectacles, etc.* »⁵⁵⁴. Cette deuxième catégorie de savoir traditionnel recouvre ce

⁵⁴⁹ Document WIPO/GRTKF/IC/5/1 Prov du 30 janvier 2003.

⁵⁵⁰ Voir Document WIPO/GRTKF/IC/5/10

⁵⁵¹ Principalement centrée sur la recherche d'une adéquation entre l'objet de protection et le régime à adopter. Nous pouvons citer sans être exhaustif :

Le séminaire sous-régional de l'OMPI sur la protection des expressions culturelles traditionnelles, Rabat, 20 et 21 mai 2003;

L'atelier de l'OMPI sur l'accès aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore en Amérique latine, Lima (Pérou) 12-14 mai 2003;

L'atelier sous-régional sur le folklore et les savoirs traditionnels pour les pays de la Communauté andine, Lima, 15 mai 2003; L'atelier national de l'OMPI sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Guatemala, 16 et 17 octobre 2003;

Le séminaire interrégional de l'OMPI, Ispahan (République islamique d'Iran), 16-18 juin 2003 (la "Déclaration d'Ispahan" issue de cette réunion a été présentée au comité sous la cote WIPO/GRTKF/IC/5//14);

Le Forum International sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Moscou, 3-5 juin 2003; La réunion régionale de l'OMPI sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Ottawa, 7-9 septembre 2003;

La table ronde de l'OMPI sur les options juridiques et de politique générale pour la protection des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions du folklore, Kampala (Ouganda), 13 et 14 octobre 2003;

L'atelier d'experts OMPI/Association sud-asiatique de coopération régionale (SAARC) sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, New Delhi, 17 et 18 novembre 2003; La table ronde OMPI/OAPI sur les options juridiques et de politiques générales pour la protection des savoirs traditionnels, des ressources génétiques et des expressions du folklore, Bénin, 15 et 16 décembre 2003.

⁵⁵² C'est nous qui soulignons.

⁵⁵³ Document WIPO/GRTKF/IC/5/7 du 4 avril 2003, p. 4.

⁵⁵⁴ *Ibidem*

qui est désigné sous le vocable d'« expressions des savoirs traditionnels » ou expressions culturelles traditionnelles et expressions du folklore »⁵⁵⁵.

138. Pour donner plus d'assise à cette première distinction, il fallait se doter d'un autre entendement de la propriété intellectuelle.

Ce deuxième ajustement de la doctrine du Comité passe par un élargissement, ou plutôt une refondation⁵⁵⁶, de la notion de propriété intellectuelle. Ainsi, et selon le Comité si : « propriété intellectuelle est pris au sens large, ce qui caractérise un système de propriété intellectuelle c'est la façon générale dont il protège son objet et non les normes spécifiques de protection qu'il offre. »⁵⁵⁷ La façon dont il protège son objet est en partie dictée par les finalités⁵⁵⁸ qui lui sont assignées⁵⁵⁹. Une telle lecture large du terme propriété intellectuelle semble être un préalable à la réception des savoir-faire traditionnels comme nouvelle catégorie. Mais cela ne semble être qu'un préalable. Il faudra ensuite que les compatibilités soient construites si elles n'existent déjà.

L'on peut ainsi se demander quelle est la conception qu'il convient de retenir de la propriété intellectuelle en général, sans préjuger de la sous-catégorie de rattachement des savoir-faire traditionnels⁵⁶⁰ ?

Le document WIPO/GRTKF/IC/3/8 issu des travaux du Comité Intergouvernemental de l'OMPI indique que « la propriété intellectuelle est un ensemble de principes et de règles qui réglementent l'acquisition, l'exercice et la perte de droits et d'intérêts relatifs à des actifs incorporels susceptibles d'être utilisés dans le commerce »⁵⁶¹.

Les données du débat semblent plus claires car les savoirs traditionnels aux yeux de l'organisation mondiale, sont des connaissances qui concernent uniquement les domaines d'application commerciale et le terme de propriété intellectuelle peut concerner tout corps de règle qui concerne les actifs incorporels.

Outre le fait que les savoirs traditionnels ainsi entendus, présentent de fortes similitudes avec ce que nous appelons savoir-faire traditionnel, ils ont vocation à

⁵⁵⁵ Pour une discussion sur la signification, la portée et la nature des "expressions culturelles traditionnelles", voir le document WIPO/GRTKF/IC/4/3, paragraphes 23 et suivants.

⁵⁵⁶ L'article 2.viii) de la Convention instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle définissait déjà la propriété intellectuelle comme incluant « tous les autres droits afférents à l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique ».

⁵⁵⁷ Document WIPO/GRTKF/IC/5/7 du 4 avril 2003, p. 3.

⁵⁵⁸ Tirole, J., « Quelles finalités pour les propriété intellectuelles ? », *LPA du 19 mai 2005*, n° 99, p. 67

⁵⁵⁹ La protection de la propriété intellectuelle a toujours eu pour objectif d'arbitrer, de manière fine, entre deux objectifs contradictoires : d'un côté, la création d'un environnement propice à l'innovation _ où il s'agit finalement de donner une rente « incitative » aux innovateurs et d'un autre côté, la diffusion de cette innovation, soit au consommateur final, soit à d'autres innovateurs afin d'encourager l'innovation en aval.

⁵⁶⁰ Que peuvent potentiellement être : la propriété littéraire et artistique, la propriété industrielle, tout autre régime déjà connu ou à inventer.

⁵⁶¹ Voir *Éléments constitutifs d'un système sui generis de protection des savoirs traditionnels*, document WIPO/GRTKF/IC/3/8, paragraphe 18, et le document WIPO/GRTKF/IC/4/8, paragraphe 34.

s'appliquer à tout support et à tout matériau y compris aux éléments de la biodiversité.

139. Dans un souci de différenciation similaire, on peut citer la proposition de l'UNESCO de considérer que dans les savoirs traditionnels il y a : « *les informations, les idées et les techniques transmises et améliorées au fil des générations et qui portent sur des domaines tels que la médecine, l'élevage et la production animale, la gestion de l'eau, la conservation des sols et la lutte contre les parasites.* »⁵⁶² Lors d'un séminaire organisé en l'an 2000 par l'ONU sur le sujet de : « *principles and guidelines for the protection of the heritage of indigenous peoples* »⁵⁶³ les termes suivants ont été utilisés : les biens meubles culturels, tous les genres de créations artistiques ou littéraire, tous les types de savoirs scientifiques agricoles techniques liés à la biodiversité et à l'écologie y compris les innovations basées sur ces savoirs, les cultures, les remèdes les médicaments et l'usage de la flore et de la faune⁵⁶⁴.

Concernant un tel mode de définition, il convient de dire que l'énumération ne sera jamais exhaustive et que de ce fait les définitions ainsi proposées sont vouées à être partielles et donc insatisfaisantes.

Cette tendance à la compartimentation des savoirs traditionnels, loin de dégager une notion unitaire et globale, est plutôt l'aveu d'un assemblage en définitive artificiel menacé d'éclatement au fur et à mesure que les différents régimes de ses composantes se préciseront.

Ainsi, le constat doit être fait de ce que les savoirs traditionnels, tels qu'ils sont conçus en l'état actuel, sont voués à rester un concept général sans réelle effectivité, n'ayant pour seule utilité que la clarification initiale d'un débat qui reste à mener.

⁵⁶² Best Practices in Indigenous Knowledge , <http://www.unesco.org> (visité le 24 mars 2002)

⁵⁶³ Selon notre traduction : « *Principes et canevas pour la protection de l'Héritage des peuples indigènes* ».

⁵⁶⁴ Cette énumération contient d'autres éléments tels que : les restes humains, les biens immobiliers culturels, la musique, la danse, le chant les cérémonies les symboles, les dessins, les poésies la peinture et toutes les formes de documentations sur les peuples autochtones. (Séminaire du 28 février au 1^{er} mars 2000 de la Commission des droits de l'homme de l'ONU)

CONCLUSION CHAPITRE 1

140. L'éviction des règles et normes relevant de la source coutumière s'organise autour des activités d'édiction et d'interprétation de la règle de droit.

Pour mettre en œuvre cette éviction discutable, le pouvoir édictant, au niveau national comme international, a considéré le savoir-faire traditionnel comme un objet insusceptible de droit ; ce qui s'est traduit au plan international par une activité majoritairement non contraignante. La marge de manœuvre substantielle ainsi laissée aux Etats leur a permis d'organiser, pour certains, dont la France, un véritable tarissement du savoir-faire traditionnel avec un succès tout relatif. D'autres Etats, en voie de développement principalement, ont trouvé dans les dispositions de la Convention sur la diversité biologique de Rio de 1992, une incitation à proclamer largement des droits dits « *sui generis* » sur le savoir-faire traditionnel. Ce faisant, ils en ont souligné la permanence.

141. L'activité d'interprétation⁵⁶⁵ n'a pas permis davantage de cerner l'objet de notre étude. Ainsi, les juges se sont-ils livrés à une interprétation systémique des textes qui a abouti à une invisibilité totale du savoir-faire traditionnel en droit français. Les juges australiens se sont quant à eux montrés un peu moins hermétiques. Ces derniers, ont ainsi, à l'occasion de l'affaire *Foster c/ Mountford de 1976*⁵⁶⁶, invoqué la doctrine de la *common law* en matière d'informations confidentielles pour empêcher la publication d'un livre contenant des informations confidentielles⁵⁶⁷, manifestant par-là même, une protection assumée des savoir-faire traditionnels.

142. La doctrine, quant à elle, s'est saisie de la question et en a fait d'abord une sorte de notion multifacettes et, en définitive, peu intelligible. Elle vient à peine de s'engager dans un affinement de la notion qui demeure encore embryonnaire car l'étape de la recherche d'une simple « **définition de travail** »⁵⁶⁸ n'a pas encore été franchie.

143. Il apparaît alors que l'approche de la notion de savoir-faire traditionnel telle que nous venons de l'étudier au travers des principales fonctions d'édiction et d'interprétation n'a pas permis au champ juridique actif d'en cerner de façon satisfaisante les contours. Le constat reste presque stérile, qui est celui d'une forte interpellation juridique sans que l'on puisse en appréhender l'objet. Les logiques

⁵⁶⁵ Ost F. Van de Kerchove M., *Interprétation*, in *Arch. Phil. Du Droit*, t. XXXV, Sirey, 1990, p. 165.

⁵⁶⁶ *Foster c/ Mountford* (1976) 29 FLR 233.

⁵⁶⁷ Les extraits et détails de cette affaire peuvent se trouver sur www.austlii.edu.au en anglais.

⁵⁶⁸ Le groupe africain « est favorable à l'élaboration par le comité intergouvernemental d'une définition de travail des "savoirs traditionnels" qui soit ouverte et puisse servir de référence et qui établisse les caractéristiques et les critères en fonction desquels ces savoirs doivent être protégés; » document WIPO/GRTKF/IC/3/15 présentant la position des pays du groupe africain à la 3ème session du comité inter-gouvernemental de l'OMPI sur la question du 21 juin 2002, p.6

continuent de s'entrechoquer et les concepts s'harmonisent difficilement. Il est cependant clair qu' « *il n'existe aucun vice originel empêchant les communautés infra étatiques de développer un ordre juridique plus complet, mais leur intégration dans l'espace territorial étatique les soumet à l'organisation choisie par celui-ci.* »⁵⁶⁹

144. Ici pourtant, la difficulté déjà grande au niveau étatique se double des complications héritées des mécanismes internationaux de la propriété intellectuelle.

Malgré les incessantes sollicitations du champ juridique actif, l'on ne peut espérer aboutir à une notion cohérente que si une attention particulière est accordée aux règles et normes relevant de la source coutumière. C'est en effet elles qui recèlent les caractéristiques essentielles qui permettront de fonder la différence spécifique du savoir-faire traditionnel.

⁵⁶⁹ Deumier, P., *Le droit spontané*, Th. Précitée, p. 365.

Chapitre 2. UNE REHABILITATION NÉCESSAIRE DES RÈGLES ET NORMES RELEVANT DE LA SOURCE COUTUMIÈRE.

« Une telle accumulation de prérogatives de natures différentes ne débouche pas seulement sur des conflits de droit banals qu'il s'agirait de trancher au moyen d'une règle de droit commune, mais sur une question plus épineuse, celle de l'articulation d'espaces normatifs cloisonnés aux objectifs antagonistes et aux méthodes hétérogènes »

Florence Bellivier et Christine Noiville, *Contrats et vivant*, LGDJ 2006, coll. Traité des contrats p. 290

145. La loi exerce une forme de dictature dans nombre de systèmes juridiques contemporains. Tellement qu'il n'est désormais plus question de : « nier la supériorité du droit délibéré sur le droit spontané dans les ordres juridiques internes. »⁵⁷⁰ Quant la loi n'écrase pas les autres sources du droit, elle leur livre une guerre acharnée.

Dans un tel contexte, la question est de savoir comment prendre en compte ces différents protocoles coutumiers. Sauf à recourir à l'élaboration d'un traité international faisant la synthèse des coutumes et protocoles autochtones, tâche objectivement impossible, il s'avère utile de rechercher au sein des systèmes contemporains de droit les moyens de réhabiliter la coutume, source principale des droits en la matière. Cette seconde branche de l'alternative s'explique principalement par le fait qu'au-delà des classifications internationales le droit de la propriété intellectuelle est un droit territorialisé et national. C'est donc au niveau interne qu'il convient de rechercher l'harmonisation et la reconnaissance de la règle coutumière dont les institutions internationales se font l'écho.

Il est ressorti des différentes tentatives ayant eu cours jusqu'alors, le besoin de renseignements empiriques sur la manière dont la législation, les procédures et les dispositions administratives applicables à la propriété intellectuelle peuvent servir à protéger les savoir-faire traditionnels⁵⁷¹. L'on peut se demander s'il suffit en l'occurrence de procéder ainsi en s'intéressant aux données empiriques relatives à la protection et à l'exploitation sans auparavant s'être intéressé aux données relatives à l'existence et à la définition du savoir-faire traditionnel ? En d'autres

⁵⁷⁰ Deumier, P., *Le droit spontané*, Th. Précitée, Economica, p.377.

⁵⁷¹ Ce besoin de recherches empiriques a été également souligné dans la convention sur la diversité biologique et dans des documents subséquents tels que UNEP/CBD/WG8J/INF/2 qui fait la synthèse des études de cas et des renseignements pertinents.

termes, suffit-il d'étudier l'exploitation qui est faite d'un objet de droit pour en dégager une notion claire ? La réponse ne peut être spontanément positive. Il est certain pourtant que l'existence d'une exploitation juridique de l'objet offre l'indice de l'émergence d'une notion.

146. Pour mettre à jour cette dernière, il faut prêter une attention particulière aux règles qui régissent les savoir-faire traditionnels. Elles se présentent presque toujours sous la forme peu considérée, en droit moderne, de coutumes, parfois écrites, mais toujours évolutives et fluctuantes. C'est donc à cette même source de données empiriques que nous allons puiser pour nourrir nos réflexions.

De formes et de natures variées, seule leur appréhension par la loi⁵⁷² leur octroie la juridicité instantanée. La prise en compte par l'autorité publique qui se concrétise par une sanction légitime dont elle se porte garante est généralement considérée comme le critère de juridicité. C'est là, la démarche habituelle qui hélas, montre ses limites en ce qui concerne le savoir-faire traditionnel.

Une telle démarche conduit de notre point de vue, à des conflits de concepts qui ont rendu jusqu'à présent impossible la mise à jour d'une acception univoque cohérente et acceptable des savoir-faire traditionnels. Le champ juridique marqué par les mécanismes de propriété intellectuelle y a éprouvé les limites de ses catégories juridiques. Or il ne fait plus de doute que ce qui est perçu comme une donnée sociale brute a déjà accédé à la sphère de la normativité⁵⁷³ ; ceci par le biais de la coutume ou autres comportements sociaux. L'hermétisme de ces deux modes de création de normes⁵⁷⁴ est à l'image de leur incapacité à engendrer une notion cohérente. Tout au plus peut-on tenter selon la recette classique de résoudre ce conflit par la théorie de la hiérarchie des normes. Il faudra alors soumettre les règles et normes coutumières à la loi et déclarer les éléments « *contra legem* », hors du domaine du droit. Excepté le fait que le conflit aura été drastiquement et autoritairement résolu⁵⁷⁵, une telle solution soulève ce que l'on pouvait pressentir

⁵⁷² Au sens générique du terme.

⁵⁷³ Pourtant la perplexité à ce propos était abondamment alimentée. Dans le meilleur des cas de protection observable actuellement, celui du Panama, le législateur a organisé un régime spécial de propriété intellectuelle par la Loi n° 20 du 26 juin 2000 et le décret n° 12 du 20 mars 2001. Les mesures que contient cette législation permettent de grands espoirs mais l'on pouvait en déduire une interrogation fondamentale : Quelle source a alimenté les dispositions de la loi ? Sont-ce les normes sociales qui ont été directement appréhendées par l'activité législative ? Auquel cas la protection que l'on pourra conférer au savoir-faire traditionnel deviendrait purement casuistique d'un Etat à l'autre et la loi serait le vecteur de la juridicité en ce qu'elle conférerait le caractère juridique à des normes jusque là purement sociales. La loi aurait-elle au contraire repris à son compte une règle préexistante de droit d'origine coutumière ? C'est en d'autres termes la question de la préexistence des droits sur le savoir-faire traditionnel à leur reconnaissance légale, signe de leur introduction dans le champ juridique marqué par les mécanismes de la propriété intellectuelle.

⁵⁷⁴ Que l'on ramènera à la distinction : « droit délibéré et droit spontané » de Pascale DEUMIER, *op. cit.*, *passim*.

⁵⁷⁵ Ce qui de notre point de vue, n'est pas souhaitable.

jusqu'alors : la coutume ainsi que les règles et normes d'origine coutumière semblent dans ce cas, relever d'une autre logique, d'un autre champ juridique. Les incompatibilités qu'elles recèlent ne peuvent se résorber que par leur anéantissement vis à vis de la loi. Dès lors, l'idée d'une collaboration entre ces deux champs juridiques, pourtant intéressés par la question des savoir-faire traditionnels reste difficile à soutenir. Il s'agit pour nous de proposer une réponse aux « mises en garde [qui ont] été exprimées contre une telle démarche, attirant l'attention sur le fait qu'elle risquerait de détruire des systèmes de savoir-faire traditionnel en cherchant à les adapter au système de la propriété intellectuelle. »⁵⁷⁶ Il s'agit aussi de savoir avant tout, dans quelle mesure la définition adéquate des savoir-faire traditionnels doit être modelée de manière à « convenir » aux mécanismes de propriété intellectuelle.

147. Dans ce sens, il nous semble que la source privilégiée qui a quelque prétention à soutenir ce besoin de recherche empirique de définition et de caractérisation des savoir-faire traditionnels est la coutume dont la « *prégnance* »⁵⁷⁷ n'a jamais été démentie dans les sociétés traditionnelles. Les règles et normes qu'elle recèle méritent donc à ce titre d'être réhabilitées.

Nous réserverons d'abord l'hypothèse de « l'adoubement législatif » des normes coutumières pour envisager celle de l'interaction permanente entre les normes et règles relevant de la sphère du droit délibéré et « *largement légicentré* »⁵⁷⁸ avec les règles et normes relevant de la coutume et du droit spontané (section 1). Il faudra ensuite voir s'il n'est pas plus efficient de promouvoir une réhabilitation qui, au lieu de s'attacher aux sources, privilégierait plutôt les règles et les normes ; menant ainsi à une réhabilitation sélective (Section 2).

Section 1. Tentative de réhabilitation permanente des règles et normes relevant de la source coutumière.

148. Il eut été plus commode de commencer par proclamer la juridicité des sociétés dites traditionnelles et de considérer par la suite que des telles règles juridiques sont *de facto* intégrées dans l'ordonnement juridique des états qui les abritent. On aurait ainsi commencé par proclamer l'existence d'une pluralité

⁵⁷⁶ Document WIPO/GRTKF/IC/3/9, précité p. 12 et 13

⁵⁷⁷ La dernière affirmation de la préséance du droit coutumier dans les sociétés traditionnelles se trouve à notre connaissance dans Etudes rurales 155-156 « *Prégnance du droit coutumier* », Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales avec le concours du CNRS, 2000. En outre les travaux interdisciplinaires récents sur le thème de la coutume font apparaître : Que la portée de la coutume varie sensiblement d'une matière à l'autre ; que le nom de coutume recouvre des notions diverses, sous deux rapports principaux. La mise en place de la coutume relativement à l'usage passe par des modes variés et la base psychologique de la coutume n'est constante ni en étendue, ni en énergie.

⁵⁷⁸ Deumier P., *op. cit. passim*.

d'ordres juridiques que l'on fondrait inéluctablement en un seul. Or, en l'occurrence, il ne suffit pas d'affirmer que « *la multiplicité des ordres juridiques est un fait trop visible pour que nul ne songe à la contester* »⁵⁷⁹. De plus, une telle commodité basée sur le monisme juridique⁵⁸⁰ présente la lacune sérieuse de ne pouvoir donner au droit coutumier traditionnel que la force que le droit délibéré voudra bien lui conférer. Ainsi, l'obstacle de l'infériorité des règles et normes juridiques de source coutumière qui en matière de savoir-faire traditionnels, représente l'un des obstacles à franchir, n'aura été tout au plus que différé.

Une telle démarche a pourtant été souvent adoptée, avec assez peu de succès, par la doctrine qui a cherché ainsi à fonder l'obligatorité *erga omnes* des règles coutumières régissant les savoir-faire traditionnels dans des systèmes juridiques où la loi exerce son *impérium*. La cause de cette infortune réside dans la conception encore pyramidale du droit où les règles doivent nécessairement s'imbriquer les une dans les autres et se soumettre les unes aux autres pour que l'édifice Kelsenien puisse encore servir de grille de lecture à une réalité qui est devenue infiniment plus complexe et protéiforme.

149. La réhabilitation des règles et normes relevant de la source coutumière dans un tel contexte ne peut reposer que difficilement sur un mécanisme interne au système puisque les réactions y sont avant tout systémiques en ce qu'elles visent avant tout à conserver la cohérence dudit ensemble. Le recours sera plutôt externe et se matérialisera lorsque l'on se sera engagé dans la voie qui mène « *de la pyramide au réseau* »⁵⁸¹. Ainsi, et pour mieux asseoir cette réhabilitation permanente, il paraît nécessaire de nous confronter à l'obstacle de la

⁵⁷⁹ Virally M., *La pensée juridique*, Paris, LGDJ 1960, p. 199 ; voir aussi pour une opinion similaire, les tenants de la théorie anthropologique du pluralisme juridique qui considèrent qu'« à la pluralité des groupes sociaux, correspond des systèmes juridiques multiples agencés suivant des rapports de collaboration, coexistence, compétition ou négation. » (J. Vanderlinden, « Le pluralisme juridique essai de synthèse », in *Le pluralisme juridique*, Gilissen (dir), Bruxelles, édition Université de Bruxelles, 1972 et la conséquente bibliographie citée p. 449 *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, précité). Sur le plan politique ce courant de pensée tend à relativiser de l'Etat à se présenter, par le biais de la pré-éminence de la loi, comme la source principale ou exclusive du droit.

⁵⁸⁰ Par conception moniste du droit ou monisme juridique, on entend l'idée que le droit n'existe que sous la forme d'un système unique et universel (N. Bobbio, *Téoria dell'ordinamento giuridico*, Turin, G. Giappichelli 1960, p.86). Pour le doyen Carbonnier (*Sociologie juridique*, PUF, 1978, p.213), cette conception s'exprime souvent sous la forme d'un dilemme : « ou bien les phénomènes dépeints comme constituant un autre droit sont pris en considération par le système juridique global... et l'unité est restaurée par ce système global qui assume l'ensemble ; ou bien les phénomènes de prétendu autre droit restent en dehors, non intégrés au système, à l'état sauvage, et ils ne peuvent être qualifiés véritablement de droit, tout au plus de sous-droits. ». Telle est la conception de H. Kelsen (*Théorie pure du droit*, 2ème édition, p. 431) pour qui on ne peut servir deux maîtres et pour qui la « construction moniste a un caractère inévitable ». F. Rigaux (Le droit au singulier et au pluriel, in *R.I.E.J* n° 9, 1982, p.3) qui se range aussi à cette conception considère quant à lui que « la science juridique est à condamner au monisme ou à la schizophrénie ».

⁵⁸¹ Pour reprendre (et ici sans le point d'interrogation) le titre de l'ouvrage des Prs François Ost et Michel Van de Kerchove : *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, P.F.U Saint-Louis, 2002.

pyramide (§1), avant d'analyser les ressorts théoriques offerts par le concept de réseau (§2).

Paragraphe 1. L'obstacle de la pyramide.

Il conviendra de présenter brièvement le système pyramidal avant d'en envisager les manifestations vis-à-vis des règles et normes relevant de la source coutumière.

A. Brève présentation du système pyramidal⁵⁸².

150. Le système pyramidal est conçu comme un agencement hiérarchique des normes qui forment un ordre juridique avant d'être une théorie d'organisation des sources.

La théorie de la pyramide des normes que nous nous proposons de présenter ici brièvement⁵⁸³ est une théorie générale des rapports entre les normes d'un ordre juridique. Il s'agit d'une théorie qui organise la production, la modification, la destruction de normes ainsi que les conflits entre elles. La théorie de la hiérarchie des normes constitue l'un des éléments essentiels de la *Théorie pure du droit* de KELSEN⁵⁸⁴.

Cette théorie a été fortement discutée dans les débats continentaux. Elle l'est encore de nos jours. De telle sorte que l'on peut se demander si malgré toutes ces tentatives et contestations, elle ne hanterait pas « *l'inconscient juridique collectif* »⁵⁸⁵ ? Elle apparaît de ce point de vue comme une sorte de spectre vis-à-vis duquel chaque doctrine, construction nouvelle ou innovante en droit, se sent obligée de se déterminer ; soit pour déclarer son allégeance ou pour exprimer sa rébellion. C'est donc dans une certaine normalité qu'il faut inscrire notre démarche.

⁵⁸² La métaphore de pyramide, comme chacun le sait, a été suggérée (et depuis retenue) par H. Kelsen dans sa *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 266 (tr. Fr. Reine Rechtslehre, Wien, Verlag Frantz Deuticke, 2ème ed. 1960) qui place l'iconographie pyramidale au coeur de sa conception du droit.

⁵⁸³ Et nous l'espérons utilement.

⁵⁸⁴ Hans Kelsen présenta la première version de son positivisme critique, opposé aux conceptions jusnaturalistes comme aux démarches sociologisantes ou psychologisantes, il considère le droit effectivement posé comme étant principalement le droit législatif. C'est donc principalement du droit délibéré qu'il s'agit. Le positivisme d'une telle thèse n'a jamais été démenti, malgré de sérieuses contestations.

⁵⁸⁵ Il ne semble pas contesté (F. Ost et M. de Van Kerchove, *De la pyramide au réseau...* op. cit. p. 11) que ce soit là, la pensée juridique encore dominante aujourd'hui dans le sens commun des juristes(...). »

Ainsi, après qu' Adolph MERKL⁵⁸⁶ a introduit la question du mode de dépendance normative dans la théorie positiviste viennoise à travers plusieurs travaux pionniers⁵⁸⁷, dont KELSEN intégrera d'ailleurs quelques aspects dans ses écrits sans en livrer une présentation intégrale ; ce sont des aspects fondamentaux et généraux de la théorie qui vont intéresser la contestation contemporaine à KELSEN.

Activement discutée dans les années 1930 en France par des auteurs ayant accès aux travaux originaux, notamment Carré de Malberg, cette problématique sera abandonnée dès avant la Deuxième Guerre mondiale et n'occupera la doctrine française que sous une forme excessivement simplifiée jusque vers la fin du 20^{ème} siècle, où le débat sera ravivé en raison de l'incidence grandissante du contrôle de constitutionnalité et du droit communautaire.

Une grande partie de la doctrine⁵⁸⁸, n'aurait⁵⁸⁹ retenu qu'une version extrêmement simplifiée de la théorie, selon laquelle il existerait une exigence que les normes « inférieures » soient « conformes » aux normes « supérieures » dont la clé de voûte serait la norme fondamentale. Pour KELSEN lui-même, le concept de norme fondamentale répond à la question suivante : « *Quel est le présupposé permettant de soutenir que n'importe quel acte juridique peut être qualifié comme tel, c'est-à-dire un acte servant de base à l'établissement de la norme ainsi qu'à son exécution.* »⁵⁹⁰ Pour certains pourfendeurs de la théorie de KELSEN, : « *cette conception n'a aucune valeur explicative, car elle ne livre aucun critère de supériorité ou d'infériorité et ne permet pas de comprendre ce qui se passe si, contrairement à cette exigence, il n'y a pas conformité* »⁵⁹¹. Pourtant, c'est une telle version simplifiée qui a fortement marqué les consciences.

⁵⁸⁶ **Bonnard R.**, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'oeuvre d'Adolf Merkl », Revue du droit public, 45, 1928, p. 668-696.

⁵⁸⁷ **Merkl A.**, « Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts », in Juristische Blätter 47 (1918), p. 425-427, 444-447, 463-465, reproduit in H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (dir.) Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Vienne, Europa-Verlag, 1968, vol. 1, p. 1091 sq. ; Allgemeines Verwaltungsrecht, Vienne, Berlin, 1927 ; « Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues », in Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift für Hans Kelsen, Vienne, 1931, p. 252-294, reproduit in Klecatsky, vol. 2, p. 1311 sq.

⁵⁸⁸ Dont entre autres : **Troper M.**, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994 ; **Walter R.**, *Der Aufbau der Rechtsordnung*, Vienne, Manz, 1964.

⁵⁸⁹ Selon **Pfersmann O.**, « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », Revue française de droit constitutionnel, no 31, 1997, p. 481-509 ; v° aussi la contribution de l'auteur au dictionnaire de culture juridique, précité voir à « hiérarchie des normes ».

⁵⁹⁰ Extrait d'une lettre inédite que **Hans Kelsen** adressa à Renato Treves, le 03 Août 1933. Correspondance publiée *in extenso* dans la revue *Droit et Société* n° 7, 1987, « Un inédit de Kelsen concernant ses sources Kantiennes », p. 328.

⁵⁹¹ **Pfersmann, O.**, *Dictionnaire de la culture juridique*, Alland, D., Rials S. (dir) ; Lamy 2004 v° hiérarchie des normes.

De fait, la théorie de la hiérarchie des normes a été l'objet de nombreuses critiques⁵⁹² qui reposent pour la plupart sur la méconnaissance de la théorie développée, en particulier sur la confusion entre validité⁵⁹³ et conformité⁵⁹⁴, entre ce qui fait de quelque chose une norme d'un système et les rapports de prévalence entre normes valides normalement organisés dans ce système.

Selon qu'il s'agit de la validité ou de la conformité, les règles relatives aux savoir-faire traditionnels peuvent être soit reconnues comme étant du droit, mais cependant bafouées parce que non-conformes, ou alors déclarées simplement non-valides. Dans ce dernier cas, lesdites règles ne sont simplement pas admises à produire des effets juridiques. Les règles relatives à la nature et au statut des savoir-faire traditionnels subissent dans le cas de la non-validité une véritable négation alors qu'il s'agit d'une mise à l'écart lorsque la conformité est en cause. C'est justement de ce point de vue que la théorie de la hiérarchie des normes réserve à notre sens un sort en définitive peu satisfaisant aux règles coutumières en matière de savoir-faire traditionnel. Les études conduites en la matière recommandent presque toutes « *une meilleure reconnaissance et une plus grande utilisation des lois et protocoles coutumiers* »⁵⁹⁵. Une telle formule demande deux observations qui se situent en amont et en aval du point que nous nous attachons à démontrer dans le présent chapitre:

151. En amont, parler de « reconnaissance » et de « meilleure utilisation » des protocoles coutumiers suppose l'étape de la validité franchie. Cela suppose en effet, une connaissance de l'objet dont seulement l'utilisation devra être optimisée. Or la réalité n'est pas aussi tranchée.

En aval, si l'on distingue la reconnaissance de la meilleure utilisation, c'est que, une fois l'étape de la conformité entérinée, il en demeure une autre dont ne rend pas compte le système pyramidal, celle de l'implémentation⁵⁹⁶ qui permet en

⁵⁹² Ross, A., par exemple a très vigoureusement critiqué la conception de la validité de Kelsen. Selon Ross, cette validité qui caractérise ce qui est obligatoire, n'aurait rien de spécifiquement juridique. Elle pourrait aussi bien s'appliquer aux normes morales. Il en tire la conclusion que Kelsen ne serait pas un véritable positiviste mais simplement un quasi positiviste. Sur la justification de la conception Kelsenienne de la validité, voir, Troper, M., « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et Société*, n° 50.

⁵⁹³ Dont on retiendra qu'elle est « la qualité qui s'attache à la norme dont on a reconnu qu'elle satisfait aux conditions requises pour produire les effets juridiques qu'elle prétend avoir » (*Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique*, précité p. 637) C'est aussi « le caractère de la norme ou de l'acte juridique auxquels on reconnaît, dans un ordre juridique donné, qu'ils ont des effets juridiques que les auteurs entendent leur conférer » *idem sens générique qu'il faut rapprocher de la définition du Dictionnaire Robert, qui y voit « la qualité de ce qui est valide ; valide : qui présente les qualités requises pour produire son effet ».*

⁵⁹⁴ Qui fait plutôt appel à la compatibilité des effets de la norme avec cohérence de l'ordre juridique qui en envisage la réception.

⁵⁹⁵ Voir le document du Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoir-faire traditionnel et le folklore tenue à Genève du 15 au 19 mars 2004 (Document WIPO/GRTKF/IC/6/INF/3 § 33).

⁵⁹⁶ Blankenburg, E., « La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre : le concept d'implémentation », *Droit et Société* n° 2-1986, pp. 73 à 94. Voir aussi : Bardach E., « *The Implimentation Game : What happens after a Bill becomes Law ?* », Cambridge, MIT Press, 1977.

définitive de juger de l'effectivité de la règle. Pour le Pr BLANKENBURG qui a consacré de nombreux articles à la question, l'implémentation en droit privé⁵⁹⁷ a cela de particulier qu'elle : « *ne passe pas par le truchement d'un service de mise en œuvre, elle ne dépend que de la volonté des requérants et de leur capacité à faire appel à la justice.* »⁵⁹⁸ Cette liberté du sujet de droit ne peut cependant pas se déployer sans que certaines conditions qui lui échappent aient été remplies. En effet, selon l'auteur : « *cette démarche est soumise conditionnellement à un certain nombre de décisions politiques : les barrières de la formalisation et des exigences de la procédure de recours au droit, l'exigence d'une infrastructure de services juridiques capables d'abaisser les barrières d'accès à la justice et des règles juridiques et professionnelles qui contrôlent le rendement de ces services.* »⁵⁹⁹ Dans ce sens, la réhabilitation de la source coutumière à laquelle nous nous attèlerons n'est que le préalable indispensable de cette ultime phase, l'implémentation, qui n'est pas du ressort de la doctrine. Il n'est pas surprenant que la théorie de la pyramide des normes ignore totalement cette phase. En effet, il convient de se rappeler que pour KELSEN, le seul critère de validité d'une règle est son mode d'édition et non son application effective. Il s'attacherait ainsi : « *plus à l'applicabilité de la norme qu'à son application concrète. L'effectivité pour lui, ne serait qu'une question seconde, une question de survie de la règle.* »⁶⁰⁰ La formulation du problème en termes d' « effectivité » semble relever d'une approche sociologique du droit⁶⁰¹. L'étape de l'implémentation quant à elle, pose des questions qui sont qualifiées par le Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques, les savoir-faire traditionnels et le folklore d' « *opérationnels ou pratiques* »⁶⁰². Il apparaît alors évident qu'il faut ménager un troisième temps de l'action qui serve de preuve et de moyen de vérification des préalables théoriques que nous voulons contribuer à installer. Ces derniers ne semblent pas se suffire à eux même.

Ainsi, appliquant les mêmes règles d'organisation hiérarchique du système juridique, on se retrouve en face d'une pluralité de traitements des règles et

⁵⁹⁷ A l'inverse de celui de domaines comme le droit pénal, de la politique de l'emploi, et la politique environnementale.

⁵⁹⁸ Blankenburg, E., *loc.cit.* p. 75.

⁵⁹⁹ Blankenburg, E., article précité, p. 81.

⁶⁰⁰ Lascoumes P., Severin E., « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », *Droit et Société*, é- 1986, p. 134 ; Voir plus spécifiquement sur cette question, Perrin J-F., « Pour une théorie juridique de la connaissance juridique », Genève, Droz, 1979, p. 9 et s.

⁶⁰¹ Carbonnier, J., « L'effectivité et l'ineffectivité de la règle de droit », *Année Sociologique*, L. VII, 1958, p. «3-17 .

⁶⁰² Par exemple, la sensibilisation des dépositaires d'expressions culturelles traditionnelles, des programmes de vulgarisation à leur intention et le renforcement de leurs capacités, afin qu'ils soient mieux en mesure d'apprécier et de mettre à profit les possibilités qui s'offrent à eux en matière de propriété intellectuelle.

normes relevant de la source coutumière qui se fonde parfois sur sa validité, et d'autres fois sur sa conformité.

B. Les manifestations du système pyramidal.

Les manifestations du système pyramidal ne sont pas une réalité uniforme. Selon que l'on est dans un pays ou dans l'autre, la place donnée à la règle ou à la norme relevant de la coutume dans la stricte observance de la pyramide, varie⁶⁰³.

Il conviendra ainsi de les envisager selon qu'elles mettent en cause la validité ou la conformité des règles et normes relevant de la source coutumière.

1. La validité des règles et normes coutumières au regard de la pyramide.

153. La conception pyramidale du droit semble n'avoir aucune incidence sur la validité des règles et normes relevant de la source coutumière.

Bien avant la formulation de la théorie de KELSEN, d'illustres auteurs dont SAVIGNY⁶⁰⁴ ont eu l'occasion de fustiger la philosophie qui traverse le code Napoléon et qui peut en l'espèce s'entendre de la prééminence du droit délibéré, estimant que ce dernier soustrayait le droit à sa légitimité populaire et communautaire pour l'aliéner de sa réalité sociale. En Suisse par exemple, la situation se caractérise en ce que le juge a l'obligation conformément à l'article 1 du Code civil suisse, d'appliquer la coutume à un litige qui lui est soumis à deux conditions : Il faut d'abord que la coutume existe et qu'il n'y ait pas de lacune⁶⁰⁵ proprement dite du droit écrit qui s'entend en droit suisse d'une abstention involontaire ou omission du législateur dans une matière où il aurait dû intervenir. C'est la même conception que propose le dictionnaire de la culture juridique⁶⁰⁶. Quand il s'agit de la validité des normes et règles relevant de la source

⁶⁰³ Voir par exemple: Carbasse, J-M « coutume, temps, interprétation », in revue *Droits*, n° 30, qui rappelle la définition que Cicéron donnait de la coutume : « *la coutume, c'est le droit qu'un long espace de temps a rendu obligatoire par la volonté de tous, sans intervention de la loi* », p.15

⁶⁰⁴ Cette critique a été formulée principalement et magistralement dans la thèse de ce dernier publiée en 1815.

⁶⁰⁵ Sur les lacunes du droit en droit suisse et droit international voir: Du Pasquier C, *Les Lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1er CCS*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1951, Siorat, L., *Le Problème des lacunes en droit international*, Paris, LGDJ, 1958.

⁶⁰⁶ L'auteur Otto Pfersmann y décrit deux autres formes de ce qu'il est convenu d'appeler des situations de « vraies lacunes » : un système est aussi dit « lacunaire » parce qu'on estime qu'un cas particulier devrait trouver telle ou telle solution et que les ressources du droit positif ne permettent pas d'y parvenir (par exemple, il existe une loi sur l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles, mais elle n'est pas applicable au cas de X..., or on pense qu'il devrait être indemnisé selon ces règles) ;

Un système est enfin lacunaire lorsqu'une « norme générale existe, mais sa formulation paraît obscure de sorte que l'on ne sait pas comment l'appliquer à un cas donné et l'on considère soit qu'on devrait l'appliquer d'une certaine manière qui ne semble toutefois pas couverte par le texte, soit qu'il devrait y

coutumière, la solution est tranchée en dehors des hypothèses de lacune. Il faut cependant que les éléments constitutifs de la coutume ou des usages soient rassemblés. La validité est donc difficilement en dehors des critères formels posés par l'ordre juridique. Dans ce sens, la validité est purement technique⁶⁰⁷ et remplit son rôle de clôture du champ juridique. Une clôture du champ juridique qui a été expérimentée au Canada avec une certaine originalité. En effet, au 19^{ème} siècle la détermination du droit applicable à une situation au Canada était une tâche décourageante, particulièrement au Québec en raison de l'hétérogénéité des sources possibles. Ce qui a inspiré au Pr. HOWES l'image fort révélatrice de la « *Tour de Babel* »⁶⁰⁸. La codification du droit privé du Québec fut la solution envisagée et elle aboutit comme on le sait, à la promulgation en 1866 du code civil du bas Canada. Ce code qui s'inspire du Code Napoléon français a su aussi s'en démarquer. Il ne s'expose pas du tout à la critique qui a été formulée à maintes reprises vis-à-vis des lois de la « société dominante » par les autochtones qui les considèrent « étrangères » car ne possédant pas de « *connexion organique avec les institutions des sociétés autochtones* »⁶⁰⁹. Cette distance entre les différentes sources de droit viendrait aussi du fait que les règles de la société dominante sont « *écrites plutôt qu'intégrées à des écrits* ». ⁶¹⁰ De fait, les communautés autochtones ou traditionnelles se trouvent désavantagées lorsqu'elles tentent d'utiliser le droit anglo-américain afin de promouvoir ou simplement de défendre leurs intérêts. Cet état de fait, selon certains auteurs : « *les laisse avec l'impression que le « système » est contre eux. Pourtant, les blocages dont ils sont l'objet ne relèvent généralement pas de la discrimination raciste en tant que tel, mais plutôt de l'incapacité du droit anglo-américain, en tant que système, à entrer en relation avec l'oralité.* »⁶¹¹ La pyramide ici plus qu'ailleurs, anéantit toutes les règles et

avoir une solution, mais on ne sait pas laquelle » (Dictionnaire de la culture juridique D. Alland et S. Rials (dir.) Lamy Puf octobre 2003, v° lacunes et complétude.

⁶⁰⁷ Boy, L., « les normes », *Droit et société*, N° 2-1986, p.79.

⁶⁰⁸ Howes, D., De l'oralité et de la lettre de la loi, *Droit et Société*, N° 32-1996, p. 32 qui recense, entre autres sources possibles : des éléments de la loi romaine, certains articles de coutume de Paris, un assortiment d'édits royaux, l'ancienne jurisprudence française ainsi que les commentaires sur le droit français, les lois publiques, les lois commerciales et criminelles anglaises, un certain nombre de législations provinciales (Voir sur la description plus détaillée de cette pluralité de sources, Brierley, J.E.C., *Quebec civil law codification : Viewed and Reviewed* », Mc.Gill Law Journal, n° 14, 1968, p. 543-544 et 547-554).

⁶⁰⁹ Howes, D., De l'oralité et de la lettre de la loi, *Droit et Société*, précité p. 38.

⁶¹⁰ Toute la différence entre ces deux modes de perpétuation des règles de droit réside dans le fait que la première, la codification, fige la loi dans le texte alors que le fait d'être intégré à un écrit, laisse la loi libre. (Guedon, M.F., « *Dene Ways and the ethnographers culture* » in Young, D., et Goulet J.G., (dir) *Being changed by cross-cultural encounters*, Peterborough, Broadviews, 1994 ; Voir également McDonnell, R.F., « Contextualizing the investigation of customary law in contemporary Native communities », *Canadian review of Criminology*, n°34, 1992 .)

⁶¹¹ Howse, D., précité p. 39.

normes relevant de la source coutumière, s'il n'y a pas de lacune. Leur validité n'est ainsi pas acquise et elles sont mises à l'écart des systèmes dominants⁶¹².

2. La conformité de la règle ou de la norme coutumière au regard de la pyramide.

154. Le concept de pyramide implique un système « *hiérarchique, linéaire, arborescent* »⁶¹³. Les relations entre les différentes sources du même champ juridique doivent être maintenues dans leur rapport hiérarchique ou du moins harmonique. La pyramide des normes est de ce point de vue, une fidèle déclinaison de l'ordre juridique tel que le concevait Max WEBER, c'est-à-dire : un ensemble absolument homogène aussi bien au niveau formel et logique qu'au niveau matériel et axiologique. Un tel ensemble supposerait « *un système rigide de sources formelles, une absence totale d'antinomie, de lacune, la prégnance d'un seul système de valeurs.* »⁶¹⁴ Telle ne sera pas notre conception de la hiérarchie des normes en ce sens que l'harmonie dont nous parlons n'est nullement assimilable à une absence de contrariété. Cette dernière, dès lors qu'elle peut être résolue est considérée comme relevant du système dont elle vient souligner la capacité à s'auto-maintenir⁶¹⁵. Dans l'hypothèse où une telle contrariété ne saurait être résolue, l'effectivité des règles et normes relevant de la de source coutumière, en cas de contrariété aux dispositions hiérarchiquement supérieures, ne peut se concevoir que si l'on admet que celles-ci appartiennent à un autre champ juridique. Cette démonstration est pour partie faite lorsqu'on constate les oppositions qui existent dans les logiques, les caractéristiques, les catégories juridiques.

155. Pour appartenir au même champ juridique, il faut nécessairement qu'il existe une harmonie entre les différentes prescriptions. Le critère de l'harmonie entre les règles juridiques régissant le même champ est capital tant dans la conception que Santi ROMANO retient de l'ordre juridique que dans celle que le sociologue Pierre BOURDIEU propose du terme « *champ* »⁶¹⁶. Et pour remplir cette fonction de mise en harmonie, il est important de disposer d'un mécanisme de résolution des conflits pouvant émerger entre les différentes normes. L'harmonie qui découle de l'application d'un tel mécanisme de résolution de conflits n'est donc pas en soi synonyme de non contradiction entre les normes existantes.

⁶¹² Pour une adoption de l'expression, voir Hoekema, A.J., « La production des normes juridiques, par l'administration », *Droit et Société*, n° 27-1994, p. 317, où l'auteur, parle de systèmes juridiques « attaquant » ou « confortant » le droit officiel.

⁶¹³ Vogliotti M., « Les mutations dans le champ pénal contemporain : vers un réseau en droit pénal », *Rev. Sc.cr.* oct.-déc. 2002, p. 722.

⁶¹⁴ Bouraoui S., Ben Archour-Derouiche S., Belaid S., Laghmani S., « Mutations des systèmes juridiques, Note pour une modélisation » *Droit et Société*, n° 15 1990, p. 177.

⁶¹⁵ Jeammaud, A., *Des oppositions de normes en droit interne*, th. Lyon 1975.

⁶¹⁶ Cf. infra, chapitre 1^{er} titre 1^{er}.

Dans le cas des règles coutumières qui régissent les savoir-faire traditionnels, le problème est que l'absence de conformité donnant naissance à un conflit se résout toujours par l'éjection de la règle ou de la norme relevant de la coutume *contra legem* hors du champ de la juridicité étatique.

Un mécanisme en cycle fermé se dessine, qui met en cause les deux champs juridiques. La règle coutumière *contra legem* est éjectée du champ juridique marqué par les règles de la propriété intellectuelle, où elle était vouée à céder devant la loi. Le constat d'une telle pluralité juridique doit être dépassé au moins en ce qui concerne ses effets d'exclusion. Ainsi convient-il d'avancer l'idée d'une collaboration entre les différents champs juridiques au cours de laquelle, plus aucune idée de supériorité de la loi ne doit trouver place.

La notion de *relevance*⁶¹⁷ proposée par Santi ROMANO semble permettre d'envisager une telle collaboration des ordres juridiques différents sans aucune idée de hiérarchie. Pour l'éminent auteur Italien, « *se proposer l'analyse des rapports qu'entretiennent différents ordres juridiques revient à s'imposer celle de la relevance que chacun de ces ordres peut présenter pour les autres.* »⁶¹⁸ Il en résulte, poursuit l'auteur, que « *si un ordre juridique est irrelevante pour tel autre, cela signifie qu'il n'y a aucune relation entre eux* ». Mais pour qu'existe cette relation particulière de *relevance* juridique, il faut : « *que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre : cet ordre ne vaut pour cet autre ordre juridique qu'à un titre défini par ce dernier* »⁶¹⁹.

Une telle absence de hiérarchie ne permet cependant pas de résoudre la question d'une réhabilitation des normes et règles de source coutumière puisque l'intégration ne vaudra pour l'ordre étatique qu'à un titre défini par lui. Il faut, pour que le mécanisme de la *relevance* telle que conçu par Santi ROMANO fonctionne, une acceptation expresse de l'ordre juridique de destination. Ce qui signifie que l'on retrouvera les évictions et autres mises à l'écart dès que la contrariété se manifesterà à nouveau avec les prescriptions de l'ordre juridique de destination, une loi par exemple. Il convient alors de pousser un peu plus en avant cette dernière condition posée par l'auteur pour l'existence d'une *relevance*.

⁶¹⁷ La notion de *relevance* cependant ne saurait se confondre écrit l'auteur avec « l'importance de fait qu'un ordre peut avoir pour une autre [...] ». Ceci permet de faire la différence entre cette notion et celle plus sociologique de « raisons pratiques » que propose P. Bourdieu. De plus, il faut signaler que ce mot est la traduction du terme italien « *rilevanza* » que Santi a utilisé dans la version originale de son ouvrage parue en 1917. la traduction eut pu choisir le terme : « *pertinent* », mais celui-ci avait l'inconvénient de se transformer en « *impertinent* », terme jugé peu heureux.

⁶¹⁸ Romano, S., *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975, p. 106.

⁶¹⁹ *Ibid.*

Pour cela, posons l'hypothèse de l'égalité et de l'absence de hiérarchie qui doit en principe favoriser les interactions entre différents ordres juridiques. L'on a beau envisager une relation sans aucune idée de hiérarchie il faut encore qu'une telle relation soit possible selon le mécanisme et le fondement théorique envisagé.

La sanction en cas d'irrelevance est claire : il ne peut exister aucune relation entre les ordres juridiques en présence. Ceci signifie qu'il ne peut être envisagé aucune relation entre les différentes normes juridiques qui relèvent des deux champs juridiques en cause. Cette situation ne concerne pas les relations entre les objets de droit et les règles de droit qui elles ne se plient pas aux mêmes conditions d'existence. En effet les objets de droit sont susceptibles d'appréhensions multiples. Dans ce cas, seul le risque de la dénaturation de l'objet de droit pourra permettre à une vision finaliste du droit d'engager les deux champs juridiques en compétition dans une collaboration. Cette collaboration aura pour but de cerner de la façon la plus adéquate l'objet de droit. Tant qu'il s'agit de protéger et de régir les savoir-faire traditionnels à l'intérieur du seul système normatif et juridique traditionnel ou autochtone, on voit mal surgir un obstacle tenant à la conformité des règles avec le système juridique auquel par définition elles participent déjà.

155. En revanche, l'objet de droit que constituent les savoir-faire traditionnels présente à l'ordre juridique étatique, une série d'obstacles⁶²⁰ qui relèvent de la conformité. Ainsi en est-il de l'idée que les savoir-faire traditionnels sont « anciens » et qu'ils ne peuvent donc répondre aux normes de nouveautés et/ou d'originalité semble être l'obstacle principal qui empêche d'avoir recours aux systèmes classiques de propriété intellectuelle⁶²¹. Ainsi en Nouvelle-Zélande a-t-on pu rapporter le cas d'un homme d'affaires Maori qui n'était pas parvenu à obtenir une protection pour une méthode certes traditionnelles mais connue de tous et pour une plante qui poussait naturellement⁶²².

Le deuxième grand obstacle que présentent les normes traditionnelles de propriété intellectuelle le plus fréquemment mentionné semble être la nécessité d'identifier l'inventeur ou l'auteur de l'objet protégé.

⁶²⁰ Nous nous contenterons à ce stade de nos développements d'indiquer que parmi les autres limitations dont il a été fait état on peut citer la difficulté de quantifier les savoir-faire traditionnels, le fait qu'issu d'une élaboration publique et continue, les savoir-faire traditionnels ne puissent faire l'objet d'une propriété privée (Singapour) ; la nécessité de découvrir l'origine des ressources génétiques et des savoir-faire traditionnels éventuellement utilisés pour mettre au point les nouvelles inventions ; la nature holistique des savoir-faire traditionnels qui concerne tous les aspects de la vie de tous les jours des peuples autochtones et qui y sont tellement imbriqués qu'ils en deviennent facteur intégral d'identité.

⁶²¹ Une enquête organisée par le Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoir-faire traditionnels et le folklore, dont les conclusions figurent dans le document wipo/IC/3/7/ du 6 mai 2001 fait état de la difficulté de certains pays (Bouthan, Corée, Costa-Rica, Russie, France, Indonésie Japon, Norvège) à concilier les caractéristiques des savoir-faire traditionnels avec cette exigence de nouveauté et d'originalité..

⁶²² Document du Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoir-faire traditionnels et le folklore du 6 mai 2001 précité, p. 12§ 32.

Ces deux obstacles principaux sont suivis de près par deux autres qui sont plus spécifiques au droit de la propriété industrielle, au droit des brevets : l'exigence d'activité inventive ou de non-évidence et la nécessité de fournir une base scientifique suffisante pour toute demande⁶²³. La durée limitée de protection des systèmes modernes de propriété intellectuelle a été aussi relevée comme obstacle⁶²⁴ d'où la proposition brésilienne de considérer le droit à une protection du savoir-faire traditionnel comme : « *un droit inaliénable et imprescriptible* »⁶²⁵.

Les obstacles ci-dessus énumérés sont susceptibles d'une double lecture car en réalité, ils sont la manifestation d'une impossibilité d'échanges entre les différents ordres juridiques en présence. L'ordre juridique traditionnel se trouve incapable de partager avec l'ordre juridique étatique chargé de la sanction du droit des propriétés intellectuelles. Les contradictions se cristallisent autour des notions de savoirs anciens et exigence de nouveauté, inventivité et non évidence, durée de la protection requise.

Dans le même temps, l'ordre juridique étatique se montre totalement inapte à imposer les règles modernes de propriété intellectuelle dans les rapports qui peuvent se nouer au sein de la communauté traditionnelle. Ici tout laisse penser que nous sommes en présence d'une double irrelevance qui serait la traduction de l'hermétisme de ces deux champs juridiques que d'autres auteurs appellent encore « *étanchéité* »⁶²⁶.

156. La pluralité juridique est certes démontrée par la théorie de Santi ROMANO⁶²⁷, mais elle s'avère totalement stérile quant aux possibilités véritables

⁶²³ Cette insuffisance a trait au fait que les détenteurs de savoir-faire traditionnel ne disposent généralement pas des informations scientifiques qui leur permettraient d'obtenir une protection au titre des systèmes existants comme le système des brevets. Par exemple, les détenteurs de savoirs médicaux traditionnels savent comment préparer des extraits et des potions de façon uniforme et répétitive mais ils n'en connaissent pas les formules chimiques et ne sont pas en mesure d'isoler les molécules actives.

⁶²⁴ Lewinski (von) S. article précité, Propriétés intellectuelles, janvier 2005, p. 24.

⁶²⁵ Brésil (paragraphe 110 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov).

⁶²⁶ François L., *Le problème de la définition du droit, Introduction à un cours d'évolution de la philosophie du droit à l'époque contemporaine*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1978, p. 171. Ce que cet auteur considère comme une caractéristique de tout ordre juridique n'est selon F. Ost et M. de Van Kerchove (*De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*. op. cit. p. 199) qu'une situation exceptionnelle.

⁶²⁷ Faut-il rappeler que celui-ci, recherchant un statut pour l'ordre de l'église par rapport à l'ordre juridique de l'état, écrivait (*L'ordre juridique*, précité, p. 87 et 88): « *L'ordre de l'église et celui de chaque Etat pour les matières ecclésiastiques sont deux ordres distincts et différents dont chacun a sa sphère, ses sources, son organisation et ses sanctions propres. Ils ne forment pas ensemble une unité véritable. C'est donc improprement que l'on parle d'un droit ecclésiastique résultant de ce que ces deux ordres juridiques concurrents entrent de quelque manière en composition l'un avec l'autre* » (p.87). Poussant plus loin la déclaration d'une pluralité juridique, l'auteur déclare qu'« *il y a plutôt plusieurs droits ecclésiastiques, celui de l'église d'abord, puis celui des différents Etats. Entre les uns et les autres peuvent se présenter des coïncidences comme d'ailleurs des antinomies.* » (p.87) Et sur les relations possibles entre ces différents ordres juridiques il dit que « *chacun peut soutenir l'autre, le présupposer, le reconnaître, mais aussi le contredire et l'ignorer.* » (p.87) de sorte que finalement une telle situation aux yeux de Romano Santi, n'a rien de particulier puisqu'elle n'entraîne que « *des conséquences sinon identiques du moins analogues à celles qu'entraînent des relations semblables entre les ordres des différents Etats, ou entre ceux-ci et l'ordre international* » (p. 88).

de collaboration entre les ordres juridiques mis en évidence. L'idée de système demeure forte. Or, lors de la construction d'un concept commun, aucune idée de hiérarchie ne trouve place⁶²⁸. Une fois élaborée, la notion juridique emprunte à son vecteur, l'autorité qui sera la sienne dans le système juridique formé. Cette place est garantie par le juge qui la réaffirmera lors des divers contentieux qui ne manqueront pas de se présenter à lui. Si l'on garde à l'esprit qu'un système, c'est avant tout « *la disposition des différentes parties d'un art ou d'une science dans un ordre où elles se soutiennent mutuellement, et où les dernières s'expliquent par les premières* »⁶²⁹ il est plus aisé de se rendre à l'idée que les exclusions mutuelles sont le fruit d'un raisonnement en termes de hiérarchie dont il faut un tant soit peu se départir. Un système juridique nous semble être davantage un ensemble coordonné qu'un ensemble hiérarchisé. La vérification de la conformité des règles coutumières avec celles de l'ordre juridique étatique est l'épreuve ultime que ne parvient pas à franchir le système pyramidal, même secouru par la méthode de la relevance. Cette dernière, loin de proposer une solution à l'obstacle, semble plutôt le souligner. Il est ainsi possible distinguer trois étapes.

Dans un premier temps, la règle coutumière *contra legem*, c'est-à-dire celle qui a franchi l'étape de la validité mais qui se trouve non conforme, est privée d'effectivité. Elle est ainsi rejetée dans un autre champ juridique. Dans un deuxième temps, la relevance objective qui lie le champ juridique marqué par les mécanismes de propriété intellectuelle aux savoir-faire traditionnels rend nécessaire la collaboration inter-normative qui fera appel à la règle coutumière qui était précédemment éjectée⁶³⁰.

Dans un troisième temps, la relevance objective deviendra alors le vecteur d'une collaboration sans idée de hiérarchie entre les sources provenant de deux champs juridiques différents. La notion issue de la collaboration pourra emprunter son autorité au vecteur de sa formalisation.

Cette proposition théorique n'est pas partagée en l'état actuel par la doctrine et les différentes institutions internationales et traditionnelles qui de ce fait, ont effectué diverses tentatives de dépassement de l'obstacle.

⁶²⁸ C'est ici presque un retour à l'idée que se faisait Gurvitch du pluralisme juridique dans les années 1930 : « *pluralisme de différents ordres juridiques se limitant réciproquement dans leur interdépendance et collaborant sur un pied d'égalité dans la vie nationale* », Gurvitch G., *L'Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935.

⁶²⁹ Condillac, *Traité des systèmes*, OC, I, p. 121. Les fruits d'une telle définition pour la pensée juridique sont fort bien présentés par le Professeur Terré (Introduction Générale au droit, Précis Dalloz, 4ème éd. 1998, p.38).

⁶³⁰ On se rapprocherait dans cette perspective de ce que F. Rigaux (*La théorie de limites matérielles à l'exercice des fonctions constituantes*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 270) a pu appeler « la structuration réticulaire de la normativité » dénonçant par là « l'inaptitude de toute perspective hiérarchique à exprimer la réalité des rapports de compénétration entre ordres normatifs distincts ».

Paragraphe 2. Les tentatives de dépassement de l'obstacle.

157. Plusieurs États membres de l'OMPI⁶³¹ et de nombreux peuples autochtones et communautés traditionnelles qui appliquent un système juridique coutumier préconisent une meilleure reconnaissance et une plus grande utilisation des lois et protocoles coutumiers dans la formulation des méthodes et systèmes de protection des savoir-faire traditionnels techniques. Une telle demande est instamment faite par la doctrine unanime. Ces tentatives d'émancipation de la source coutumière ont pris des formes diverses. Elles ont toutes en commun de s'attacher à résoudre les effets indésirables de l'ordonnement juridique tel qu'il se déploie dans le droit positif.

A vouloir traiter le symptôme, le diagnostic n'a pas été posé et les réponses apportées constituent un ensemble de solutions fragmentaires (A). Le fondement théorique d'une réhabilitation reste à trouver (B).

A. Les propositions fragmentaires.

Une tentative d'imposer l'application des règles coutumières ne semble pas convenir. Les voies incitatives se prêtent mieux à la recherche de l'efficacité.

1. La voie faussement autoritaire.

158. Pour annuler les effets de cette sorte de « *cloison de verre* »⁶³² il est possible de préconiser la pleine application des lois coutumières à toutes les questions concernant l'acquisition, le maintien en vigueur et l'application de droits sur les savoir-faire traditionnels, y compris par des parties extérieures⁶³³ à la communauté, ainsi que pour le règlement des litiges pouvant en découler⁶³⁴. Cette situation est à la fois pour le Dr Von LEWISKI souhaitable et irréalisable⁶³⁵. Ce serait

⁶³¹ Le groupe des pays d'Asie et du Pacifique (§. 22 du document WIPO/GRTKF/IC/1/13), le groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC3/15) et d'autres.

⁶³² Par analogie avec le concept de « plafond de verre » utilisé en Sociologie.

⁶³³ En principe exclues du domaine d'application des protocoles coutumiers (Voir en ce qui concerne par exemple les indiens d'Amérique **Cooter R., et Fikentsher W.**, « Indian Common Law : The role of custom in american indian tribal court », *American Journal of Comparative Law*, 1998, vol. 46, n° 3, p. 395.

⁶³⁴ Selon une telle opinion presque exclusivement représentée par les communautés autochtones et/ou traditionnelles, les litiges à cet égard pourraient, par exemple, être exclusivement du ressort d'autorités, cours de justice, institutions coutumières ou autres instances indigènes ou tribales.

⁶³⁵ **Lewinski (von) S.**, « Le folklore, les savoirs traditionnels et les ressources génétiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle », *Propriétés Intellectuelles*, Janv. 2005, N° 14 p. 28

pourtant, la prise en compte du fait que dans la plupart des cas il existe une protection très spécifique au sein des communautés indigènes sur la base de leur droit coutumier.

Sauf à faire ici recours à la volonté politique et à l'action du législateur pour intégrer dans une loi, les règles qui découlent de la coutume, on voit difficilement comment de telles règles peuvent s'appliquer dans des situations présentant un élément d'extranéité par rapport à la communauté traditionnelle. En fait, une telle proposition n'est pas réalisable dans un système de type romano-germanique sans une consécration législative ; et alors il ne s'agira plus d'application de règles coutumières mais tout simplement d'application de la loi. L'on retomberait là sur la différence fondamentale entre : les «*règles coutumières écrites* »⁶³⁶ et les «*règles coutumières intégrées à des écrits* »⁶³⁷ que nous évoquions plus haut dans nos développements.

2. La voie incitative.

159. Une autre façon de promouvoir la réhabilitation de la source coutumière a consisté à susciter un plus grand respect pour les lois indigènes et coutumières dans les communautés, en particulier parmi les jeunes. L'ignorance des lois et pratiques coutumières qui régissent les systèmes de connaissance et les expressions artistiques indigènes est vue dans certains cas comme une menace significative pour leur perpétuation, leur développement. Les mesures ainsi visées devraient, aux dires de leurs promoteurs, contribuer à une plus forte adhésion au sein des communautés à l'égard des lois coutumières et renforcer la reconnaissance et l'efficacité de celles-ci à l'intérieur de la communauté mais aussi vis-à-vis de l'extérieur. C'est là, à notre avis, que la méthode montre ses limites car totalement repliée sur elle-même. Elle se place dans un protectionnisme qui contribuera plus encore à la marginalisation des règles coutumières relatives au savoir-faire traditionnel. Une telle mesure peut constituer un élément d'un dispositif plus général. Elle ne saurait se suffire à elle seule.

Pour l'heure, la réflexion mène à une sorte de déclaration générale qui néanmoins met le doigt sur un ressort théorique dont nous analyserons l'importance plus loin dans nos développements⁶³⁸. Récemment encore, il a été proposé⁶³⁹ d'«*intégrer autant que possible les lois coutumières dans les systèmes de propriété intellectuelle en ce qui concerne la protection des savoir-faire traditionnels, (...) en*

⁶³⁶ Howes, D., De l'oralité et de la lettre de la loi, *Droit et Société*, précité p. 38.

⁶³⁷ *ibidem*

⁶³⁸ Lorsque nous parlerons de la jurisprudence comme ressort organique de la réhabilitation de la source coutumière.

⁶³⁹ Document WIPO/GRTKF/IC/10/6 du 02 Octobre 2006, p.4.

*faisant référence aux lois coutumières pour l'interprétation et l'application des lois de propriété intellectuelle à leur égard et pour statuer sur certaines questions de droit ou de fait*⁶⁴⁰ »⁶⁴¹. Cette proposition semble vouloir confier au juge, un rôle important dans le mécanisme de réhabilitation de la source coutumière. C'est la méthode suivie jusqu'à présent dans les systèmes *sui generis* existants de protection des expressions culturelles traditionnelles et savoir-faire traditionnels qui font référence au droit coutumier. Participe de la même idée, la volonté d'examiner les points de friction ou contradiction entre les lois coutumières et les lois de propriété intellectuelle classiques et chercher à les supprimer ou à les aménager de sorte que les droits et responsabilités coutumiers soient pris en considération. S'il en était besoin l'on pourrait tirer de ces lignes, la réaffirmation, pour l'instant malheureusement stérile, de la nécessité de construire un fondement théorique à la médiation entre les champs juridiques coutumier et moderne. Il est possible de rechercher plus avant, ce besoin de fondements théoriques solides.

160. La recherche de fondements théoriques solides⁶⁴² est rendue encore plus utile par la présence de contingences qui débordent largement le seul cadre de la juridicité. Cette pluralité d'influences dont il serait vain de rechercher la cohérence⁶⁴³ dans le cadre de cette étude, souligne la nécessité d'un cadre théorique clair en droit. Quoiqu'il en soit, les éléments du défi théorique⁶⁴⁴ sont désormais connus.

La reconnaissance du droit coutumier soulève des questions de droit international privé et de chevauchement entre lois coutumières et lois de propriété intellectuelle classiques⁶⁴⁵.

Ce qui a été présenté comme un défi politique est en fait l'illustration d'un manque de lisibilité théorique en droit.

En effet le Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoir-faire traditionnel et le folklore a pu encore récemment⁶⁴⁶

⁶⁴⁰ C'est nous qui soulignons.

⁶⁴¹ On peut prendre l'exemple d'une loi relative aux savoir-faire traditionnels qui conférerait certains droits aux dépositaires traditionnels. Le juge pourrait se référer au droit coutumier pour déterminer l'identité de ces derniers et trancher les litiges entre revendications concurrentes.

⁶⁴² Voir par exemple les résultats du questionnaire OMPI de 2001, dans le "Rapport final sur l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore" (document WIPO/GRTKF/IC/3/10).

⁶⁴³ Elles relèvent avant tout d'un champ disciplinaire différent et surtout elles dépendent d'une volonté politique à laquelle l'on ne peut tout au plus qu'inciter par la proposition d'une lecture cohérente et claire en droit.

⁶⁴⁴ C'est encore ce que le Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoir-faire traditionnels et le folklore appelle les questions de « fond d'ordre juridique ou conceptuel »

⁶⁴⁵ Il se pourrait par exemple que des lois coutumières et des lois de propriété intellectuelle contradictoires s'appliquent simultanément au même objet.

⁶⁴⁶ Lors de sa sixième session de mars 2004

s'inquiéter de ce que : « *la reconnaissance des lois indigènes et coutumières dans un système juridique quel qu'il soit est liée à la reconnaissance des droits culturels et collectifs historiques des peuples autochtones et des communautés culturelles qui ont un régime coutumier* » puisse correspondre à la nécessité de répondre à « *la question de savoir dans quelle mesure le pluralisme culturel, y compris le pluralisme des systèmes juridiques, peut être accepté* »⁶⁴⁷. C'est dire si la tâche paraît encore ardue. D'autres interrogations qui sont plus décisives dans la recherche d'un fondement théorique à la réhabilitation de la source coutumière dans les systèmes de type romano-germanique méritent d'être formulées⁶⁴⁸.

Il s'agit de celles touchant à l'application du droit coutumier au-delà de sa sphère traditionnelle. En effet, comment les systèmes coutumiers traditionnels s'appliqueraient-ils à des personnes extérieures à la communauté, qui par définition, ne leur sont pas soumises? Comment les systèmes coutumiers, qui sont locaux, seraient-ils reconnus et appliqués dans le cadre des systèmes de protection régionaux et internationaux? Telles sont les questions que la simple liberté contractuelle ne peut permettre de dépasser⁶⁴⁹ et pour lesquelles d'autres ressorts théoriques doivent être mis en jeu.

Ainsi, selon que l'on se place sur l'un ou l'autre fondement de l'éviction, et face aux échecs des tentatives de contournement, il faut imaginer deux modes de réhabilitation différents de la règle coutumière qui peuvent se combiner et/ou se compléter.

B. Le recours à la conception réticulaire du droit.

Ils passent par un changement de paradigme que viendra soutenir le rôle du juge. C'est en somme un remodelage systémique par le concept de réseau (1) qu'il faudra optimiser par le rôle de l'organe juridictionnel (2).

⁶⁴⁷ Document WIPO/GRTKF/IC/6/INF/3 § 35.

⁶⁴⁸ Le Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques, les savoir-faire traditionnels et le folklore a approuvé (notamment dans les WIPO/GRTKF/IC/3/10 et WIPO/GRTKF/IC/3/17) la réalisation d'une étude de cas sur les lois et protocoles coutumiers d'une communauté autochtone ou locale en rapport avec la protection des expressions du folklore; elle doit traiter de manière spécifique de leur relation avec le système officiel de propriété intellectuelle et comporter des conclusions intéressantes sur celui-ci.

⁶⁴⁹ Une telle liberté contractuelle retrouve sa vocation à faciliter les contacts entre différents champs juridiques une fois que les sources de chacun auront été harmonisées dans une collaboration constructive qui est l'objet du titre 2 de la présente partie. Voir pour une démarche en sens inverse, Bellivier, F., Noiville, C., *Contrats et Vivant*, précité, spec.248 et s.

1. Le ressort systémique : le concept de droit en réseau

161. C'est ici le lieu de donner corps à la prise en compte de la variété des sources du droit pour favoriser principalement une « *circularisation des coutumes et de la loi.* »⁶⁵⁰ S'il a été jugé : « *capital de réaliser un coutumier qui servirait de base à la communauté [noir-marron] et de référence aux instances administratives et judiciaires,...* » c'est pour pouvoir, « *...dans la vie passive*⁶⁵¹, *pratiquer et perpétuer les droits coutumiers, et dans la vie active*⁶⁵², *intégrer le droit commun du pays.* »⁶⁵³

« *Les prophéties des grands comparatistes sur l'unification du droit des nations et au delà, du droit des peuples sont en passe de se réaliser, voire d'être dépassées* », affirme le Pr. ZENATI⁶⁵⁴. Sans vouloir à tout prix aboutir à une unification, il est utile de poser les jalons d'une collaboration entre les différents champs juridiques concernés par les savoir-faire traditionnels. Ceci requiert une conception réticulaire des normes ayant vocation à s'appliquer aux savoir-faire traditionnels. Pour cela, il convient de cerner d'abord le concept de réseau en droit avant d'en analyser les conséquences sur les sources du droit dans les systèmes de type romano-germanique.

162. Le droit en réseau est le résultat non encore abouti d'un processus qui appelle à la modestie en droit, face aux réalités techniques. Ces dernières semblent avoir largement contribué à l'élaboration de l'outil conceptuel de réseau dans les sciences sociales en général. En effet le développement des technologies de l'information à la fin des années 1980 et au début des années 1990 a révélé les ressorts de l'organisation en réseau. L'internet qui en est l'illustration la plus réussie⁶⁵⁵ et la plus performante n'a pas tardé à inspirer la doctrine juridique qui a trouvé là, un outil adéquat pour appréhender les réalités de plus en plus complexes

⁶⁵⁰ Cf. « Programme d'activité 1999 » du Conseil Départemental d'aide juridique de Guyane adopté le 14 juillet 1998, notamment l'objectif de compilation des coutumiers, avec l'appui des ethnologues et avec la collaboration des organisations autochtones et traditionnelles.

⁶⁵¹ C'est-à-dire les situations purement internes.

⁶⁵² C'est-à-dire les situations mixtes ou encore celles présentant des éléments d'extranéité par rapport à la communauté.

⁶⁵³ Cf. « Témoignage de la communauté des noirs-marrons » présenté par G. Fosse au nom de « l'Association SOS Noirs- Marrons » in L'accès au droit en Guyane, pp. 105-107 Ed. IBIS ROUGE.

⁶⁵⁴ Zenati, F., « l'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », D., 2002, n°1, p. 15. L'auteur y présente le marché comme vecteur structurel et sève nourricière du droit qui aspire plus que jamais les ordres juridiques vers le décloisonnement. Cette acception présente l'avantage de la réalité car la valeur des choses et leur vocation à être objet de commerce fait tomber les barrières juridiques faites de spécificités et de protectionnisme.

⁶⁵⁵ Le dictionnaire Petit Robert le définit comme « le réseau mondial des réseaux télématiques utilisant le même protocole de communication » V° le mot p.1343. Pour des informations complémentaires et un premier bilan du développement de l'internet en France, V° Autorité de régulation des télécommunications, Dossier internet 1er bilan, mai 2002.

vis-à-vis desquelles les outils habituels de la pensée juridique s'étaient résolus, soit à entretenir une « *amnésie consciente* »⁶⁵⁶ soit, à adopter une attitude autoritaire de dénégation⁶⁵⁷. Après avoir été obligés de prendre la mesure des bouleversements dans les différentes branches du droit⁶⁵⁸, et sous divers horizons⁶⁵⁹. Ils étaient nombreux selon H. BAKIS, « *les chercheurs relevant de différentes disciplines des sciences sociales qui sont persuadés que l'analyse des réseaux offre un véritable paradigme* »⁶⁶⁰. La valeur paradigmatique de la figure du réseau s'est depuis confirmée, au point de faire dire à certains auteurs que : « *la notion de réseau (...)se trouve maintenant au coeur d'un nombre élevé, et d'ailleurs assez diversifié, de travaux théoriques ou empiriques relevant de plusieurs disciplines, au point que les promoteurs de ces développements n'hésitent pas à parler d'un nouveau paradigme* »⁶⁶¹.

163. En effet, le mécanisme technique était séduisant du fait qu'il ne laisse qu'une place marginale à la hiérarchie. Il était d'autant plus attrayant qu'il pouvait sans contradiction être considéré comme fermé⁶⁶² ou ouvert⁶⁶³. Le fait de pouvoir envisager un réseau fermé a constitué un élément facilitateur de l'adoption du paradigme par une partie de la doctrine juridique qui avait quelques difficultés à adopter un univers sans clôture. Dans ce sens H. BAKIS a fort justement relevé la contradiction qui, selon lui, réside dans : « *l'existence concomitante d'un réseau hiérarchisé et l'idée que le réseau serait un espace de liberté maximum dans un*

⁶⁵⁶ C'est nous qui qualifions.

⁶⁵⁷ Consistant à éjecter hors du champ de la juridicité toute réalité qui participait d'une logique différente, contraire.

⁶⁵⁸ Nous cantonnerons notre propos au droit de la propriété intellectuelle qui a subi toute une série « d'incidences du numérique », notamment les droits d'auteur que se sont vus propulsés dans la « société de l'information ». Il convient aussi de rapporter les propos de **Bourcier D., Hassett H., et Roquilly C.**, in *Droit et intelligence artificielle : Une révolution de la connaissance juridique*, Paris, Romillat, coll. Droit et technologies, 2000, p. 13 où les auteurs, dans une formule de « constat-prédiction » remarquent que « *l'utilisation des technologies va avoir des incidences directes sur nos concepts juridiques les plus traditionnels* ».

⁶⁵⁹ Pour les Etats-Unis citons une étude pionnière en la matière : Intellectual Property and the National Information Infrastructure (NII), The report of the working group on intellectual property rights, information infrastructure and the national Task force, sept. 1995. V° aussi B. Lehmann, Intellectual property and the national and global information infrastructures, in *The future of copyrights in a digital environment*, P. B. Hugenholtz (dir) Kluwer, 1996, p. 103-109. La NII est un programme lancé par le Président Clinton au début de l'année 1993 qui vise à mettre en place un super réseau télématique ouvert à tous les citoyens américains et qui leur donnerait accès à la connaissance à travers un ensemble de services multimédia alliant textes, sons, images fixes ou animées.

⁶⁶⁰ **Bakis, H.**, *Les réseaux et leurs enjeux sociaux*, Paris PUF 1993, p. 8.

⁶⁶¹ **Boltanski L., et Chiappello, E.**, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, p. 208.

⁶⁶² L'intranet qui est un réseau informatique interne, utilisant les techniques d'internet accessibles aux seuls membres d'un même groupe.

⁶⁶³ L'internet répond à cette définition spatiale du réseau car elle est l'illustration la plus parlante du maillage de l'entrelacement qui fait le réseau. Il est aussi, avec ses 2 millions de serveurs (que l'on peut considérer ici comme des nœuds de fils) et ses 40 millions d'ordinateurs qui sont autant d'accès libres et ouverts pour les 200 millions personnes qui utilisent la toile.

ensemble aux contours mal définis, sans stabilité dans le temps, et le contraire de toute structure organisée. »⁶⁶⁴

Pourtant, le terme est d'utilisation ancienne et son étymologie nous renseigne sur son utilité conceptuelle. En effet, le terme réseau dérive du latin *rétis* qui renvoie à l'idée de filet, d'entrelacs et de toile⁶⁶⁵. Le terme est utilisé au 17^{ème} siècle pour désigner l'entre croisement de fibres textiles ou végétales. Il faisait référence à une sorte de tissu de fil végétal ou de soie. L'image qui émerge de l'utilisation de ce terme est celle « *d'un maillage constitué de fils et de nœuds* »⁶⁶⁶. Une telle métaphore qui se révélera opérante pour la théorie juridique doit être maintenue hors de certaines acceptions du terme qui y voient par exemple en matière de télécommunications classiques : « *un ensemble des lignes, des voies de communication, des conducteurs électriques, des canalisations, etc., qui desservent une même unité géographique ou qui dépendent d'une même compagnie* »⁶⁶⁷. Aussi, convient-il plus en matière de communication de le définir comme « *un ensemble d'ordinateurs et de terminaux interconnectés pour échanger des informations.* »⁶⁶⁸ Le terme réseau étant déjà une image, il faut éviter qu'il se transforme en un véritable « *sac à métaphores* »⁶⁶⁹.

Pour notre part nous adhérons à la position des professeurs OST et van de KERCHOVE qui, renonçant à multiplier au-delà du raisonnable les illustrations et autres définitions spécieuses du terme réseau⁶⁷⁰, en ont circonscrit positivement et négativement la signification. Il convient ainsi de retenir que positivement : « *le réseau constitue une trame ou une structure composée d'éléments ou de points souvent qualifiés de nœuds ou de sommets, reliés entre eux par des liens ou liaisons, assurant leur interconnexion ou leur interaction et dont les variations obéissent à certaines règles de fonctionnement.* »⁶⁷¹ Une telle définition de la notion de réseau se révèle être une véritable construction conceptuelle car elle met en cohérence divers éléments venus de différents horizons⁶⁷². Elle paraît peu accessible si elle ne se complète d'une approche négative.

Négativement, il est souligné qu' « *à la différence de la structure d'un système et certainement d'une structure pyramidale, arborescente ou hiérarchique, dans un réseau aucun point n'est privilégié par rapport à un autre,*

⁶⁶⁴ Bakis, H., précité, p. 5

⁶⁶⁵ Chazaud, H. *Dictionnaire des synonymes*, les Usuels du Robert, 1989, p. 417.

⁶⁶⁶ Ost F. et M. van de Kerchove, De la pyramide au réseau ?, précité, p. 23.

⁶⁶⁷ Dictionnaire Le Robert, 2001V° le mot sens 5.

⁶⁶⁸ Ibidem sens 7.

⁶⁶⁹ Musso, P., Télécommunication et philosophie des réseaux. La postérité paradoxale de Saint-Simon, Paris, PUF, 1997, p. 36.

⁶⁷⁰ En application judicieuse du rasoir d'OCCAM.

⁶⁷¹ Ost, F. et Van de Kerchove, De la pyramide au réseau ? précité p. 24.

⁶⁷² Ainsi les termes « trame » « interaction » et « interconnexion » sont empruntés entre autres à la doctrine de Bakis ; celui de « structure », à P. Musso (précité p. 42) et aux travaux de M. Castells (La société en réseau, t. 1, L'ère de l'information, Paris, Fayard, 1998, p. 526) et celui de « règle de fonctionnement » à Musso (précité p.42).

aucun n'est univoquement subordonné à tel ou tel. »⁶⁷³ Il faut ajouter dans cette tentative de cerner le concept de réseau par la négative qu'il n'implique aucune forme de clôture .

Le concept juridique de réseau semble ainsi comprendre cinq caractéristiques essentielles : Un ensemble ouvert et en constante expansion, une absence de hiérarchie entre les normes, des nœuds ou sommets qui communiquent par des liens, des interactions entre les nœuds, des règles de fonctionnement communes à l'ensemble. Nous nous proposons de les regrouper en deux selon qu'ils concernent les éléments constitutifs ou les rapports de fonctionnement.

Les éléments constitutifs sont : des nœuds et des liaisons.

Les rapports dans le fonctionnement quant à eux, doivent être envisagés selon qu'ils sont purement internes ou qu'ils impliquent un échange avec l'extérieur.

Les rapports purement internes : interactions entre les nœuds, absence de hiérarchie entre les nœuds et règles de fonctionnement communes à l'ensemble des nœuds.

Les rapports interne-externe : ouvert⁶⁷⁴ à condition de pouvoir communiquer, de partager les mêmes codes de communication.

Il faut noter ici que l'ouverture dont il s'agit ne peut que difficilement constituer une cause d'anarchie dans le réseau puisqu'elle est en fait assez relative et conditionnée à l'adoption de codes communs. Nous devons ici partager, et pour d'autres raisons, la quiétude du Pr. ZENATI qui, face à une crainte de dilution voire de déperdition des fondements du système juridique romaniste qui s'ouvre à la mutation, se montre rassurant en certifiant que cette : « *conception (...) du droit est trop profonde pour souffrir de simples aménagements. Son dépassement, affirme-t-il en parlant du système juridique de civil Law, est sans doute à l'ordre du jour du fait de la crise que son système de sources traverse, mais il est peu probable qu'il soit l'occasion d'une acculturation.* »⁶⁷⁵

Les effets de la crise du système de sources ne sont plus à constater en matière de savoir-faire traditionnels. Un changement de perspective peut nous permettre de dépasser cette crise.

⁶⁷³ Ost, F. et Van de Kerchove, De la pyramide au réseau ? précité p. 25.

⁶⁷⁴ Le réseau est susceptible de s'étendre à l'infini, intégrant des nœuds nouveaux tant qu'ils sont capables de communiquer au sein du réseau, tant qu'ils partagent les mêmes codes de communication.

⁶⁷⁵ Zenati F., précité, p. 16 et p. 21 où l'auteur précise sa pensée en déclarant que « les systèmes romano-germaniques sont des droits trop structurés et trop évolués pour être balayés sous l'effet d'un phénomène d'acculturation, un tel phénomène pouvant tout au plus les infléchir ».

2. Le décloisonnement par l'application du concept de réseau.

164. Pour Le Pr. DELMAS-MARTY : « *Le droit doit être considéré aujourd'hui comme un système de ressources ouvert. Il n'est pas intangible mais flexible, pas instrumentalisé par l'Etat mais également instrument de domestication de l'Etat par des groupes et des forces issus de la société civile* »⁶⁷⁶. Proposition sentencieuse, peut-être, profession de foi, aurait-on aussi pu dire. Pourtant, cette déclaration à laquelle se rallie une part de plus en plus considérable de la doctrine⁶⁷⁷ convie à donner un contenu plus dynamique à ce que tous s'accordent à appeler pluralisme juridique. En effet, la reconnaissance d'un pluralisme juridique est le constat d'un espace cloisonné où pourtant des règles et normes provenant de divers compartiments sont appelées à interagir. De fait, le droit qui est la somme de tous ces compartiments devient-il un espace de transhumance normative. Ni les ordres juridiques, ni les sources respectives de ces divers ordres juridiques ne semblent en mesure de retenir les normes et règles qu'ils émettent. La décision d'importer ou d'appliquer une règle ou une norme relevant d'un autre ordre juridique échappe totalement à ce dernier. Elle est bien souvent le résultat de l'application de la règle de conflit de l'ordre juridique saisi. Il suffit pour s'en convaincre d'observer rapidement la réaction des différents ordres juridiques quand des situations privées qui leurs sont présentées contiennent un ou plusieurs éléments d'extranéité, spécialement quand il y a conflit de lois.

165. Il est temps de faire évoluer la distinction entre « *systèmes ouverts* » et « *les systèmes fermés* » qui a notamment permis à René David⁶⁷⁸ de procéder à la classification des grands systèmes de droit contemporains en les ventilant principalement entre systèmes romano-germaniques fermés⁶⁷⁹ et systèmes de *common law* ouverts.

L'application du concept de réseau aux savoir-faire traditionnels demande que l'on fasse une distinction entre d'un côté, la règle ou la norme et de l'autre, la source de la norme. On pourra ainsi comprendre la véritable nature des relations qui

⁶⁷⁶ On peut se référer ici entre autres, à la possibilité dessinée par le Professeur Mireille Delmas-Marty (*Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, essais, 1998) : « d'un droit commun pluraliste, construit par ajustements successifs, au terme de débats où la raison apparaît moins comme le fondement philosophique que comme outil de justification et de dialogue »

⁶⁷⁷ Les promoteurs entre autres du droit de la régulation et du concept de gouvernance. Voir pour ce dernier concept : Paquet G., *Le droit à l'épreuve de la gouvernance*, Centre d'études en gouvernance Université d'Ottawa, Notes pour une allocution au colloque Evolution des systèmes juridiques, bi-juridisme et commerce international 2000 qui s'est tenu à Ottawa les 20-21 octobre 2000. Voir aussi : Belley J.G., *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville 1998, Les Editions Yvon Blais Inc.; Belley J.G., "Gouvernance et démocratie dans la société neuronale" in C. Andrew et Cardinal (dir), *La démocratie à l'épreuve de la gouvernance*. Ottawa 2000, Les Presses de l'Université.

⁶⁷⁸ David, R., *Les Grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1974.

⁶⁷⁹ Ou encore systèmes de *civil law*.

devront exister entre les éléments de la source coutumière qui auront vocation à contribuer à la création d'une notion cohérente.

L'on pourra ainsi se rendre compte de la véritable place des sources du droit dans la conception du droit en réseau, car en réalité, le réseau fait émerger un espace d'internormativité dont toutes les sources semblent exclues pour se retrouver satellisées.

a. Le réseau, un espace d'internormativité.

166. Le concept d'internormativité classique a été forgé dans le moule du monisme juridique et il va cependant devoir embrasser l'univers pluraliste des savoir-faire traditionnels.

Nous devons le concept d'internormativité au Doyen CARBONNIER⁶⁸⁰ qui le définit comme : « *l'ensemble des phénomènes constitués par les rapports qui se nouent et se dénouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes.* »⁶⁸¹ Cette définition pose le principe de l'internormativité qu'il convient de retenir tout en le nettoyant d'une caractéristique qui ne lui est pas essentielle et qui est plutôt due à la position de l'école de sociologie législative que le Doyen CARBONNIER a longtemps dirigée. Cette école réfute en effet la thèse de la plurisystème juridique. Il n'existe pour elle qu'un droit et des phénomènes non-juridiques. La fameuse notion de non-droit⁶⁸² développée au début des années 60 établissait une zone où le droit était inexistant. En prenant appui sur des constats sociologiques qui établissaient des zones où le droit n'entre pas ou ne pénètre que fort peu, CARBONNIER a finalisé dans son ouvrage de référence « *Flexible droit* »⁶⁸³ l'opposition entre droit et non-droit. Cette distinction est cependant loin de faire l'unanimité au sein de la doctrine⁶⁸⁴. Il n'en demeure pas moins qu'elle fonde l'existence d'une entité juridique en dehors de laquelle plus rien n'est droit.

⁶⁸⁰ Carbonnier J., « Les phénomènes d'internormativité » in *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, pp. 42-52 ; *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978, p. 185-186 ; *Flexible droit*, 7ème édition, Paris LGDJ, 1992. La notion d'internormativité a reçu un accueil particulièrement favorable au sein de la doctrine canadienne où Le professeur Jean-Guy Belley deux ouvrages : *Le droit et l'internormativité*, ed. Univ. Laval, Québec, 1993 et *Le droit soluble, contributions Québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996.

⁶⁸¹ Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris LGDJ, 1993 p. 313, V° internormativité.

⁶⁸² Dont la théorie a été ébauchée aux *Archives .Ph. D.*, 1963, Sirey, pp. 55 et s.

⁶⁸³ Carbonnier J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8ème édition v° droit et non-droit pp. 9-83.

⁶⁸⁴ L'attaque la plus frontale a été portée par la Pr. Alain Sériaux (*RRJ*. 1995-1, P. 13 et s) dans un article dont le titre : *Question controversée : la théorie du non-droit* » traduit mal la virulence des termes de la critique adressée à la théorie de Carbonnier. Il faut noter que l'auteur finit sa critique par la déclaration suivante : « Alors, Flexible droit, Que nenni ! Droit perversi : perverted Law ». Voir, pour une étude moins passionnée : M. Douchy « la notion de non droit » (*RRJ* 1992, p. 433 et s.)

Ainsi, même si l'on octroie à ces phénomènes « non-juridiques » une force normative, ils ne sont pas pour autant acceptés dans la sphère juridique. Comment expliquer alors qu'ils puissent intervenir sur des objets qui sont par ailleurs régis par le droit ? Comment prendre en compte cette influence normative extérieure ? Comment prendre en compte toutes ces situations de fait dues à des lacunes de règles juridiques qui sont portées socialement ou contentieusement à l'attention des juristes ? C'est à ces questions que semble, à notre avis, avoir répondu le concept d'internormativité. Il a connu un fort succès dû à la complexification du droit et surtout aux influences diverses qui président désormais à l'édiction des normes juridiques nouvelles et à la naissance de concepts juridiques nouveaux. Pour le Pr. POILLOT-PERUZZETTO par exemple : « *la multiplication des sources dans l'ordre communautaire (droit des traités, règlements, directives, arrêts de la cour), l'intégration d'un niveau intermédiaire entre ordre national et international, la montée en puissance de la société civile, et la reconnaissance parallèle de ses pratiques, la reconnaissance progressive par l'ordre communautaire de l'autonomie de la volonté, au moins en droit des sociétés et en droit des contrats, multiplient les normes à prendre en compte et le champ de l'internormativité.* »⁶⁸⁵

167. Il semble que la majorité de la doctrine qui a repris les travaux du Doyen CARBONNIER et de l'école de sociologie législative sur le concept l'internormativité, qu'elle soit française⁶⁸⁶ ou étrangère⁶⁸⁷, n'ait envisagé ce concept que dans une optique de pluralisme normatif, considérant ainsi que celui-ci était plus général et plus englobant que le concept de pluralisme juridique. Cette position que l'on observe encore aujourd'hui dans la doctrine présente l'avantage de n'avoir pas à prendre position préalablement entre monisme et pluralisme juridique. L'internormativité ainsi conçue se rapproche bien plus de l'interdisciplinarité. En

⁶⁸⁵ Poillot-Peruzzetto S, La diversification des méthodes de coordination des normes nationales, Octobre 2003 p.2, <http://www.peruzzetto.com/articles.htm> (consulté le 15 juin 2004 à 17h 04)

⁶⁸⁶ Pedrot P. et al. « Internormativité et production de la norme en matière médicale », in Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives. Paris, P.U.F. (coll. droit & justice), 1999, 339 p ; V° aussi Duprat J.P. « Les intractions normatives dans la recherche biomédicale » in Revue générale de droit médical, 2000, n°3, p. 21-67. ; Moret-Bailly, J., La théorie pluraliste de R. SANTI à l'épreuve des déontologies, <http://ares.insa-lyon.fr/~subeda/confiance/pdf/pluraliste.pdf> (consulté le 14 juin 2004 à 12h 30), voir du même auteur : Ambiguïtés des pluralismes juridiques, Droits, n° 35, 2002, 195-206.; Galloux J-C, « La complexité des systèmes de régulation : le non-droit, le droit et l'insuffisance du droit » où l'auteur estime qu' : « Il convient par ailleurs de réaliser que l'ordre juridique, même international, n'occupe plus nécessairement vis-à-vis des autres ordres normatifs, une place centrale ou dominante, en raison de l'émergence d'un pluralisme juridique au sein même des ordres nationaux », <http://www.celog.fr/expertises/sommaires/96/articles200/GALLOUX.HTM#1> (consulté le 15 juin 2004 à 16h 26); Berthou R., "L'Internet au gré du droit - À propos de l'affaire Yahoo!", Juriscom.net, 10 janvier 2001, <http://www.juriscom.net/uni/etd/05/article.htm> (consulté le 15 juin 2004 à 16h 50)

⁶⁸⁷ Paquet G., Le droit à l'épreuve de la gouvernance, Notes pour une allocution au colloque Evolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international 2000 qui s'est tenu à Ottawa les 20-21 octobre 2000. ; Belley J.G., Le contrat entre droit, économie et société, Les Editions Yvon Blais Inc 1998 ; Belley J.G. « Gouvernance et démocratie dans la société neuronale » in C. Andrew et L. Cardinal (dir) La démocratie à l'épreuve de la gouvernance, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2000.

témoignent les remarques conclusives de Jean-Guy BELLEY à l'ouvrage collectif « *Le droit soluble* ». Selon l'auteur : « *la connaissance interdisciplinaire du droit et de l'internormativité ne sera définitivement activée qu'au moment où se rencontreront dans le même lieu les éclopés de la monodisciplinarité mutilante. (...) S'il doit exister -poursuit l'auteur- un véritable laboratoire de l'internormativité, c'est à égale distance des territoires disciplinaires qu'il faut l'établir au point milieu où les tiers instruits pourront bâtir ensemble en partageant un exil similaire, en apportant à l'entreprise commune des bénéfices respectifs de leurs premiers enracinements théoriques, en laissant derrière eux les conventions et les interdits disciplinaires* »⁶⁸⁸. *L'internormativité n'est alors qu'une activité de « passeurs de frontières* »⁶⁸⁹ entre différentes disciplines.

168. Se démarquant de la vision transdisciplinaire de l'internormativité, le Pr. POILLOT-PERUZZETTO envisage d'abord l'internormativité juridique comme celle qui concerne les relations entre normes juridiques à l'intérieur du même ordre juridique. Malheureusement cependant, elle propose de résoudre les problèmes générés à cette occasion par application de la hiérarchie entre les normes⁶⁹⁰. Mais comme l'auteur même le souligne, il ne s'agissait pas en l'occurrence de proposer une « *théorie générale de l'internormativité ; mais plus d'une proposition de solution théorique* »⁶⁹¹ à adapter aux nouvelles évolutions » que constitue le passage de la pyramide au réseau des Professeurs OST et van de KERCHOVE⁶⁹².

Quelle pourrait donc être la place de l'internormativité dans le concept de réseau que nous nous proposons d'appliquer ? L'existence d'un champ d'internormativité n'a-t-il pas des conséquences sur la place et l'agencement des sources ?

La réponse à ces deux questions passe par l'application de l'internormativité à un environnement de pluralisme juridique.

⁶⁸⁸ Belley J-G. (dir.), *Le droit soluble*, LGDJ 1996, précité p.277.

⁶⁸⁹ Jollivet M. (dir.), *Sciences de la nature, Sciences de la société. Les passeurs de frontières*, CNRS Editions, Paris, 1992.

⁶⁹⁰ Poillot-Peruzzetto S, *La diversification des méthodes de coordination des normes nationales*, document précité p. 1.

⁶⁹¹ Une série de techniques juridiques plus ou moins connues et qui peuvent se résumer comme suit : le droit international privé, propre à chaque état. Pour autant, une mise en commun des techniques a vu le jour, d'abord avec les règles de droit international privé de source internationale que sont les conventions de La Haye, et ensuite avec l'émergence d'un droit international privé de source communautaire. Parallèlement, la pratique a élaboré un langage commun permettant aux négociateurs de toute la planète de s'entendre, tout en conservant une pluralité des systèmes juridiques (par exemple les incoterms). Le droit communautaire pour sa part, construit des instruments à la fois de coordination et d'unification. Dans ce contexte également, l'utilisation de normes de référence permet une communication entre les différents instruments et systèmes juridiques.

⁶⁹² Poillot-Peruzzetto S, *La diversification des méthodes de coordination des normes nationales*, précité p. 4, note 7

b. Internormativité et pluralité de champs juridiques dont relèvent les règles et normes régissant les savoir-faire traditionnels.

168. Henri LEVY-BRUHL avait critiqué la notion de non-droit du Doyen CARBONNIER sur le fondement du pluralisme juridique⁶⁹³. Mais le pluralisme juridique à lui seul ne peut suffire à réfuter totalement la notion de non-droit si l'on se place par exemple dans le cas d'une plurisystème. L'internormativité qui semble avoir été conçue pour compléter et soutenir la notion de non-droit ne peut rester insensible à la remise en cause de sa règle fondatrice : le monisme juridique. Notons que pour que l'internormativité puisse opérer dans la pensée de CARBONNIER, il fallait que la notion de non-droit laisse subsister une pluralité d'ordres normatifs dans l'espace social concerné. Ceci traduit une vision formaliste du droit ou le juridique se définit par rapport à sa source et à son appartenance à l'ordre juridique positif. En réalité, la norme juridique ne se distingue pas des autres normes, par exemple des normes morales en raison de ses caractères propres mais exclusivement en raison de son appartenance à un ordre normatif spécifique⁶⁹⁴.

Le positivisme de la pensée de CARBONNIER explique peut être pourquoi l'objet d'étude qu'est la coutume l'a si souvent intrigué⁶⁹⁵. Quoi qu'il en soit la notion d'internormativité circonscrit un type de relation inter-normes qui peut continuer de trouver application même lorsque le concept auquel il était adossé est réfuté. C'est peut-être la façon de découvrir le plus grand intérêt de la notion de non-droit qui réside selon le Pr. André -Jean ARNAUD, dans le fait que l'on regroupe sous ce vocable un certain nombre de cas où « *l'attention du juriste est requise du fait de l'insistance des faits, ou d'une non effectivité chronique du droit* »⁶⁹⁶. Ainsi, et paradoxalement, la notion de non-droit ne servirait qu'à identifier une autre réalité juridique.

Si l'on prend acte de cette désignation et que l'on se replace à présent dans une perspective de pluralisme juridique, il est aisé de se rendre compte que la relation d'internormativité peut revêtir plusieurs aspects sans pour autant être

⁶⁹³ L'année sociologique 1963, pp. 400-401.

⁶⁹⁴ Cet ordre normatif spécifique c'est ici l'ordre juridique que H. Kelsen propose de définir comme un « ordre immanent de contrainte ».

⁶⁹⁵ Confère les développements consacrés à la coutume dans *Flexible droit*, Chapitre 2 titre 1 pp. 97-136 lorsque notamment l'auteur s'interroge à propos de ce qu'il nomme « la genèse de l'obligatoire ». Si l'on en croit le Doyen Carbonnier, le sentiment d'obligatorité (qu'il nous pardonne ce terme « affreux ») serait à la fois constitutif de l'existence de la coutume et antérieur à sa reconnaissance. Quoi qu'il en soit, il entendait savoir à propos du mécanisme obligatoire de la coutume : « par quel enchaînement de phénomènes elle peut acquérir pour les individus la force d'une obligation » (p. 97, § 1).

⁶⁹⁶ Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, précité, p. 389.

dénaturée. Elle peut vouloir dire, en plus de l'internormativité traditionnelle⁶⁹⁷, une relation d'internormativité entre plusieurs normes relevant de systèmes juridiques différents. C'est principalement cette question qu'étudie Mme POILLOT-PERUZZETTO sous les angles substantiel et structurel en prenant le soin de définir simplement l'internormativité dans et par l'ordre communautaire comme : « *la théorie à construire des relations entre les normes.* »⁶⁹⁸

169. En réalité, cette définition basique, était déjà contenue dans celle proposée par le Doyen CARBONNIER⁶⁹⁹. Il a simplement fallu l'abandon du monisme juridique pour qu'elle retrouve la plénitude de sa signification.

On peut dès lors commencer à se laisser pénétrer par l'idée que dans la prise en charge du pluralisme juridique par le concept de réseau, ce qui est mis en réseau, ce sont les normes et non les sources et que les liens entre ces normes empruntent les techniques de l'internormativité⁷⁰⁰. Les nœuds que génère cette internormativité sont de nouvelles normes juridiques ou de nouveaux concepts juridiques. Le recours systémique qui mène à considérer le droit comme un réseau semble dégager deux sphères d'activité en même temps qu'il propose une issue constructive au statut des règles et normes de source coutumière. L'espace internormatif dégagé par la conception du droit en réseau intéresse tant les règles et normes d'origine coutumière que les règles et normes d'origine étatique qui sont soumises à la fonction du juge, organe central dans la configuration proposée.

170. La conception du droit en réseau met en exergue la place des normes et des règles quelles soient juridiques ou autres. Elle indique aussi la place des sources du droit telles que traditionnellement consacrées. Cependant, une réhabilitation permanente des règles et normes relevant de la source coutumière reste difficile à réaliser malgré les nouvelles perspectives qu'offre la conception du droit en réseau.

⁶⁹⁷ Qui met en rapport, dans un seul et même système juridique des « normes juridiques » avec d'autres normes qui ne relèveraient pas de la sphère du droit (éthique, morale ect...). Qui concerne selon le Doyen Carbonnier, « les rapports entre le droit et les autres systèmes normatifs » (*Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* précité, V° internormativité p. 313)

⁶⁹⁸ Poillot-Peruzzetto S, La diversification des méthodes de coordination des normes nationales, document précité, p.1.

⁶⁹⁹ Qui définissait, rappelons-le, l'internormativité comme : « l'ensemble des phénomènes constitués par les rapports qui se nouent et se dénouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes. » (*Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} édition, V° internormativité.)

⁷⁰⁰ Ces techniques aujourd'hui sont le droit international privé, propre à chaque état. Pour autant, une mise en commun des techniques a vu le jour, d'abord avec les règles de droit international privé de source internationale que sont les conventions de La Haye, et ensuite avec l'émergence d'un droit international privé de source communautaire. Parallèlement, la pratique a élaboré un langage commun permettant aux négociateurs de toute la planète de s'entendre, tout en conservant une pluralité des systèmes juridiques (par exemple les incoterms). Le droit communautaire pour sa part, construit des instruments à la fois de coordination et d'unification. Dans ce contexte également, l'utilisations de normes de référence permet une communication entre les différents instruments et systèmes juridiques.

Il convient d'être plus pragmatique et de considérer que le changement de paradigme opéré est un préalable nécessaire à une réhabilitation sélective des normes et règles relevant de la source coutumière.

Section 2. Tentative de réhabilitation sélective des règles et normes relevant de la source coutumière.

171. Il convient de ne pas sacraliser « *la hiérarchisation des sources du droit* », sans pour autant faire table rase de « *l'identification, la classification* » telles que classiquement, largement et laborieusement retenues.⁷⁰¹ En réalité, ni l'identification ni la classification des sources du droit telles qu'elles ont cours dans les systèmes de type romano-germanique ne posent en tant que tel des problèmes à la reconnaissance des règles coutumières relatives aux savoir-faire traditionnels, puisqu'il reconnaît l'existence même des coutumes *contra legem* qui seulement sont privées d'effectivité ou d'application par le seul effet de la hiérarchie instituée entre les différentes sources.

Le concept de réseau que nous venons de préciser permet d'envisager une voie novatrice de réhabilitation : celle de consécration sélective des règles et normes d'origine coutumière par la voie jurisprudentielle (§ 1) qu'il faudra soutenir par une consécration légale de la coutume (§ 2) qui n'est rien d'autre qu'une conséquence de la suprématie de la loi sur les autres sources de droit.

⁷⁰¹ Sur le consensus en droit français, et sans être exhaustif : Amselek P., « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDJ*, 1982, p. 275 ; Chevallier J., « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDJ*, 1998, p. 659 ; Djuvara M., « Quelques considérations sur la nature des sources et sur la formation du droit positif », *Mélanges H. Capitant*, p. 219. - Jestaz Ph., « Source délicate... », *RTD civ.*, 1993, p. 73 ; Lévy-Bruhl H., « Esquisse d'une théorie des sources du droit », *L'Année sociologique*, 1951, p. 3 ; Virally M., *La Pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960 ; Zenati F., « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.*, 2002, chron., 1 ; « Sources du droit », *APD*, t. 27, Paris, Sirey, 1982 ; *Le Problème des sources du droit positif*, Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1^{ère} session, Sirey, 1934. Voir aussi : Béchillon D. de, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997 ; Cohen-Tanguy L., *Le Droit sans l'État*, Paris, PUF, 1985 ; Deumier P., *Le Droit spontané*, Economica, 2002. - Kerchov M. van de & Ost F., *Le Système juridique - entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988 ; Libchaber R. & Molfessis N., « Sources du droit », *RTD civ.*, chronique depuis 1997 ; Oppetit B., « Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois », *D.*, 1974, chron., 107 ; Osman F., « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc., réflexions sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.*, 1995, p. 509 ; Revet Th. (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998 ; Ripert G., *Les Forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955 ; Roubier P., « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », *Mélanges G. Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, t. 1, p. 9. - Savatier R., « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.*, 1977, chron., p. 43. - Terré F., « La "crise de la loi" », *APD*, t. 25, 1980, p. 17 ; Timsit G., « Les deux corps du droit - Essai sur la notion de régulation », *Rev. franç. d'administration publique*, 1996, p. 375 ; Troper M., « Système juridique et État », *APD*, t. 31, 1986, p. 29 ; Zenati F., *La Jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991.

Paragraphe 1. La consécration jurisprudentielle ⁷⁰² des normes et règles coutumières.

172. Fonder la réhabilitation des règles et normes relevant de la source coutumière en matière de savoir-faire traditionnels sur l'action du juge, c'est prendre la mesure d'une double réalité : la conception du droit en réseau ne peut se décréter et surtout, la conception hiérarchique des sources du droit est encore prégnante. Les relations dans lesquelles interviennent les sources du droit ont quelques difficultés à se départir d'une certaine idée de hiérarchie. Pour découvrir l'apport de la conception en réseau du droit, il convenait donc de ne plus envisager ce dernier comme un agencement de sources mais comme un espace d'internormativité que celle-ci soit endogène ou exogène.

Une approche organique des normes et règles relevant de la source coutumière permet de vérifier dès l'abord la spécificité sur laquelle nous fondons le rôle éminent de la jurisprudence dans la réhabilitation. L'office premier du juge, appliquer et interpréter le loi, présente une importance amplifiée (A) qui vient s'illustrer dans le nouvel environnement d'internormativité (B).

A. L'importance du rôle du juge.

173. Le rôle du juge dans la réhabilitation des règles de source coutumière découle autant de l'application qu'il peut faire des règles et normes d'origine coutumière que de l'interprétation créatrice de nouvelles normes. Le champ d'application du droit coutumier va de l'obtention du consentement préalable éclairé pour l'accès aux savoir-faire traditionnels « *conformément au droit coutumier* »⁷⁰³ au « *règlement des litiges opposant les communautés autochtones quant à la mise en œuvre de la protection des savoir-faire traditionnel* »⁷⁰⁴, en passant par « *le recensement, l'interprétation et la reconnaissance des savoirs ou techniques communautaires en vertu du droit coutumier* »⁷⁰⁵.

La jurisprudence se présente comme le seul lieu où peuvent se concilier les deux versants de la source idéale⁷⁰⁶ en droit : la forme et la matière.

La forme contribue à aménager au résultat de l'activité du juge, une place utile dans un environnement juridique qui quoique l'on en dise, reste empreint de hiérarchie.

⁷⁰² Par jurisprudence nous entendons, pour les développements qui vont suivre, les décisions et l'activité en général des juridictions de l'ordre judiciaire et la riche palette d'activités de la cour de cassation.

⁷⁰³ Comme c'est expressément le cas dans la loi Philippine.

⁷⁰⁴ Loi Péruvienne.

⁷⁰⁵ Loi Africaine.

⁷⁰⁶ S'il devait en exister une.

La matière quant à elle, par sa souplesse et son adaptabilité progressive contribue à cerner le plus adéquatement possible l'objet de protection que sont les savoir-faire traditionnels. De ce point de vue, c'est la légitimité de la notion de savoir-faire traditionnel et des règles y relatives qui s'en trouve renforcée.

De plus, la jurisprudence et la coutume ont un rythme commun qui permet au juge de coller de plus près à l'évolution des normes autres que purement juridiques. Dans ce sens, la jurisprudence a pu être assimilée à la coutume en ce que les deux partagent des éléments de durée et de répétition nécessaires à leur formation. L'assentiment des intéressés⁷⁰⁷, a pu être considéré comme l'expression du sentiment d'obligatorité. Les limites d'une telle assimilation ne tardent cependant pas à apparaître. En effet, si l'on considère d'une part qu'un seul arrêt peut faire jurisprudence, on exclu ainsi toute répétition constante et régulière. D'autre part, on admet que la possibilité de revirement de jurisprudence empêche de rigidifier celle-ci en coutume dans un système qui rejette le précédent obligatoire fondé sur l'idée que le premier jugement rendu révèle une règle juridique préexistante. Ceci mène à s'interroger brièvement sur la situation dans les systèmes juridiques de *common law*⁷⁰⁸ où justement la règle du « *binding force of the precedent* »⁷⁰⁹ est de mise. Le précédent peut être conçu de façon générale comme : « *Une décision ou un comportement pris comme référence à une décision à prendre ou à un*

⁷⁰⁷ Que certains ont pu assimiler à « la communauté des juristes » (Deguegue M., « Jurisprudence », *Droits* n° 34, 2001, p. 99.)

⁷⁰⁸ Sur la question générale du common law, de sa spécificité et de ses rapports avec les autres sources de droit, voir notamment Legrand, P., « Pour le Common Law », *Revue internationale de droit comparé*, 1992, p. 942. - Lévy-Ullmann, M., *Éléments d'introduction à l'étude des Sciences juridiques*, t. II : Le Système de l'Angleterre, Paris, Sirey, 1928 ; *Le Système juridique de l'Angleterre*, réimpr. Éd. Pantbéon Assas. - Andens, V. (dir.), *English Public Law and the Common Law of Europe*, Londres, Key Havens, 1998. - Ancel, M., *La « Common Law » d'Angleterre*, Paris, Rousseau, 1927. - Allison, J. W. F., *A continental Distinction in the Common Law : a historical and comparative perspective on English Public Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995. - Arnheim, M. (dir.), *Common Law, The International Library of Essays in Law & Legal Theory*, Dartmouth, 1994. - Blanc-Jouvan X., *Le Droit anglais*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 7e éd. - Caenegem, R. C. van, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge, Cambridge Univ Press, 2e éd., 1981. - Eisenberg, M.-A., *The Nature of the Common Law*, Cambridge, Mass., Londres, Harvard Univ. Press, 1988. - Geldart, W., *Introduction to English Law*, revised by sir D. Yardley, Oxford Univ. Press, 11e éd., 1995. - Goodhart, A. L. & Lehmann, A., *The Spirit of the English Law*, 1891, Jerusalem, Magnes Press, Hebrew Univ., 1953. - Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford UP, 1961. - Hogue, A. R., *Origins of the Common Law*, 1906, Indianapolis, Liberty Press, 1985, reprint 1966. - Holmes, O. W., *The Common Law*, Londres, Macmillan, 1881. - Ibbetson, D., « Common Law and *Ius Commune* », *Selden Society Lecture*, Londres, 2001. - Markesinis, B. S. (dir.), *The Coming together of the Common Law and the Civil Law*, Oxford Portland, Or. Hart. Pub., 2000. - Picard, E., « Les droits de l'homme et "l'activisme judiciaire" en Angleterre », *Pouvoirs*, no 93, Le Seuil, 2000, p. 113-143. - Pollock, F., *A First book of Jurisprudence for the Students of the Common Law*, Londres, New York, 1896 ; *The Expansion of the Common Law*, Londres, Stevens & Sons, 1904, reprint, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2001. - Postema, G. J., *Bentham and the Common Law tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1986. - Pound, R., *The Spirit of the Common Law*, Boston, Mass. Marshall Jones Company, 1931. - Roebuck, D., *The Background of the Common Law*, Oxford Univ. Press, 1990, 2e éd. - ROUHETTE G., « Le genre de "common law" », in *Français juridique et science du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 311.. - Williams, G., *Learning the Law*, 12e éd. A. T. H. Smith, Londres, Sweet & Maxwell, 2002.

⁷⁰⁹ Flauss-Diem S., *La Règle du précédent en droit anglais*, thèse, Strasbourg, 1985 ; Rigaux F., « Une machine à remonter le temps : la doctrine du précédent », in *Temps et droit. Le temps a-t-il pour vocation de durer ?*, sous la direction de F. Ost et M. Van Hoecke, Bruxelles, 1998, p. 55 sq. ; Siltala, R., *A Theory of Precedent. From analytical Positivism to a Post Analytical Philosophy of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000

comportement à adopter. »⁷¹⁰ On peut énoncer de la façon suivante la règle anglaise du précédent : « *Toute règle de droit dégagée par un juge pour la solution d'un litige déterminé a force obligatoire et doit être suivie par les juges inférieurs ou parfois par les juges de même rang.* »⁷¹¹ Malgré l'existence de ce véritable instrument de hardiesse pour le juge de la *Common law*, le constat est celui d'une ignorance relative des règles et normes relevant de la source coutumière en matière de savoir-faire traditionnel. Une telle ignorance a parfois pour fondement le statut de la tribu qui est encore considérée comme non existant en droit. Ce statut au demeurant, n'est que trop souvent analysé sous l'angle anthropologique⁷¹². Il existe ici aussi des expressions de la théorie de Kelsen vue simplement sous son angle de la hiérarchie des normes mais la conception de la hiérarchie semble être toute autre. En effet, bien après MERKL et KELSEN, H. L. A. HART s'intéressera à la structure des ordres juridiques et aux différentes fonctions des règles de droit. Les auteurs de *Common law* ont abouti à une autre conception de la hiérarchie des normes⁷¹³. Il aura fallu attendre que les travaux anglais et américains récents s'en écartent sous l'influence de Ronald DWORKIN, en vue de donner un rôle central à la question des droits à partir de concepts « *interprétatifs* »⁷¹⁴. Quoi qu'il en soit, les mécanismes de *Common law* ont parfois montré plus d'adéquation avec les caractéristiques des savoir-faire traditionnels. La jurisprudence australienne en a donné des illustrations désormais célèbres que nous avons eu l'occasion de citer mais que nous reprendrons cette fois-ci sous l'angle spécifique de la réactivité jurisprudentielle en *Common law*.

174. Dans l'affaire *Foster c Mountford (1976) 29 FLR 233*⁷¹⁵, le tribunal a utilisé la doctrine de *common law* sur les informations confidentielles pour empêcher la publication d'un livre contenant des informations sensibles du point de vue culturel. Le juge avait ainsi utilisé un mécanisme juridique connu et éprouvé pour appliquer sur le plan juridique, des normes sociales qui tenaient au caractère culturellement marqué des renseignements que le défendeur à l'instance avait publiés.

L'affaire concernait un anthropologue, M. Mountford, qui avait entrepris une expédition dans l'intérieur des terres du Territoire du nord en 1940. Les aborigènes locaux lui avaient montré des sites et des objets tribaux dotés pour eux d'une

⁷¹⁰ *Vocabulaire juridique* Capitant (éd. par G. Cornu) V° Précédent.

⁷¹¹ Tallon D. *Dictionnaire de culture juridique*, Alland D. Rials S., (Dir), v° précédent.

⁷¹² voir par exemple Scheleff L., : "The future of tradition, customary law, common Law and legal pluralism", Frank Cass, edit. Londres 1999, p. 40.

⁷¹³ Ainsi, la théorie viennoise et la théorie oxonienne, tout en se rencontrant sur la problématique de la hiérarchie, donneront sur certains points des réponses tout à fait différentes, de sorte qu'elles demeurent aujourd'hui encore les principales versions inconciliées d'une conception hiérarchiquement structurée du droit.

⁷¹⁴ Note A. «Dworkin's RightsThesis», Michigan Law Review, 74, 1167-99.

⁷¹⁵ <http://www.austlii.edu. u>.

profonde signification religieuse et culturelle. Le défendeur avait pris note de ces renseignements et en avait publié certains dans un livre en 1976. Les plaignants ont demandé et obtenu une ordonnance de référé empêchant la publication du livre pour abus de confiance.

Le tribunal a fait valoir que la publication du livre pouvait révéler des informations ayant une profonde signification religieuse et culturelle pour les aborigènes qui les avaient communiquées au défendeur à titre confidentiel et que la divulgation de ces renseignements équivalait à un abus de confiance.

S'agissant du droit de la communauté à prétendre à une réparation de préjudice, et ce en l'absence de personnalité juridique reconnue, « *Le tribunal a admis deux exemples dans lesquels une réparation équitable, laissée à l'appréciation du tribunal, pouvait être accordée à une communauté tribale dans des cas de violation du droit d'auteur sur une œuvre élaborée à partir d'un savoir rituel : tout d'abord si le titulaire du droit d'auteur ne prend pas ou refuse de prendre les mesures appropriées pour faire respecter le droit d'auteur; et deuxièmement si le titulaire du droit d'auteur ne peut être identifié ou découvert*⁷¹⁶ »⁷¹⁷.

175. Il est connu et admis que la loi occupe une place secondaire en *Common Law*. Quant à savoir la source de droit qui y joue le rôle ainsi abandonné par la loi, les avis se partagent entre la jurisprudence et la coutume. La jurisprudence semble cependant devoir être privilégiée si l'on se base sur la quasi identité de nature entre la règle du précédent et la coutume ainsi que sur les modes d'élaboration qui font appel à la répétitivité des comportements normatifs.

L'importance du rôle du juge est aussi soulignée par le fait que les lois nationales, lorsqu'elles existent, n'instaurent pas toujours un régime dont la lisibilité puisse se faire sans l'intervention du juge. Ceci aurait pourtant permis au juge, à l'occasion d'un litige, de dire s'il s'agit effectivement de savoir-faire traditionnels. Seront dans ce cas, les trois lois nationales⁷¹⁸ qui indiquent expressément que l'acquisition des droits *sui generis* est exempte de formalités. Les juges nationaux verront aussi leur office sollicité pour préciser les conséquences qu'il convient de tirer de la transcription des savoir-faire traditionnels lorsqu'une telle formalité n'est pas expressément déclarée constitutive de droit par la loi nationale. En l'état actuel des recensements, c'est le cas de quatre lois nationales⁷¹⁹ qui prévoient des registres de savoir-faire traditionnel mais ne les relient pas expressément à l'acquisition des droits. Il y a des cas où le juge n'est que très peu sollicité à se prononcer sur la constitution des droits puisque ceux-ci sont expressément liés par le texte de la loi nationale à l'enregistrement des savoir-faire

⁷¹⁶ C'est nous qui soulignons.

⁷¹⁷ Ces exemples ont été présentés par la délégation australienne en réponse au questionnaire WIPO/GRTKF/IC/2/5.

⁷¹⁸ Loi type africaine, Costa Rica et Pérou.

⁷¹⁹ Loi type africaine, Brésil, Costa Rica, Inde.

traditionnels.⁷²⁰ Ainsi, les conditions d'acquisition des droits *sui generis*, lorsqu'elles existent, présentent des particularités telles qu'elles sollicitent encore grandement l'action juridictionnelle pour déployer utilement leurs effets⁷²¹. Sur dix lois *sui generis* récemment passées en revue, par le Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoir-faire traditionnels et le folklore, neuf prévoient la création d'une forme ou d'une autre de mécanismes d'enregistrement pour les savoir-faire traditionnels protégés ou pour les titres *sui generis* conférés. C'est ainsi que la législation du Pérou prévoit trois registres, à savoir un registre national public, un registre national confidentiel et les registres locaux des savoirs collectifs des peuples autochtones. Plusieurs de ces mécanismes d'enregistrement fonctionnent déjà, mais d'autres sont en cours de création et de mise en œuvre. Le juge national peut aussi être amené à examiner les litiges portés devant lui au vu des conditions de validité exigées par ces mécanismes d'enregistrement⁷²². Il lui est également possible de prendre en considération des normes techniques internationales pour l'enregistrement des savoir-faire traditionnel et des ressources génétiques dans les bases de données et les registres. Une telle pratique a toujours été soutenue par l'OMPI qui, récemment encore dans un document daté du 02 octobre 2006, déclarait promouvoir : « *l'interprétation des instruments juridiques existants en fonction du contexte et de l'approche adoptée.* »⁷²³ Le rôle du juge sera, dans un tel cadre, de concilier la prévisibilité et la clarté, d'une part, et la souplesse et la simplicité, d'autre part. Un système fondé sur l'enregistrement offre une meilleure prévisibilité et permet de faire clairement savoir au public ce qui est protégé; il facilite aussi, dans la pratique, l'application des droits. Mais un système de cette nature peut aussi signifier que les détenteurs de savoir-faire traditionnel doivent prendre des mesures juridiques particulières, éventuellement dans un laps de temps déterminé, sous peine de risquer de perdre les avantages de la protection; ces procédures peuvent être contraignantes pour les communautés qui n'ont pas les ressources ni les moyens nécessaires pour entreprendre des démarches juridiques voulues. Un système exempt de formalités a l'avantage d'offrir une protection automatique et n'exige aucune ressource ni moyen complémentaire pour permettre de bénéficier des droits - mais il peut aussi, de ce fait, rendre l'application des droits plus difficile.

⁷²⁰ Chine, États-Unis d'Amérique, Portugal, Thaïlande.

⁷²¹ Pour une proposition technique sur les conditions de forme applicables à l'acquisition des droits, voir groupe des pays africains (OMPI/GRTKF/IC/1/10, annexe, page 7, proposition 3.3.a)). D'autres observations techniques sur ces conditions de forme ont été faites par la Bolivie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 151), le Brésil (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 220), le Panama (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 157), la République dominicaine (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 215) et le Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 213).

⁷²² Document WIPO/GRTKF/IC/4/14

⁷²³ *Options relatives aux moyens de donner effet à la dimension internationale des travaux du comité*, Document WIPO/GRTKF/IC/10/6, p. 3 et 4.

176. L'office du juge dans le droit en réseau tel que nous venons de l'analyser permet d'esquisser une nouvelle conception de la place des sources du droit au sein des systèmes de type romano-germanique : Il nous semble que seules les normes et les règles occupent l'espace d'internormativité que régule le juge notamment aux travers de sa fonction d'interprétation, les sources de ces règles et de ces normes se retrouvent projetées à l'extérieur de cet espace d'internormativité. L'on assiste ainsi à la satellisation des sources du droit, une sorte de : « *circularisation des coutumes et de la loi.* »⁷²⁴ Les sources ainsi placées à l'extérieur de l'espace d'internormativité peuvent cependant, entretenir entre elles des relations de relevance dans un pur esprit systémique. Il pourra ainsi s'agir de mécanismes de pur droit comparé dont on s'accorde parfois à reconnaître la fonction subversive⁷²⁵, d'emprunt législatif ou même de greffe juridique⁷²⁶. Se dessineraient ainsi deux espaces, de juridicité, non plus basés sur l'appartenance à des systèmes juridiques cloisonnés et calqués sur les frontières de la souveraineté des Etats, mais plutôt sur la distinction entre les sources du droit et les règles et normes qui forment ce droit. C'est peut-être aussi cela, la post-modernité du droit suggérée par le Pr. De SOUZA SANTOS lorsqu'il parle de « *carte de lecture déformée* »⁷²⁷.

177. Il nous semble que dans l'espace d'internormativité, le mécanisme qui soutient les échanges est celui, volontariste, de relevance ou de non relevance qui peut aboutir à une harmonisation voire à une unification des règles édictées quand elles concernent des sources relevant de plusieurs ordres étatiques distincts.

Les relations d'emprunt et d'échange entre les sources sont aussi concevables au sein du même ordre étatique dans l'hypothèse de pluralisme juridique. Ce serait le cas de la source légale faisant appel aux règles coutumières non pas pour en vérifier la validité ou la conformité, mais pour les consacrer, manifestant par là même, leur relevance. Ces relations de source à source trouvent leur illustration archétypique dans la consécration légale des règles coutumières. Avant d'étudier cette hypothèse, il convient de tenter une théorie du contenu de l'action du juge dans le nouvel espace d'internormativité.

⁷²⁴ Cf. « Programme d'activité 1999 » du Conseil Départemental d'aide juridique de Guyane adopté le 14 juillet 1998, notamment l'objectif de compilation des coutumiers, avec l'appui des ethnologues et avec la collaboration des organisations autochtones et traditionnelles.

⁷²⁵ Muir-Watt H., « La fonction subversive du droit comparé », Conférence prononcée le 9 mars 2000 à l'UMR de Paris.

⁷²⁶ Que le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique* définit comme la « Technique de droit comparé consistant à introduire dans un système juridique, un élément provenant d'un autre système juridique dans lequel il a démontré son utilité et son bon fonctionnement » (p. 273 V° greffe juridique)

⁷²⁷ Souza Santos (de) B., « Droit : une carte de lecture déformée, pour une conception post moderne du droit », *Droit et société* 10- 1988, p. 379 et s.

B. Le contenu du rôle du juge.

Le contenu du rôle du juge peut s'analyser en une compétence. Il peut être vu dans une première mesure, comme modérateur d'une internormativité entre des normes reconnues et déjà sanctionnées comme étant du droit. Le rôle du juge peut aussi consister en la promotion d'une internormativité un peu plus audacieuse en ce qu'elle intègre le « *phénomène social total* »⁷²⁸ de GURVITCH.

1. Le juge : modérateur de l'internormativité endogène.

178. L'internormativité endogène s'entend ici de celle qui met en cause des normes dont la juridicité est acquise soit en considération de leurs sources ou en considération de leur caractère sanctionné. Nous faisons ici économie de la controverse sur le critère adéquat de juridicité dont la Doyen CARBONNIER lui-même, a dû reconnaître qu'il était « *fuyant* ». ⁷²⁹

Afin de mieux cerner le rôle de modérateur que joue le juge dans cette internormativité, que nous voulons, endogène, il convient de s'arrêter un bref moment sur les termes : interprète et loi.

Le pouvoir d'interprétation dont il s'agit ici se déploie dans l'hypothèse où la loi qu'il s'agit d'appliquer a un contenu qui manque de clarté. Une conception positiviste, purement formaliste et qui trouverait ici à s'appliquer, estime que le juge a « *reçu délégation de la part du législateur de combler les lacunes de la loi, ou que le pouvoir législatif a, par « acceptation tacite » authentifié telle évolution jurisprudentielle* »⁷³⁰.

Pour ce qui est de la loi qu'il s'agit d'interpréter, c'est « la règle de droit » qui est citée dans le texte de l'article 604 du NCPC : « *le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la cour de cassation, la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* ». Ainsi on peut entendre le terme loi au sens large et y voir un

⁷²⁸ Gurvitch G., *L'Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 54.

⁷²⁹ Sur les diverses tentatives de définition : Carbonnier J., « Sur le caractère primitif de la règle de droit », in *Flexible droit*, 5^e éd, Paris, LGDJ, 1983 ; Chevallier J., « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, CURAPP-PUF, 1983 ; Perelman Ch., *Justice et raison*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1963. - Perrin J.-F., *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979 ; « Règles », *Archives de philosophie du droit*, 1990, p. 245-256. - ROCHER G., « Droit, pouvoir et domination », *Sociologie et sociétés (Montréal)*, vol. XVIII, n° 1, 1986 ; Timsit G., « Pour une nouvelle définition de la norme », *Dalloz*, chron., 3 novembre 1988, p. 267-269. - Villey M., « De l'indicatif dans le droit », *Archives de philosophie du droit*, 1974, n° 19, p. 33-61 ; Virally M., « Note sur la validité du droit et son fondement », in *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 453 sq ; ainsi que la revue *Droits* (n°s 10 et 11, 1989-1990) consacrés à la définition du droit.

Voir aussi : Béchillon D. de, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997 ; Gény F., *Science et technique en droit privé positif, 1914-1924* ; Kantorowicz H., *The definition of law*, Cambridge Univ. Press, 1958 ; Kelsen H., *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, 2^e éd. ; *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996 ; Kojève A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981 ; Roubier P., *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 1951 ; Villey M., *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1986.

⁷³⁰ Belaïd, S., *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1974, p. 381.

arrêté ou un règlement, une convention collective alors qu'elle est d'origine contractuelle⁷³¹, ou un usage si celui-ci est *praeter legem*⁷³². En matière de savoir-faire traditionnels, et étant donné que les mesures *sui generis* sont récentes et assez peu appliquées par les juges, les situations où le juge doit appliquer une règle légale imprécise sont nombreuses. On peut citer ici l'exemple du tribunal fédéral suisse qui reconnaît « *l'existence, le contenu, et l'opposabilité des droits immémoriaux, non écrits et définis par les usages reconnus comme contraignants par leur seule constante et ancienne pratique* »⁷³³.

Il s'agissait en l'espèce d'une décision de la commune du Noirmont de modifier le règlement d'utilisation des pâturages communaux en limitant désormais leur accès aux seuls animaux ayant hiverné sur le territoire communal. Le Tribunal Fédéral Suisse a déclaré cette mesure inconstitutionnelle dans la mesure où elle introduit une nouvelle modalité du droit d'encrannes (droit de pacage immémorial) sans consultation des ayants droit⁷³⁴. Le juge qui dans une pareille hypothèse, précise le contenu d'un droit préexistant, peut le faire sans qu'une telle précision soit en contrariété frontale avec la vision hiérarchique des sources du droit. Lorsque, s'agissant plus spécifiquement des savoir-faire traditionnels, il existe une législation nationale soumise à l'interprétation du juge, ce dernier est appelé à donner une signification aux règles simplement énoncées dans les énoncés de la loi. En effet, comme l'a fait justement remarquer le Pr. TROPER : « *la norme n'est pas le texte mais seulement sa signification* »⁷³⁵. Le cheminement qui mène par exemple de la règle écrite qui dit que : « *La protection désormais instituée ne saurait porter atteinte, préjudice ou constituer une limitation aux droits relatifs à la propriété intellectuelle* »⁷³⁶ à celle contenue dans le même texte et qui dispose que : « *L'octroi, par les organismes compétents, du droit de propriété industrielle sur le procédé ou le produit obtenu à partir de l'échantillon du composant du patrimoine génétique, est subordonné au respect de la présente mesure provisoire, le requérant devant faire connaître l'origine du matériel génétique et du savoir traditionnel associé, le cas échéant* »⁷³⁷, ne manquera pas d'interpeller le juge. Ce dernier devra en effet déterminer quelle disposition privilégier lorsque la situation

⁷³¹ Cass. soc. 4 déc. 1990, Bull. civ. n° 608 ; 25 janv. 1994, Bull. civ. n° 22 et 16 mars 1994, Bull. civ. n° 98 et 99.

⁷³² Pour des exemples d'application d'usages auxquels la loi renvoi expressément :

⁷³³ Voir notamment la jurisprudence du tribunal fédéral Suisse publié dans les Arrêts du tribunal fédéral, ATF 117 la 35 considérants 2 et 3, 37, cité in H-P. Sambuc *La protection internationale des savoir-faire traditionnels*, L'Harmattan, mai 2003, p.111, note n° 174

⁷³⁴ Pour des situations proches, voir : article 8 des dispositions préliminaires du Code civil italien ; Article 1^{er}-2° du Code Civil fédéral Suisse ; Article 1^{er} du Code civil Espagnol ; Articles 3 et 21 du Code Civil Louisianais.

⁷³⁵ Troper M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, 1994, p. 99. L'auteur poursuit quelques pages plus loin en disant : « *avant l'interprétation il n'y a que des textes; seulement après l'interprétation il y aura des significations et de normes stricto sensu.* » p. 101.

⁷³⁶ Article 8.4 de la mesure provisoire du Brésil

⁷³⁷ Article 31.

suivante se présente : Un titre de propriété industrielle est menacé d'annulation pour non respect de l'article 31 de la mesure provisoire du Brésil et non divulgation de la provenance du savoir-faire traditionnel à l'initiative d'une communauté traditionnelle qui se fonde sur la protection que lui réserve la mesure provisoire en général. Le juge ne serait-il pas amené à prononcer l'annulation de ce titre de propriété industrielle même si une telle annulation va textuellement à l'encontre des dispositions de l'article 8.4 précité ? Le juge brésilien aura ainsi, face à deux textes aux effets potentiellement contraires, choisi de faire produire effet à l'un plutôt qu'à l'autre.

179. A cette première catégorie de situation où le juge est en charge de l'internormativité endogène, il convient d'en rajouter une autre qui prend davantage en compte le caractère évolutif des différents protocoles coutumiers. Toujours dans l'idée que la réhabilitation sélective à laquelle doit veiller le juge n'est que le complément d'une réhabilitation par l'intégration des protocoles⁷³⁸ coutumiers au droit positif, l'on peut imaginer la situation dans laquelle l'on décide de ne pas fixer les règles concrètes du droit coutumier au moment de l'adoption de la législation. Ceci permettrait de prendre en compte le caractère évolutif de ce droit coutumier en faisant simplement référence au droit **coutumier actuel**. Une telle solution a déjà été expérimentée dans le « *Cadre juridique régional pour la protection du savoir traditionnel et des expressions de la culture* »⁷³⁹ dans le pacifique qui inclut une loi-type. Pour cette Loi-Type, les propriétaires traditionnels de savoirs traditionnels, sont : « *le groupe, le clan ou la communauté de personnes ; ou l'individu reconnu par un groupe, un clan, ou une communauté de personnes, à qui est confiée la garde ou la protection des savoirs traditionnels(...) conformément aux lois et pratiques coutumières du groupe du clan ou de la communauté* »⁷⁴⁰.

Toutes les situations dans lesquelles le juge intervient peuvent être aussi pour lui l'occasion de donner naissance à de nouvelles règles juridiques en recombinaison selon la finalité recherchée, des normes juridiques diverses et en recherchant la minimisation des effets insuffisants ou non désirables.

2. le juge promoteur d'une internormativité exogène.

180. L'internormativité exogène s'entend de celle qui met en cause des normes sanctionnées en droit et d'autres normes qui peuvent relever de la société,

⁷³⁸ Cf. nos développements sur la réhabilitation permanente.

⁷³⁹ Loi-type sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture 2002 ; le cadre juridique régional » qui contient cette loi-type a été publié sous le numéro ISBN 982/203/935/2.

⁷⁴⁰ *Ibidem*

de l'éthique, voire, de l'idée du juste. Nous nous situons ici dans ce que MAUSS, puis GURVITCH appelaient « *le phénomène social total* »⁷⁴¹ sans pour autant adopter le radicalisme de la pensée du dernier qui n'accorde presque aucun intérêt aux règles d'origine étatique, et pour qui le droit s'exprime fondamentalement par une « *expérience spontanée et intuitive du sentiment de justice* »⁷⁴². La rationalisation de cette expérience première sous la forme de lois positives ne constituerait pour cet auteur qu'une « *forme dérivée et superficielle du phénomène juridique* »⁷⁴³.

180. Dans le système français où la mission d'élaborer un droit nouveau incombe principalement au législateur, il existe des limites naturelles au pouvoir du juge car celui-ci doit dire le droit mais ne doit pas aller à l'encontre de la volonté expresse ou présumée du législateur. Lorsqu'il y a des « *creux dans le droit positif* »⁷⁴⁴, il n'est pas possible pour le juge d'y pourvoir ; « *un appel au législateur sera indispensable* »⁷⁴⁵. Le problème des lacunes tel que nous le connaissons aujourd'hui, est né de la limitation du pouvoir judiciaire, suite à l'admission de la séparation des pouvoirs, principale garantie contre les abus de l'Ancien Régime⁷⁴⁶. L'autorité de la jurisprudence a été dans ces conditions discutée dans son fondement, sa force ou ses solutions. Et pourtant, son existence n'est plus aujourd'hui contestable, et elle occupe dans la vie juridique, une place nettement plus étendue qu'au 19^{ème} siècle. Cette force suscite le respect, l'étude et parfois même l'obéissance. La jurisprudence est féroce combattue par la loi parce que semble-t-il, « *elle en est tout à la fois le complément et le rival.* »⁷⁴⁷

⁷⁴¹ Gurvitch G., *L'Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 54.

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ Moutouh, H., *Dictionnaire de culture juridique*, Alland, D., Rials S., (Dir) v° Pluralisme juridique.

⁷⁴⁴ Savatier R., « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », in *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman, Bruxelles 1968, p.p. 521-535.

⁷⁴⁵ Perelman Ch., « Le problème des lacunes en droit : essai de synthèse », in *Le problème des lacunes en droit*, précité, p. 539.

⁷⁴⁶ Suite à cette doctrine, depuis la révolution française, s'est affirmée la prépondérance de la loi et du pouvoir législatif, émanation de la Nation. On a réduit corrélativement le rôle du juge à celui d'un simple instrument d'application de la loi. Il lui était interdit de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire et l'ancienne loi des 16-24 Août 1790 sur l'Organisation judiciaire institue même le référé législatif invitant les juges à s'adresser au corps législatif toutes les fois qu'ils auront des doutes quant à l'interprétation de la Loi. Un tel référé, nous le savons a été farouchement combattu par Portalis qui avait indiqué une voie alternative dans son discours préliminaire au code civil en ces termes : « Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives » (Loché, Tome 1^{er}, p. 159.) Les inconvénients du mécanisme sont, au demeurant, nombreux : confusion des pouvoirs au profit du pouvoir législatif, l'obligation de légiférer de façon rétroactive, encombrement du législateur, voire blocage. On comprend pourquoi le Code civil s'en est départi pour le système du déni de justice compris dans l'article 4 du Code Napoléon de 1804. L'empiètement que ce texte consacre du juge sur le domaine du législateur peut être corrigé ou cantonné par l'obligation pour le premier de motiver sa décision.

⁷⁴⁷ Malaurie, P., La jurisprudence combattue par la loi, in *Mélanges René Savatier*, Dalloz, 1964, p. 603 ; Voir contra et spécialement sur la nécessité d'entrevoir les relations entre la loi et la coutume sous un angle conflictuel : G. Cornu, *Droit civil, Introduction les personnes, les biens*, 6^{ème} édition Monchrestien 1993, p.41 où l'auteur estime qu'« il y a autant d'injustice que d'aveuglement à décrier la loi en dehors du domaine courant où elle s'abandonne à l'instabilité et au détail, et à ne pas voir, dans l'amalgame, que

Prenant ainsi de plus en plus son autonomie, elle a été élevée au rang de source créatrice du droit⁷⁴⁸. Dans l'ordonnement juridique interne, elle n'est pas seule à être ainsi combattue. Il en est de même de la coutume qui a vu son statut déclassé depuis les codifications napoléoniennes. Le statut assez peu favorisé des règles et normes de source coutumière au plan interne donne plus de relief aux recommandations internationales qui vont dans le sens d'une promotion de la source coutumière. A ces dernières il convient à présent de répondre en faisant appel à la possibilité qu'ont les juges de créer le droit par l'interprétation des normes.

181. Dans le cas présent, le juge est appelé à faire une application libre de normes dont, ni la validité juridique, ni la conformité ne sont reconnues ou du moins ne sont encore déclarées. En acceptant d'inclure de telles normes dans la motivation de sa décision⁷⁴⁹, le juge saisit l'occasion pour se prononcer sur la conformité de la norme appliquée en même temps qu'il lui octroie une validité par l'autorité de la chose jugée qui s'attache à son activité. On se retrouverait dans la situation où, pour retenir la relevance d'une norme ou d'une règle à l'origine non juridique, le juge procéderait à une analyse téléologique du contenu de cette règle ou norme pour en fonder dans un premier temps la conformité. La validité juridique de cette norme ou de cette règle sera rattachée quant à elle aux effets traditionnels de l'activité juridictionnelle que sont l'autorité de la chose jugée et la création jurisprudentielle. Ainsi, alors qu'une norme ou une règle dont la juridicité est déclarée en fonction de l'organe qui l'émet, et donc de sa source, doit prouver sa conformité avant de pouvoir produire effet dans un autre ordre juridique, les normes et règles auxquelles une telle qualité originelle fait défaut, suivent le cheminement exactement inverse. Alors que dans l'hypothèse d'une internormativité endogène, la validité de la norme est un préalable à l'analyse de sa conformité, ici, c'est bien le contraire que l'on remarque : la conformité des normes semble fonder leur validation dans le champ juridique. Ainsi peut-on dire que lorsque la norme relevant de la source coutumière a prouvé sa compatibilité avec « *la raison du système de droit imposé* »⁷⁵⁰, sa validation par le truchement de l'activité du juge ne pose plus aucune difficulté.

Dans une matière proche des savoir-faire traditionnels, celle de la recherche biomédicale sur les être humains, et vis-à-vis de laquelle l'analogie est permise, l'action du juge a été présentée comme il suit en ce qui concerne les interactions normatives : « *Le juge intervient comme l'auteur essentiel de cet échange. Par l'interprétation, il confère à la règle inscrite sur le papier une signification. Acte*

la coutume n'aurait jamais réalisé la réforme et la rénovation du droit de la famille. .. » après avoir déclaré que « la coutume mérite d'être aimée pour elle même et non contre la loi ».

⁷⁴⁸ Ripert, G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

⁷⁴⁹ Le « *ratio decidendi* »

⁷⁵⁰ Hoekema A. J., « La production des normes juridiques » article précité, p. 317.

de volonté et non de connaissance, cette opération fait du juge le sélectionneur privilégié des sources de la création normative. »⁷⁵¹ Voulant préciser un peu plus l'activité du juge en cette matière où l'internormativité est de toute évidence exogène, l'auteur ajoute en se référant à John RAWLS⁷⁵² qu' « *il incombe au juge de trouver des solutions perçues comme justes, fruits d'un consensus par recoupement* »⁷⁵³.

182. Une telle activité élective du juge peut devancer l'état de la législation étatique ou même la contredire, tant il est vrai que la jurisprudence a aujourd'hui dépassé ses fonctions originelles pour accéder à une double position de mise en cause de la loi et de source directe de normes générales.

Irréductible, ce pouvoir normatif du juge n'est pas pour autant détaché du contexte dans lequel il s'exerce. Le juge doit œuvrer pour l'accueil de sa décision, et son pouvoir gagne en légitimité quand il s'appuie sur des notions aptes à abriter un contenu normatif d'ordre social ou éthique par exemple. Le législateur ne semble plus s'offusquer de la propension qu'a le juge à organiser ce « *jeu de normes* »⁷⁵⁴.

Le phénomène d'internormativité exogène est tellement fertile pour forger de nouvelles notions juridiques que l'on n'a pas hésité à soutenir que : « *c'est le juge qui, finalement détient la clé de la judiciarisation ou de la déjudiciarisation (...) à partir et grâce à des instruments largement étrangers au droit* ». Comme illustration de ce pouvoir du juge, il convient d'évoquer la solution de l'Arrêt MILHAUD⁷⁵⁵ et le sort que le législateur a réservé à cette solution. Prenant acte d'un vide juridique concernant l'expérimentation sur un patient en état de mort, le Conseil d'Etat, juge de cassation de l'ordre des médecins relève l'erreur de droit consistant à appliquer à cette hypothèse des dispositions du code de déontologie concernant les personnes vivantes. Poursuivant son argumentation, le juge fait appel à des principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, imposant que l'expérimentation pratiquée sur une personne morte respecte certaines conditions parmi lesquelles : la nécessité scientifique reconnue et le consentement antérieurement donné par le patient ou l'accord de ses proches. Ce faisant le juge venait de donner à des principes jusque là simplement déontologiques, une pleine juridicité qui sera, une année plus tard, reprise par le législateur dans la Loi du 25 juillet 1994 en son article 19⁷⁵⁶. Cette

⁷⁵¹ Rouyère A., « Le juge et les interactions normatives », in *Interactions normatives dans la recherche bio médicale*, Duprat J-P (dir), Bordeaux 2000, p. 133.

⁷⁵² Cf. Rawls J. *Théorie de la justice*, Seuil, 1997, *passim*.

⁷⁵³ Rouyère A., « Le juge et les interactions normatives », précité, p. 134.

⁷⁵⁴ Rouyère A., « Le juge et les interactions normatives », précité, p. 136.

⁷⁵⁵ CE Ass. 2 juillet 1993, Conclusions D. Kessler, *RFDA* 1993, p. 1002 et s ; G. Lebreton « Le droit, La médecine et la mort », *D. 1994* p. 352.

⁷⁵⁶ Qui a été incorporé au Code de la santé publique Article L. 209-18-1 « Aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur une personne en état de mort cérébrale sans son consentement exprimé directement ou par le témoignage de sa famille ».

possibilité d'action du juge lui permet d'attirer des normes de natures diverses dans l'espace de juridicité. De plus, elle le met à même de contribuer efficacement et par touches successives à l'émergence d'une notion et d'un régime des savoir-faire traditionnels. L'on peut dire au surplus que la consécration jurisprudentielle des normes et règles d'origine coutumière est, bien souvent, utilement complétée par la voie traditionnelle de la consécration légale comme en atteste la position des pays comme le Canada et le Surinam qui est mixte et qui fait appel à la fois à la consécration jurisprudentielle et à la consécration légale des règles coutumières.

Dans les développements suivants, consacrés à la consécration légale des règles et normes de source coutumière, un supplétif utile à l'activité du juge, malgré le fait qu'elle véhicule l'expression d'une vision hiérarchique des sources du droit.

Paragraphe 2. La consécration légale des règles coutumières : un supplétif utile à l'activité du juge.

183. Dans un système de protection où le rôle du juge dans l'application des normes et l'interprétation des règles est accrue : « *l'élaboration d'un ensemble de mesures de protection plus ou moins contraignantes peut être nécessaire car différents types de savoir-faire traditionnel peuvent nécessiter différentes formes de protection* »⁷⁵⁷. Pour être efficace, la protection juridique des savoir-faire traditionnels doit naviguer entre prévisibilité et souplesse. La prévisibilité de la loi doit laisser une part non négligeable à la souplesse de l'activité du juge qui recherchera dans des cas spécifiques les solutions les plus adéquates. A l'instar des lois nationales qui se sont vues reconnaître une certaine liberté pour appréhender de la façon la plus adéquate, les aspects particuliers des savoir-faire traditionnels⁷⁵⁸, l'on peut inscrire le juge national tout au bout de la chaîne menant à une application plus adaptée des règles.

⁷⁵⁷ Document WIPO/GRTKF/IC/6/4§ 34 *in fine*.

⁷⁵⁸ Voir cependant, pour une critique de cette méthode de la consécration légale des règles coutumières: **Tobin, B.** qui estime qu'« *une telle codification aurait une incidence sur la souplesse des régimes juridiques coutumiers et pourrait avoir des conséquences négatives sur la protection à long terme des droits autochtones. Une étude de l'expérience australienne au sujet des problèmes de titres autochtones fournit des enseignements précieux au regard de cette proposition. À propos des projets de codification du droit coutumier fondés sur l'expérience australienne, Mick Dodson, un militant autochtone de la première heure, a prévenu que la codification des droits pourrait constituer la première étape vers leur épuisement.* » **Tobin Brendan**, « Le droit coutumier comme fondement du consentement préalable en connaissance de cause des communautés locales et autochtones », *Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation, Compte rendu des discussions, Cuernavaca, Mexique, 24- 27 octobre 2004*. CONABIO et Environnement Canada, Mexique, p. 230.

Courriel : tobin@ias.unu.edu

184. Ainsi, faut-il situer l'utilité de la consécration légale des règles et normes de source coutumière à mi chemin entre la définition au plan international de principes et d'objectifs généraux l'application par le juge des règles et normes à des situations particulières faisant appel à la notion de savoir-faire traditionnel. En d'autres termes : la consécration légale des règles et normes coutumières s'est souvent faite en considération des principes et objectifs généraux définis au plan international et l'activité du juge consistera à consolider ou à affiner cette adéquation. C'est en ce qu'elle est à la fois le reflet des principes et objectifs généraux issus de l'activité internationale et la traduction en termes légaux de règles et normes relatifs aux savoir-faire traditionnels que la consécration légale est un supplétif nécessaire de l'activité du juge.

Les principes et objectifs internationaux (A) permettent au juge de redonner de la souplesse à une consécration légale des règles et normes d'origine coutumière qui a naturellement tendance à la perdre au profit de l'exigence de prévisibilité (B).

A. Les principes et objectifs internationalement définis en matière de protection des savoir-faire traditionnel.

Il convient de faire une typologie des principes, que suivra une analyse de leur utilité en termes de propension à permettre aux législations nationales d'atteindre des objectifs fixés.

1. Typologie des principes.

185. Conformément à des précédents notoires⁷⁵⁹ dans le domaine de la propriété intellectuelle, et sans préjudice de la diversité des mesures existant en matière de protection des savoir-faire traditionnels dans les différents systèmes nationaux, il convient de noter cinq principes fondamentaux qui ont été utilisés comme moyens d'action pour la protection des savoir-faire traditionnels en droit national. Ils sont donc issus des expériences nationales et ont été recensés et compilés principalement au sein de l'OMPI et du secrétariat de la Convention sur la diversité biologique⁷⁶⁰. Pour ce qui est de L'OMPI, les principes et les objectifs en rapport avec la propriété intellectuelle ont pris forme en deux ans dans des

⁷⁵⁹ Affaires Muntford vs milpurruru (Australie), Riz Basmati (Office Européen des Brevets), Hoodia (Afrique du sud).

⁷⁶⁰ Voir, par exemple, l'étude du Secrétariat de la CDB intitulée "Mesures de protection juridique et autres formes de protection appropriées visant à sauvegarder les connaissances, les innovations et les pratiques des communautés locales et autochtones englobant les modes de vie traditionnels relatifs à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique", UNEP/CBD/WG8J/1/2 (janvier 2000), par. 37.

réponses à des questionnaires⁷⁶¹, des déclarations générales⁷⁶², des informations soumises au groupe de travail⁷⁶³, des documents présentés⁷⁶⁴, des lois nationales communiquées⁷⁶⁵ et des témoignages se rapportant à des expériences concrètes. Il faut cependant noter que le Comité Intergouvernemental sur les ressources génétiques les savoir-faire traditionnels et le folklore n'a pas été obligé, dès sa 6^{ème} session⁷⁶⁶, de choisir tel ou tel d'entre eux.

- Principe d'équité et de partage des avantages.

Ce principe établirait que la protection des savoir-faire traditionnels doit être mise en œuvre d'une manière propice au bien-être social et économique et à un équilibre des droits et des obligations, et que l'exploitation commerciale des savoir-faire traditionnels doit être subordonnée au partage équitable des avantages, en tant qu'élément particulier d'un principe général d'équité⁷⁶⁷. Un principe général d'équité est au cœur du droit général de la propriété intellectuelle⁷⁶⁸ et il découle aussi d'instruments juridiques internationaux sans rapport avec la propriété intellectuelle⁷⁶⁹. Ce principe est aussi exprimé sous une forme ou une autre dans la plupart des mesures nationales de protection des savoir-faire traditionnels présentées à la cinquième session du comité⁷⁷⁰, dans de nombreuses déclarations⁷⁷¹, et dans de nombreux documents de travail des groupes régionaux⁷⁷². Sur le plan pratique, l'application et les éléments fondamentaux de ce principe ont été précisés dans des instruments tels que les Lignes directrices de Bonn⁷⁷³.

- Principe du consentement préalable éclairé.

Ce principe confirmerait qu'il ne devrait pas être possible d'accéder aux savoir-faire traditionnels détenus par une communauté traditionnelle, de les enregistrer, de les utiliser ou de les commercialiser sans le consentement préalable éclairé des

⁷⁶¹ Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/Q.1, WIPO/GRTKF/IC/Q.3 et WIPO/GRTKF/IC/Q.4.

⁷⁶² Voir les documents OMPI/GRTKF/IC/1/13, OMPI/GRTKF/IC/2/16, WIPO/GRTKF/IC/3/17, WIPO/GRTKF/IC/4/15 et WIPO/GRTKF/IC/5/15.

⁷⁶³ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4.

⁷⁶⁴ Voir, par exemple, les documents OMPI/GRTKF/IC/1/8, OMPI/GRTKF/IC/1/10 et WIPO/GRTKF/IC/4/14.

⁷⁶⁵ Voir <http://www.wipo.int/tk/en/laws/index.html>.

⁷⁶⁶ Mars 2004. Ils sont toujours inscrits à l'ordre du jour de la 10^{ème} réunion du Comité (30 Novembre au 8 décembre 2006).

⁷⁶⁷ Voir le document présenté par le GRULAC (WO/GA/26/9, annexe I, page 3).

⁷⁶⁸ Voir l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC de l'OMC.

⁷⁶⁹ Voir l'article 8.j) de la CDB, l'article 17.c) de la CDD et la section IV. D des Lignes directrices de Bonn.

⁷⁷⁰ Voir la loi type africaine et les lois du Brésil, du Costa Rica, de l'Inde, du Pérou, des Philippines et du Portugal.

⁷⁷¹ Voir, par exemple, Brésil (OMPI/GRTKF/IC/2/14, annexe, par. 15), Communauté andine (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 240), la Communauté européenne et ses États membres (WIPO/GRTKF/IC/3/16, page 6), États-Unis d'Amérique (WIPO/GRTKF/IC/4/13, par. 9), France (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 14), groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 12), Panama (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 226), Pérou (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 127, et WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 221), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 213) et Zambie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 156).

⁷⁷² Voir les documents présentés par la Communauté européenne et ses États membres (OMPI/GRTKF/IC/1/8, annexe III, par. 34), le groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/3/15, annexe, page 3, et OMPI/GRTKF/IC/1/10, annexe, propositions 3.3.c) et 3.4.d)) et le GRULAC (WO/GA/26/9, annexe I, page 3, et annexe II, page 4, et OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe I, page 2).

⁷⁷³ Voir la section IV. D des Lignes directrices de Bonn.

détenteurs de ces savoirs⁷⁷⁴. Ce principe général qui découle implicitement de dispositions d'instruments juridiques internationaux⁷⁷⁵, est mis en œuvre dans la plupart des mesures nationales de protection des savoir-faire traditionnels⁷⁷⁶; il est en outre proposé dans plusieurs documents de travail présentés au comité par des groupes régionaux⁷⁷⁷, recommandé dans bon nombre de déclarations générales⁷⁷⁸ et évoqué dans un certain nombre de réponses au questionnaire OMPI/GRTKF/IC/2/5 sur la protection nationale des savoir-faire traditionnels⁷⁷⁹. Le consentement préalable éclairé concernant les savoir-faire traditionnels est aussi un élément commun des lois régissant l'accès aux ressources génétiques et son application a été précisée dans les Lignes directrices de Bonn adoptées dans le cadre de la CDB.

Principe de la diversité des règles, impliquant des distinctions sectorielles.

Ce principe reviendrait à admettre qu'une application globale des mesures de protection des savoir-faire traditionnels doit peut-être refléter des objectifs généraux distincts propres à des secteurs particuliers et être intégrée à différents systèmes de réglementation sectorielle au niveau national. Par exemple, diverses mesures ont été élaborées au niveau national pour réglementer la médecine traditionnelle, les pratiques traditionnelles dans le domaine agricole, les savoir-faire traditionnels associés à des ressources génétiques et les industries fondées sur la tradition (comme la production artisanale). Il faut peut-être concevoir spécialement et adapter la protection des savoir-faire traditionnels en fonction des

⁷⁷⁴ Voir le paragraphe 4.a) du document WIPO/GRTKF/IC/6/INF/4.

⁷⁷⁵ Le Secrétariat de la CDB note que ce principe est « *enchâssé dans l'énoncé de l'article 8.j) par lequel, conformément à la législation nationale, l'application plus étendue des connaissances, des innovations et des pratiques des communautés locales et autochtones englobant les modes de vie traditionnels relatifs à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique ne devrait s'appliquer qu'à la condition d'obtenir « la participation et l'approbation des détenteurs desdites connaissances, innovations et pratiques* ». Voir aussi la section IV. C des Lignes directrices de Bonn.

⁷⁷⁶ Voir par exemple la loi type africaine et les lois du Brésil, du Costa Rica, de l'Inde, de Pérou, des Philippines et du Portugal (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4, annexe 1).

⁷⁷⁷ Voir les communications du groupe des pays africains (OMPI/GRTKF/IC/1/10, annexe, page 6, propositions 3.3.c) et 3.4.d)) et du GRULAC (WO/GA/26/9, annexe I, page 2, et annexe II, page 4).

⁷⁷⁸ Voir Brésil (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 86, WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 103, OMPI/GRTKF/IC/2/14, annexe, par. 15), Canada (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 92), Colombie (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 222), Communauté andine (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 240), la Communauté européenne et ses États membres (WIPO/GRTKF/IC/3/16, page 5, et OMPI/GRTKF/IC/1/8, annexe III, par. 34), Cuba (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 97), Égypte (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 96 et 127, et WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 153), États-Unis d'Amérique (WIPO/GRTKF/IC/4/13, par. 8), groupe des pays africains (OMPI/GRTKF/IC/1/13, par. 154, renvoyant au document OMPI/GRTKF/IC/1/10), Kenya (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 69, et WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 111), Mexique (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 70, et WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 97), Panama (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 226), Pérou (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 96 et 127, et WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 221), Philippines (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 85), République islamique d'Iran (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 119), Turquie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 109), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 94, et WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 132), Zambie (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 213), Pauktuutit - Association des femmes inuit, Canadian Indigenous Biodiversity Network et Kaska Dena Council (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 75), Fondation Tebtebba (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 77), Mejlis des peuples tatars de Crimée (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 162), Mouvement indien Tupaj Amaru (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 80), Pauktuutit - Association de femmes inuit au nom de Arctic Athabaskan Council, Assemblée des premières nations, Call of the Earth Circle, Canadian Indigenous Biodiversity Network, Indigenous Peoples' Biodiversity Network, Kaska Dena Council, Pauktuutit - Association des femmes inuit et Tulalip Tribes of Washington (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 172),

⁷⁷⁹ Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/3/7, WIPO/GRTKF/IC/4/7 et WIPO/GRTKF/IC/5/7.

différents besoins d'ordre général de ces domaines de réglementation et des différentes caractéristiques des savoir-faire traditionnels dans ces secteurs. Ces distinctions sectorielles ont été proposées par les membres du comité lorsqu'ils ont examiné les éléments de la protection *sui generis* des savoir-faire traditionnels⁷⁸⁰, et ressortent des lois *sui generis* existantes qui portent principalement sur un secteur particulier plutôt que sur les savoir-faire traditionnels dans tous les secteurs. Ce principe indique que la protection des savoir-faire traditionnels doit être coordonnée et harmonisée avec les objectifs généraux et les mécanismes de réglementation dans des domaines connexes, et qu'elle peut donc varier d'un secteur à l'autre.

- Principe d'adaptation de la forme de la protection à la nature des savoir-faire

traditionnels De tous les principes que nous passons en revue, celui-ci est le plus spécifique à une recherche de définition de la notion de savoir-faire traditionnel. Selon ce principe, les savoir-faire traditionnels, tout comme les lois et les pratiques coutumières ainsi que les communautés qui détiennent ces savoir-faire, sont divers par nature. Lors de l'élaboration et de l'application de principes juridiques de protection des savoir-faire traditionnels, que se soit par des droits de propriété exclusifs ou d'autres moyens, **la forme de la protection peut être conçue ou orientée en fonction des caractéristiques particulières des savoir-faire traditionnels en question**⁷⁸¹. Les savoir-faire traditionnels peuvent être divulgués ou non, attribuables ou non à une origine déterminée, détenus collectivement ou individuellement, codifiés ou non et définis ou délimités par différentes formes de lois et de protocoles coutumiers. Il existe plusieurs formes de protection adaptées, telles que la protection défensive ou positive, la protection découlant de droits exclusifs, des dispositions relatives à la concurrence déloyale ou encore de l'application du principe du consentement préalable éclairé, etc. Par exemple, des droits de propriété exclusifs ne devraient être accordés que si l'identité du titulaire des droits (une communauté ou un particulier) peut être clairement définie, tandis que le principe du consentement préalable éclairé pourrait être appliqué de façon plus large que les droits exclusifs.

Enfin, les règles relatives à la répression de la concurrence déloyale et les règles de responsabilité compensatoire pourraient elles-mêmes être appliquées plus largement que le principe du consentement préalable éclairé et que les droits de propriété privés parce que ces règles ne confèrent pas le droit d'interdire les

⁷⁸⁰ Voir les déclarations des pays et organisations ci-après : groupe des pays d'Asie et du Pacifique (WIPO/GRTKF/IC/4/14, annexe, pages 4 et 8), Népal pour la SAARC (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 14), Nouvelle-Zélande (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 138), Norvège (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 133), République de Corée (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 93) et Chambre de commerce internationale (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 161).

⁷⁸¹ C'est nous qui soulignons.

utilisations des savoir-faire traditionnels (à l'exception des actes de concurrence déloyale). Une notion similaire a été désignée comme la "diversité des solutions doctrinales" : "toute tentative visant à établir des lignes directrices uniformes pour la reconnaissance et la protection des savoirs des peuples autochtones comporte le risque de voir cette grande diversité se fondre dans un "modèle" unique qui ne correspondra aux valeurs, aux conceptions ou aux lois d'aucune société autochtone"⁷⁸².

2. La relation principes-objectifs gage d'une souplesse de la législation nationale.

186. Les principes énoncés ci-dessus sont proposés comme de simples matériaux de réflexion, recomposables à souhait selon les objectifs retenus⁷⁸³. Il faut d'ailleurs noter que ces principes ont été combinés de plusieurs manières par les législateurs nationaux pour offrir des modes de protection juridique adéquats et spécialement adaptés. Ainsi, une combinaison sélective de ces principes juridiques pourra constituer un cadre de protection des savoir-faire traditionnels suffisamment souple. Cela favoriserait la diversification des options juridiques et stratégiques pouvant correspondre à différents systèmes juridiques nationaux et l'élaboration d'ensembles de mesures suffisamment modulables pour offrir une protection spécialement adaptée aux différents types de savoir-faire traditionnels. La définition des principaux objectifs des mesures *sui generis* nationales recommandées serait donc « *un bon point de départ* », ont estimé les membres du Comité Intergouvernemental de l'OMPI⁷⁸⁴. Certains membres du comité ont même proposé des objectifs précis quant aux systèmes envisagés de protection des savoir-faire traditionnels⁷⁸⁵. Le juriste retrouve ici son « *rôle d'intendance* »⁷⁸⁶ tel que le conçoit le Professeur Jacques RAYNARD, en construisant les règles qui permettent d'atteindre les objectifs fixés. La dernière session du Comité tenue du 30 novembre au 8 décembre 2006⁷⁸⁷, a confirmé la liste de ces objectifs généraux que doivent servir un certain nombre de principes. L'on peut les ventiler en cinq groupes :

⁷⁸² Four Directions Council, « Forests, Indigenous Peoples and Biodiversity », document présenté au Secrétariat de la CDB, 1996.

⁷⁸³ Document WIPO/GRTKF/IC/6/4§ 34 *in fine*.

⁷⁸⁴ Les membres du comité se sont déjà exprimés au sujet des objectifs généraux qu'ils jugent appropriés. Voir par exemple Brésil (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 220), Fédération de Russie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 144), Japon (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 137) et Suisse (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 135).

⁷⁸⁵ À la première session du comité, le GRULAC a proposé une liste de six objectifs généraux concernant les mesures *sui generis* de protection des savoir-faire traditionnel (OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe I, page 3). Ces objectifs sont pris en considération sous les points énumérés ci-après.

⁷⁸⁶ Raynard J., « Brevet et logiciels : les risques d'une intervention juridique nouvelle » *in Propriété intellectuelle en question(s) Regards croisés européens*, Litec 2006, p. 179

⁷⁸⁷ Document WIPO/GRTKF/IC/10/5 du 02 Octobre 2006.

1^{er} groupe : Objectifs se rapportant directement aux savoir-faire traditionnels et à leurs détenteurs :

- créer un système approprié d'accès aux savoir-faire traditionnels⁷⁸⁸;
- assurer un partage juste et équitable des avantages découlant des savoir-faire traditionnels⁷⁸⁹;
- promouvoir le respect, la préservation, l'utilisation la plus large possible et le développement des savoir-faire traditionnels⁷⁹⁰;
- prévoir des mécanismes de mise en œuvre des droits des titulaires de savoir-faire traditionnels⁷⁹¹;
- améliorer la qualité des produits fondés sur les savoir-faire traditionnels et éliminer la médecine traditionnelle de piètre qualité⁷⁹²;

2^{ème} groupe : Objectifs relatifs à la politique en matière de biodiversité et de ressources génétiques:

- favoriser la conservation et l'utilisation durable des ressources biologiques et des savoir-faire traditionnels qui leur sont associés⁷⁹³;
- promouvoir la protection juridique et le transfert des ressources génétiques associées aux savoir-faire traditionnels⁷⁹⁴;

3^{ème} groupe : Objectifs relatifs aux droits des peuples autochtones :

- promouvoir le développement des peuples autochtones et des communautés locales⁷⁹⁵;
- reconnaître, respecter et promouvoir les droits des peuples autochtones et des communautés locales⁷⁹⁶;

4^{ème} groupe : Objectifs relatifs au développement durable et au renforcement des capacités :

- renforcer les capacités scientifiques à l'échelon national et local⁷⁹⁷;
- favoriser le transfert de technologies faisant appel aux savoir-faire traditionnels et aux ressources génétiques associées⁷⁹⁸;

5^e groupe : Objectifs relatifs à la promotion de l'innovation :

⁷⁸⁸ Voir les lois du Brésil, du Costa Rica, du Pérou et de l'Union africaine.

⁷⁸⁹ Voir les lois du Brésil et du Costa Rica, la loi indienne de 2002 sur la diversité biologique et les lois du Pérou et de l'Union africaine. Voir aussi le deuxième des six objectifs proposés par le GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe I, page 3).

⁷⁹⁰ Voir les lois du Pérou et du Portugal. Voir aussi le premier des six objectifs de la protection des savoir-faire traditionnels proposés par le GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe I, page 3).

⁷⁹¹ Voir la loi type africaine.

⁷⁹² Voir les divers éléments de la réglementation administrative *sui generis* de la Chine.

⁷⁹³ Voir la loi type africaine et la loi indienne sur la diversité biologique. Voir aussi le sixième des six objectifs proposés par le GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe I, page 3).

⁷⁹⁴ Voir la loi du Portugal.

⁷⁹⁵ Voir la loi du Pérou. Voir aussi le cinquième des six objectifs proposés par le GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe I, page 3).

⁷⁹⁶ Voir la loi du Pérou, la loi des Philippines sur les droits des peuples autochtones (1997) et la loi de l'Union africaine.

⁷⁹⁷ Voir la loi type africaine et la loi du Pérou.

⁷⁹⁸ Voir la mesure provisoire du Brésil.

- favoriser et reconnaître l’innovation fondée sur les savoir-faire traditionnels⁷⁹⁹;
- promouvoir la mise en valeur de l’art et de l’artisanat indigènes⁸⁰⁰.

187. Sur l’utilisation de ces objectifs généraux par les législateurs nationaux, les avis semblent partagés entre ceux qui les voudraient plus précis et ceux qui trouvent des vertus de souplesse à leur caractères général et à leur multiplicité.

Selon les uns⁸⁰¹, une solution schématique, fixant un large éventail d’objectifs généraux, serait globalement plus ouverte et adaptée à une plus large gamme d’intérêts touchant aux savoir-faire traditionnels; elle pourrait en revanche être plus difficile à mettre en œuvre et à adapter aux divers intérêts des détenteurs de savoir-faire traditionnels.

Pour les autres, emmenés principalement lors de la 6^{ème} session du comité intergouvernemental de l’OMPI tenue en 2003, par le groupe africain⁸⁰², une solution basée sur des objectifs précis, tels que la promotion de la médecine traditionnelle et la protection des savoir-faire traditionnels associés à des ressources génétiques, permettrait de fonder le mécanisme sur des éléments mieux définis des savoir-faire traditionnels et faciliterait la définition des droits conférés, leur administration et leur application. Ce n’est pas ici le lieu de prendre position pour l’une ou l’autre des perspectives, chacune ayant des vertus qu’il convient de combiner selon que l’on cherche à fonder un régime spécifique sur un objet bien identifié ou à organiser un cadre général de protection de la catégorie générique des savoir-faire traditionnels. Il faut simplement de préciser que les juges nationaux comme d’ailleurs les législateurs se retrouvent dans la situation où ils doivent servir les objectifs ci-dessus mentionnés en s’aidant des principes que nous avons à précédemment présentés. La différence entre ces deux acteurs d’une réhabilitation sélective des règles et normes de source coutumières est que l’une, la loi, est obligée de se prononcer en des termes généraux alors que l’autre, la jurisprudence, a la possibilité, à chaque fois qu’une affaire lui est déférée de faire application de cet instrument double : principes-objectifs. Ainsi, elle pourra élire et faire application d’une norme ou d’une règle de source coutumière afin d’atteindre par exemple les objectifs visés ci-dessus ou alors en se servant des principes que nous allons énumérer dans la subdivision suivante.

⁷⁹⁹ Voir les lois de la Chine et du Costa Rica. Voir aussi le troisième des six objectifs proposés par le GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe I, page 3).

⁸⁰⁰ Voir les mesures *sui generis* des États-Unis d’Amérique, notamment la loi indienne de 1990 sur l’art et l’artisanat.

⁸⁰¹ Position de la Norvège mentionnée au Paragraphe 227 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17 (2002).

⁸⁰² Sur les 10 principes fondamentaux de la protection des savoirs traditionnels, voir les paragraphes 17 à 28 du document WIPO/GRTKF/IC/6/4 et le paragraphe 109 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14.

Soulignons pour l'heure que pour élaborer une liste d'options juridiques et stratégiques, on peut obtenir la souplesse recherchée en s'inspirant de façon sélective de principes juridiques généraux de manière à adapter le mode de protection aux besoins spécifiques, aux savoir-faire traditionnels et au système juridique d'un pays donné.

Une méthode similaire est appliquée dans d'autres branches du droit de la propriété intellectuelle. Les instruments existants en matière de propriété intellectuelle permettent une certaine souplesse quant au mode de protection proposé au niveau national. Cela s'applique en particulier à certaines formes de protection *sui generis* prévues dans le cadre d'instruments internationaux, qui peuvent être mises en œuvre au moyen de lois de propriété intellectuelle élaborées dans un but précis, ou encore des lois de propriété intellectuelle en vigueur ou de lois relevant d'autres domaines du droit.

188. L'on peut citer, en ce qui concerne la protection *sui generis* des schémas de configuration de circuits intégrés, le Traité de Washington sur la propriété intellectuelle en rapport avec les circuits intégrés (1978) instituant dans l'article 4 une liberté dans les choix des moyens d'assumer les obligations découlant de ladite Convention⁸⁰³.

De même, la convention sur les phonogrammes dispose en son article 3 que les moyens de sa mise en œuvre « *sont réservés à la législation nationale ... et ... comprendront l'un ou plusieurs des moyens suivants : la protection par l'octroi d'un droit d'auteur ou d'un autre droit spécifique, la législation relative à la concurrence déloyale, ou des sanctions pénales* ».

Une certaine souplesse peut aussi être nécessaire au niveau du droit national pour déterminer l'identité des titulaires de droits et vérifier leur personnalité juridique ou leur droit d'agir, les bénéficiaires de la protection des savoir-faire traditionnels, la nature des avantages accordés et les moyens d'administrer le partage des avantages, bien que cela relève peut-être de principes généraux. Cette seconde exigence de souplesse doit aussi être intégrée par la législation nationale. La consécration législative des règles et normes d'origine coutumière doit ainsi intégrer une double exigence de souplesse. Elle bénéficie d'une souplesse conférée par les principes et objectifs internationalement définis qu'elle doit traduire dans la réception qu'elle organise des règles et normes d'origine coutumière.

Il n'en demeure pas moins que certaines limites apparaissent qu'il convient à présent d'analyser.

⁸⁰³ Cet article se lit comme il suit : « Chaque Partie contractante est libre d'exécuter ses obligations en vertu du présent traité au moyen d'une législation spéciale sur les schémas de configuration (topographies), au moyen de sa législation sur le droit d'auteur, sur les brevets, sur les modèles d'utilité, sur les dessins et modèles industriels ou sur la concurrence déloyale, *au moyen de n'importe quelle autre législation ou au moyen d'une combinaison quelconque de ces législations.* » (sans italiques dans le texte).

B. Les limites naturelles de la consécration légale des règles et normes de source coutumière.

Les limites en question se lisent entre une conception hiérarchique et une approche statique.

1. Conception hiérarchique des sources.

189. La loi est la seule parmi les sources du droit à être dotée d'un pouvoir émancipateur absolu en ce sens qu'elle seule peut donner force obligatoire générale à une coutume fût-elle *contra legem*. Elle jouit d'une sorte de monopole dont le fondement a été entre autres trouvé dans son « *élaboration rationalisée* »⁸⁰⁴. Les commodités qu'offre la théorie de la hiérarchie des normes sont nombreuses et les apports à la construction cohérente de l'ordre juridique sont certains. C'est donc naturellement que les essais de réhabilitation de la source coutumière ont pris la forme de consécration par la source législative des règles coutumières. La reconnaissance des règles et normes coutumières est d'ailleurs justement perçue comme une exigence transversale à la protection globale et efficace des savoir-faire traditionnels. Par rapport à chacun de ces éventuels moyens d'action, le Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoir-faire traditionnels et le folklore en 2004 notait qu' « *il convient d'accorder une attention particulière à la reconnaissance des lois et protocoles coutumiers, qui recourent dans chaque cas les systèmes juridiques locaux* »⁸⁰⁵. Un certain nombre de systèmes *sui generis* existants renvoient aux lois et protocoles coutumiers comme solution pouvant se substituer à la création de droits de propriété intellectuelle modernes sur les savoir-faire traditionnels ou la compléter. Ainsi et pour réguler les questions de consentement préalable donné en connaissance de cause, M. Brendan TOBIN souligne qu'« *Il est (...)de plus en plus admis que le droit et les usages coutumiers des peuples autochtones et des communautés locales ont un rôle essentiel à jouer dans la définition de la manière dont les procédures de PIC devraient être appliquées* »⁸⁰⁶. Tel est le cas entre autres de la loi type africaine et des lois *sui generis* du Pérou et des Philippines qui *incorporent par renvoi certains*

⁸⁰⁴ Revet Th., Deumier P in , *Dictionnaire de la culture juridique* précité, p. 143. Une autre raison de ce « légicentrisme » est selon les auteurs, la construction concomitante de l'Etat moderne qui donna lieu à « des rapports de connivence tels qu'ils(l'Etat et la loi) se soutiennent et se servent l'un l'autre : l'Etat trouve dans la loi le fondement et le moyen de son autorité ; la loi trouve dans l'Etat le fondement et le moyen de son autorité ».

⁸⁰⁵ Voir le document soumis par le groupe des pays africains (OMPI/GRTKF/IC/1/10, annexe, page 7, proposition 3.3.b)). Voir les déclarations des pays et organisations ci-après : Afrique du Sud (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 225), Communauté européenne (OMPI/GRTKF/IC/1/8, annexe IV, page 7), groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 95 et WIPO/GRTKF/IC/3/5, annexe, page 5), Iran (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 150), Pérou (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 221), Suisse (OMPI/GRTKF/IC/1/9, annexe, pages 4 et 10), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 213), Conseil Same (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 76) et Indigenous Peoples' Biodiversity Network (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 160).

⁸⁰⁶ Tobin, B. « Le droit coutumier comme fondement du consentement préalable en connaissance de cause des communautés locales et autochtones », loc. Cit. p. 227

éléments du droit coutumier dans la protection *sui generis* des savoir-faire traditionnels. Le lien entre les lois *sui generis* modernes et le droit coutumier repose sur un ensemble de principes allant de celui de l'indépendance des droits conférés par les systèmes modernes et traditionnels⁸⁰⁷ à celui de la protection par l'Etat des droits prévus dans la législation *sui generis* moderne qui sont « *consacrés et protégés en vertu du droit coutumier des communautés locales et autochtones intéressées, qu'ils soient ou non consignés par écrit* »⁸⁰⁸. Ces deux options sont en réalité deux facettes d'un seul et même mécanisme : la nécessité de recourir à l'activité législative pour donner force aux normes coutumières préexistantes. La seule différence que l'on puisse déceler se situe au niveau des relations que les règles juridiques édictées par le législateur entretiennent avec la source coutumière.

Dans le cas du Pérou, on assiste à une activité législative innovante en ce qu'elle prétendra saisir directement l'objet de protection sans aucune référence au droit coutumier. Ceci explique l'indépendance dont elle se réclame vis-à-vis des règles coutumières.

La loi type africaine quant à elle, après avoir renvoyé l'adoption de la législation *sui generis* à la compétence de l'Etat, lui fait obligation de protéger les droit qui sont « *consacrés et protégés en vertu du droit coutumier*⁸⁰⁹ (...) *qu'ils soient ou non consignés par écrit* ». Il semble ainsi que les règles coutumières, si elles ne sont reprises par la loi, ne puissent prétendre qu'à une effectivité toute relative. C'est cette particulière **précarité/infériorité** des règles déduites de la coutume et des usages que M. TOBIN constate en ces termes: « *lorsque le droit coutumier entre en contradiction avec le droit national, c'est ce dernier qui a préséance. Il y a exception à la règle lorsqu'il peut être démontré que le droit national entre en conflit avec des droits coutumiers reconnus par la Constitution. Dans ce cas, la partie lésée aura encore besoin que les autorités modifient la loi anticonstitutionnelle et qu'elles prennent les mesures correctives nécessaires pour réparer le préjudice éventuel. Quelquefois, l'espoir d'une réparation est bien mince lorsque le préjudice résulte d'une exploitation irréversible de ressources. En l'absence de protection constitutionnelle, les communautés dépendront à jamais de la bonne volonté des autorités nationales, étant donné qu'une mesure législative peut toujours, n'importe quand, se traduire par l'abrogation de droits ancestraux* »⁸¹⁰.

Ainsi, la règle coutumière, rapprochée et insérée dans l'ordonnement juridique pyramidal de l'Etat moderne, se révèle bien piètre protectrice. Déclarer simplement que les deux systèmes normatifs sont parallèles⁸¹¹ ne traduit non seulement plus la

⁸⁰⁷ C'est le cas du Pérou.

⁸⁰⁸ C'est l'option prise par la législation type africaine.

⁸⁰⁹ C'est nous qui soulignons.

⁸¹⁰ Tobin, B., précité, p.230 *in fine*

⁸¹¹ Janke Terri, précité p. 128

réalité mais incite fâcheusement à renoncer à toute tentative de rapprochement ou de confrontation entre les règles coutumières et les règles d'origine étatique inspirées de la propriété intellectuelle. Il semble alors indispensable de: « *cerner les mesures qui permettraient une interrelation plus étroite entre le droit coutumier et le droit national, régional et international* »⁸¹². D'autres auteurs au nombre desquels Mme Peigi WILSON⁸¹³, proposent une conception inverse mais tout aussi hégémonique du rapprochement entre les lois coutumières et les lois étatiques. L'auteure esquisse une sorte de médiation entre les normes en cause pour mieux affirmer la nécessité de donner la préséance aux règles issues de lois coutumières. Selon Mme WILSON « *cette incorporation se fera dans la mesure où les autres parties respectent les lois que les Premières nations se donnent pour se gouverner elles-mêmes. Cela exige un partage de l'information,(...), une compréhension de l'objet des lois et une adaptation des lois nationales et internationales afin que le processus à l'échelon de la communauté soit respecté* »⁸¹⁴. A y voir de plus près on peut déceler la volonté d'organiser une perméabilité des règles du droit délibéré⁸¹⁵ aux normes issues des lois coutumières.

190. Le rapprochement des règles semble non seulement inévitable, mais aussi souhaitable pour M. LANGFORD⁸¹⁶ qui soutient que « *La protection sui generis des savoirs traditionnels détenus par les communautés peut emprunter des éléments aux protocoles traditionnels régissant l'accès aux savoirs traditionnels détenus par des communautés autochtones et locales, l'utilisation de ces savoirs, de même que certains éléments du droit du secret d'affaires* »⁸¹⁷.

Il importe peu ici que le droit coutumier soit écrit ou oral. L'idée majeure est que pour bénéficier de la protection par l'Etat, il lui faut être incorporé dans la législation moderne. La réception dans la sphère légale de règles coutumières illustre une relation de source à source⁸¹⁸ qui ne relève pas de ce que la conception du droit en réseau a de plus spécifique et utile en la matière. C'est même là encore un effet de la conception hiérarchique des sources du droit. Ici, point besoin de s'en émouvoir car le paradigme retenu du réseau ne s'en trouve pas substantiellement altéré. Il nous a été en effet démontré que l'idée de hiérarchie n'était pas

⁸¹² Tobin, B., précité, p. 230

⁸¹³ Avocate, Directrice de l'intendance de l'environnement pour l'Assemblée des Premières Nations, spécialiste des problèmes environnementaux et de leurs incidences sur les Autochtones.

⁸¹⁴ Wilson P. « Les communautés autochtones et locales : le consentement préalable en connaissance de cause de la communauté relatif à l'accès aux savoirs traditionnels et aux ressources génétiques », in *l'Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation, Compte rendu des discussions*, Mexique 2004, p. 234

⁸¹⁵ Selon le Diptyque proposé par le Pr. DEUMIER Pascale.

⁸¹⁶ Conseiller principal en matière de propriété intellectuelle, Bureau de la Convention sur la biodiversité, Environnement Canada. Courriel: Jock.Langford@ec.gc.ca

⁸¹⁷ Langford J., « La protection sui generis des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés » in *l'Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation, Compte rendu des discussions*, Mexique 2004, p. 137

⁸¹⁸ C'est nous qui soulignons.

systématiquement contraire à celui de réseau⁸¹⁹ bien qu'elle n'en constitue pas le cœur. Toute idée de hiérarchie serait ainsi constitutive d'un cas-limite situé aux frontières des concepts de système et de réseau⁸²⁰. Dans cette zone intermédiaire et périphérique qui participe à la fois du réseau et du système, les sources du droit que sont la coutume et la loi peuvent entretenir des relations basées sur une conception hiérarchique : ce sera le cas de la consécration législative des règles d'origine coutumières ; ce sera aussi le cas de la consécration juridique de normes sociales ou plus largement non juridiques⁸²¹. Nous remarquerons qu'il s'agit là d'un type de relation « *source - source* » et « *norme - source* ».

2. Une approche statique des règles et normes relevant de la source coutumière.

191. Le manque de réactivité et d'évolutivité vers lequel conduit la consécration légale doit être vu comme résultante de la recherche de prévisibilité et de précision de la loi.

La France a reconnu des droits collectifs d'origine coutumière à l'occasion de la résolution négociée des tensions en Guyane⁸²². Une telle voie est à la fois utile et conforme à une vision étatiste du droit. Elle rentre aussi dans les mécanismes du droit en réseau mais elle laisse totalement de côté tous les phénomènes internormatifs qui sont le véritable ressort du changement de paradigme que nous proposons d'appliquer aux savoir-faire traditionnels.

Si seules les normes habitent l'espace du réseau strictement entendu⁸²³, quelle est la place qu'occupent les sources de ces normes ? La consécration légale est malgré tout, très peu pratiquée.

192. Bien que le droit coutumier et la protection des savoir-faire traditionnels aient donné lieu à de longs débats d'orientation politique, la mention expresse du droit coutumier dans les législations *sui generis* existantes est jusqu'à présent restée relativement limitée. Elle est surtout le fait de systèmes juridiques d'essence communautaire.

Analyser la question sous cet angle ne présente pas de véritable modification de perspective si l'on considère que les ordres juridiques en question ont été plus ou moins récemment confrontés à la prééminence affirmée ou usurpée de la loi sur

⁸¹⁹ Ost F. et Van de Kerchove M., *De la pyramide au réseau*, précité p. 25 qui reprennent là les travaux de H. Bakis, *Les réseaux et leurs enjeux sociaux*, Paris PUF 1993, p. 5.

⁸²⁰ *ibidem*

⁸²¹ En application du positivisme légicentré qui caractérise les systèmes juridiques de civil law.

⁸²² Martres J-P, Larrieu J., *Coutume et droit en Guyane*, Economica, 1993.

⁸²³ L'espace dynamique du réseau

les autres sources de droit⁸²⁴. Cependant, ils méritent d'en être distingués car les sociétés qui animent ces ordres juridiques manifestent bien plus que les autres, un attachement particulier à leurs traditions et une forte empreinte du sacré traduits en droit par le large maintien de ces coutumes⁸²⁵. Certains auteurs, de ce fait, sont réticents à considérer que les enjeux diffèrent⁸²⁶. Adopter une telle position, c'est faire fi de la puissance du sentiment communautaire dans ces ordres juridiques. L'on peut être tenté, pour réfuter une telle opinion, de dire qu'une vision « *conventionnaliste* »⁸²⁷ du droit permettrait de faire des sources traditionnelles constituées d'usages et de coutumes, des sources prépondérantes du droit. Mais une objection définitive réside dans l'option qui fonde ces différents ordres juridiques et qui est celle de la prééminence de la source légale. On peut se laisser ensuite tenter par la vision « *pragmatique* »⁸²⁸ et trouver dans la promotion des valeurs communautaires contenues dans les usages et les traditions, un des objectifs premiers de ces ordres juridiques. Mais ici encore une telle lecture ne peut prospérer quand on considère le caractère sectaire des usages qui sont souvent communautaires et donc partiels par rapport à la communauté nationale pour qui les objectifs doivent être généraux. La théorie la moins utilitariste et la plus désincarnée du « *droit-intégrité* », défendue et soutenue par R. DWORKIN, qui considère le droit comme devant « *répondre à l'exigence d'une collectivité politique agissant envers chacun de ses membres sur la base de principes [pré]définis* »⁸²⁹ semble fournir une grille de lecture plus intéressante de ce pluralisme normatif et juridique que l'on hésite encore à nommer.

Le Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques, les savoir-faire traditionnels et le folklore a déclaré que « *dans la plupart des cas, ces législations ne font pas directement état du droit coutumier, bien que la reconnaissance de ce droit puisse être importante pour leur mise en œuvre concrète* »⁸³⁰. Cet état de choses ne fait que renforcer le rôle de la jurisprudence en

⁸²⁴ A la suite des différents mouvements de colonisation et d'indépendance.

⁸²⁵ Voir, H. Lévy-Bruhl, « Esquisse d'une théorie des sources du droit », in *L'année sociologique*, 1953, p. 3 et s. sp. Pp. 19 à 23.

⁸²⁶ Deumier, P., op. Cit. P. 10 où l'auteure cite le Pr R. David qui écrit : « ici et là on se comporte comme, en fait comme si la loi était devenue la source exclusive, ou presque exclusive, du droit » (David, R., *Les grands systèmes de droit contemporains*, par C. Jauffret-Spinozi, 8ème éd. 1982, n°97.)

⁸²⁷ Conforme à la théorie du « Conventionnalisme » qui considère que le droit qui gouverne une collectivité se borne à la définition qu'en donnent les conventions et les usages dans cette collectivité. Une telle théorie qui du reste a été combattue par un éminent théoricien du droit (R. Dworkin, *l'Empire du droit* Paris PUF 1986) aurait eu l'avantage de rétablir les usages et traditions communautaires comme source privilégiée de droit.

⁸²⁸ Selon cette théorie, qui ne recueille pas non plus l'assentiment du Pr. Dworkin bien qu'étant largement adoptée par ses confrères de tous horizons, : « la meilleure définition de la pratique juridique est celle d'un instrument devant aider un société à atteindre ses limites » R. Dworkin, op. cit p. 127.

⁸²⁹ *L'Empire du droit*, précité, *passim*.

⁸³⁰ Lors de la 6^{ème} session tenue à Genève du 15 au 19 avril 2004 (WIPO/GRTKF/IC/6/4 § 47)

la matière et jeter une lumière supplémentaire sur le fait que : « *la coutume est en effet le lieu privilégié où la justification rationnelle des normes (leur acceptabilité rationnelle) coïncide avec leur intégration dans un contexte communautaire (leur acceptation pratique)* »⁸³¹ et que « *la coutume exprime en conséquence et par excellence, la normativité en mouvement des formes de vie communautaire* »⁸³².

Il demeure que l'idée même d'une égalité absolue et de principe entre la coutume et la loi demeure choquante et nous nous garderons de la proposer. Il n'est pas douteux non plus que l'ordre juridique étatique soit en l'Etat actuel dominant dans l'espace qu'il peut partager avec d'autres champs juridiques. Mais cette domination ne doit pas être synonyme de disparition des autres champs juridiques⁸³³ qui ne peuvent exister et produire effet que dans les conditions posées par le champ dominant et dans la mesure où ce dernier n'est pas contredit dans ses prescriptions. Ainsi, s'avère t-il utile de se démarquer dans une certaine mesure de l'idée de hiérarchie entre les sources du droit tant en ce qui concerne les relations au sein du même champ juridique⁸³⁴ que dans le cadre d'une collaboration entre champs juridiques différents.

Si l'on ne peut totalement écarter cette idée d'hégémonie pour tous les rapports entre le champ juridique étatique et les autres champs juridiques, il faut pouvoir l'atténuer sans risquer l'hérésie lorsque la naissance d'une notion est en jeu ; surtout lorsque cette notion répond à une raison pratique mutuellement partagée.

193. Si le droit doit être envisagé à travers le paradigme du réseau il convient de se rendre compte que ce réseau comprend à notre avis une partie dynamique et une partie statique.

La partie dynamique est un espace d'interaction continue entre les normes qu'elles soient juridiques ou autres. Cet espace a pour modérateur le juge dans sa fonction de juger⁸³⁵.

La partie statique est constituée par les sources des normes qui sont circularisées ou satellisées, c'est-à-dire ni en compétition ni en hiérarchie. Ces sources peuvent être juridiques formelles (jurisprudence, loi, doctrine) ou autres (éthique, religieux). Toutes les normes de ces différentes sources appartiendraient ainsi au réseau mais seront plus ou moins connectées les unes aux autres selon les nécessités du réseau.

⁸³¹ Sur cette distinction entre acceptabilité rationnelle et acceptabilité pratique , voir entre autres : **Maesschalck M.**, *Normes et Contextes*, OLMS Verlag, Hildsheim, 2001, spec. Pp. 80 et ss.

⁸³² **Coppens Ph.**, « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit », in *Le droit au défi de l'économie*, Y. Chaput (Dir) Publications de la Sorbonne 2002, p. 222.

⁸³³ Voir pour une conception similaire des rapports pouvant exister entre le droit étatique et les autres champs juridiques : **Deumier, P.** th. Précitée, p. 326, justifiant ainsi son choix objectif de la pluralité juridique.

⁸³⁴ Où la hiérarchie est la base de la construction du système à moins que l'on soit pour l'idée de plus en plus acceptée de droit en réseau.

⁸³⁵ Sur la fonction de juger, Voir° **De Schutter, O.** *La fonction de juger*, Th. UCL, 1996 et la riche documentation citée.

CONCLUSION CHAPITRE 2

194. Ouvrir le chantier de la réhabilitation des normes et règles relevant de la source coutumière pouvait apparaître à certains égards comme une tâche à la fois redoutable⁸³⁶ et dénuée d'originalité⁸³⁷.

Qu'il s'agisse de proposer une réhabilitation permanente ou d'avancer l'idée d'une réhabilitation sélective, il a fallu dans un premier temps se dégager d'une approche trop oppressante et un peu tronquée de la pyramide des normes telle que Hans KELSEN l'a proposée. En effet, confrontée à la pyramide des normes, la source coutumière ne pouvait passer valablement les épreuves de la validité et de la conformité auxquelles il est essentiel de satisfaire avant de prétendre produire quelque effet juridique.

195. Le dépassement de cet obstacle s'imposait donc afin de résoudre « *l'épineuse question de l'articulation d'espaces normatifs cloisonnés aux objectifs antagonistes et aux méthodes hétérogènes* »⁸³⁸. C'est à cela que nous nous sommes attachés en adoptant une conception réticulaire des normes en droit. Le droit coutumier et le droit des brevets, le droit moderne et le droit traditionnel se sont vus décloisonnés, dans un maillage de normes dont nous avons pu établir qu'il s'agissait d'un espace d'internormativité. Le juge est appelé, dans cet espace d'internormativité, à jouer un rôle prépondérant et actif en se chargeant du second volet de la réhabilitation des règles et normes relevant de la source coutumière : la réhabilitation sélective.

195. Le juge dans sa fonction juridictionnelle applique et interprète la loi. Ce rôle à la fois conservateur et innovateur fait de lui le promoteur complémentaire mais non résiduel d'une internormativité qui peut être à la fois endogène⁸³⁹ et exogène⁸⁴⁰. Dans le premier cas de figure, le juge est appelé à jouer un rôle d'arbitre et de modérateur. Dans le second, il est le promoteur de l'internormativité en ce qu'il organise les influences de normes qui proviennent de sources diverses : juridiques ou non juridiques.

196. Comme on a pu le voir, la situation est complexe et demande que l'on se dote d'outils simples et souples. Dans cette perspective, il faut garder présent à l'esprit que le modèle du choix rationnel que les Etats seront amenés à faire sera

⁸³⁶ Parce que postulant une réécriture au moins partielle de l'ordre des choses juridiques.

⁸³⁷ Au vu de l'abondante littérature consacrée à l'émancipation de la coutume dans les ordres juridiques d'essence romano-germanique.

⁸³⁸ **Bellivier F., Noiville C.,** *Contrats et vivant, Le droit de la circulation des ressources biologiques*, LGDJ, 2006, p. 290.

⁸³⁹ L'internormativité endogène s'entend ici de celle qui met en cause des normes dont la juridicité est acquise soit en considération de leurs sources soit en considération de leur caractère sanctionné.

⁸⁴⁰ L'internormativité exogène s'entend de celle qui met en cause des normes sanctionnées en droit et d'autres normes qui peuvent relever de la société, de l'éthique, voire, de l'idée du juste.

insuffisant s'il n'est pas ouvert à « *l'idée d'un processus qui oriente les choix en fonction de l'évolution des croyances, des perceptions, des attitudes et des préférences, bref d'un ensemble d'informations contextualisées mais non uniformisées entre tous les acteurs* »⁸⁴¹.

⁸⁴¹ Coppens Ph., Article précité p. 222.

CONCLUSION DE TITRE I.

En guise de conclusion intermédiaire, il faut constater que le savoir-faire traditionnel est rétif à toute approche univoque consistant à l'appréhender au travers des seuls mécanismes de la propriété intellectuelle. L'absence, jusqu'alors d'une notion cohérente de savoir-faire traditionnel est le fruit de ce que, tant les ordres juridiques nationaux que les traités internationaux, l'ont ignoré comme objet de droit.

Or, il renvoie indubitablement à un autre champ juridique par l'intermédiaire des règles et normes relevant de la source coutumière dont il a fallu constater le renouveau, la prégnance et promouvoir la réhabilitation.

La réhabilitation, telle que nous la proposons est un mécanisme à double niveau qui s'appuie d'abord sur une lecture non hiérarchique de la pyramide de Kelsen pour soutenir une conception réticulaire⁸⁴² des rapports entre les normes du droit délibéré⁸⁴³ de la propriété intellectuelle et celles du droit coutumier. Dans une telle configuration, le juge en général, et celui du brevet en particulier, a une place centrale dans le réseau d'internormativité dont la proposition est l'aveu que la source coutumière aussi se révèle incapable, prise isolément, de fournir une vision cohérente et adaptée du savoir-faire traditionnel.

Ainsi, il semble que l'on soit en présence d'un obstacle épistémologique car « *des habitudes intellectuelles qui furent utiles et saines, (sont sur le point d'), entraver la recherche* »⁸⁴⁴. Face à cela, plusieurs attitudes étaient possibles⁸⁴⁵ ; mais nous opterons pour une construction de la notion de savoir-faire traditionnel qui fasse intervenir des éléments appartenant aux deux champs juridiques en cause. Le pluralisme juridique a ici une existence réelle dépassant la simple proclamation idéologique⁸⁴⁶. Ce n'est donc pas la démonstration du caractère obsolète du

⁸⁴² Ost F., Van de Kerchove M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, P.F.U Saint-Louis, 2002.

⁸⁴³ Deumier P., *Le droit spontané*, th, Economica, 2002.

⁸⁴⁴ Bachelard G., *La formation de l'esprit scientifique* (1938), 11ème éd. Paris, Vrin, 1980, p. 14.

⁸⁴⁵ Une d'entre elles, présentée par Massimo Vogliotti dans son article précité consacré aux « Mutations dans le champ pénal contemporain : vers un réseau en droit pénal » (Rev. Sc.cr. oct.-déc. 2002, p 742-753), consiste à remettre en cause la capacité représentative et heuristique du paradigme. Selon l'auteur, « au lieu de continuer à démoniser la réalité pour sauver la pureté du paradigme, il semble préférable de le mettre en question et d'essayer de voir la réalité d'un autre regard ». Nous pensons pour notre part qu'une telle procédure est difficilement transposable à l'objet de notre étude, à cette étape de la réflexion car les paradigmes existants sont cantonnés à des champs juridiques qui ont besoin avant tout, d'être « décloisonnés ». C'est à la recherche d'une méthode définitoire qu'il convient de se lancer afin de donner naissance à une notion qui servira d' « étalon » ou de paradigme pour des recherches ultérieures du même genre (tel est, nous semble-il la prétention de tout travail théorique).

⁸⁴⁶ Voir en ce sens, Chevallier, J., « L'ordre juridique » in *Le droit en procès*, CURAPP, PUF, 1984 ; Van de Kerchove, M. et Ost, F., *Le système juridique ; entre ordre et désordre*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1988, sp. p. 190 et s. ; Gurvitch, G., *La déclaration des droits sociaux*, Lib. Philosophique J. Vrin, Paris

monisme juridique étatique⁸⁴⁷ en matière de savoir-faire traditionnel qui retiendra notre attention en cette fin de titre. C'est plus précisément la pluralité des champs juridiques intéressés par la notion de savoir-faire traditionnel qui constitue l'enseignement structurel de ce premier titre.

S'il a été difficile de donner naissance à une notion de savoir-faire traditionnel cohérente, c'est simplement parce que l'on n'a pas pris en compte la pluralité des champs juridiques potentiellement concernés qu'il fallait identifier avant de les engager dans une collaboration. Le droit tel qu'il est interrogé par le savoir-faire traditionnel, est un réseau fait de plusieurs champs juridiques dont les frontières ne sont plus étanches.

A cette première démarche structurelle sur les sources du droit de la propriété intellectuelle et celles du savoir-faire traditionnel, va à présent succéder une autre, substantielle qui fera naître la notion même de savoir-faire traditionnels.

1946, sp. p. 58 et s. ; Rouland, N., *Anthropologie juridique*, PUF, 1988, sp. p. 80 et s. ; Galanter, M., « La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux » in *Accès à la justice et Etat-Providencia*, M. Cappelletti (dir), Préface R. David, Economica, 1984, p. 151 et s.

⁸⁴⁷ D'autant que le développement des études d'histoire et d'anthropologie juridique ont largement mis en évidence l'existence de droits dans les sociétés sans état, existence logiquement impossible dans les théories monistes puisque l'Etat n'existait pas encore (Jestaz, Ph., *Le droit*, Dalloz, connaissance du droit, pp. 45-46 ; Voir également Carbonnier, J., *Sociologie juridique*, A. Colin, Coll. U., 1972, p. 357 : Le monisme des dogmatiques a correspondu à une situation politique contingente, à la création des grands systèmes nationaux, du XVIème au XVIIIème siècle(...). Mais il n'y a rien qui tienne à l'essence du droit. La preuve en est qu'auparavant, l'Europe avait connu une longue période pluraliste. »

Titre 2. DETERMINATION DE LA NATURE DU DROIT PORTANT SUR LE SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL

197. Il convient avant tout, de se démarquer de l'idée selon laquelle, la construction juridique du savoir-faire traditionnel doit se lire en termes de régime juridique *sui generis*⁸⁴⁸ protégeant un objet *sui generis*, c'est-à-dire possédant son « genre en soi »⁸⁴⁹. Comme nous l'affirmions dans nos propos introductifs à cette étude, le savoir-faire traditionnel n'est pas du tout dépourvu de filiation dans l'histoire de la propriété intellectuelle. Notre propos ne sera donc pas d'affirmer que le savoir-faire traditionnel tire son essence de sa spécificité propre⁸⁵⁰. En effet, il ne nous semble pas que le savoir-faire traditionnel soit totalement irréductible à une autre catégorie préexistante et qu'il « constitue alors à lui seul, une espèce nouvelle »⁸⁵¹. Il s'agit ici de rechercher un concept autonome, c'est-à-dire un ensemble de règles qui diffère notablement de l'ensemble référentiel qu'est le savoir-faire. Il s'agit aussi de rechercher un ensemble de règles qui présente une complétude et une cohérence telles qu'elles peuvent se mettre en œuvre de façon harmonieuse.

198. Est autonome ce qui jouit de l'autonomie⁸⁵², qui est distinct, suffisant⁸⁵³. L'autonomie cependant ne signifie pas indépendance. Elle caractérise en droit public par exemple « la situation des collectivités ou d'établissements n'ayant pas acquis une pleine indépendance vis-à-vis de l'Etat dont ils font partie ou auquel ils sont attachés, mais qui sont dotés d'une certaine liberté interne de

⁸⁴⁸ Proposition faite à plusieurs reprises par le Comité Intergouvernemental de l'OMPI : voir notamment les documents : WIPO/GRTKF/IC/2/8,2/9 issus des travaux de la deuxième session, 3/7,3/10 issus des travaux de la troisième session, 4/7 de la quatrième session, et 5/7 de la cinquième.

⁸⁴⁹ H. Roland et L. Boyer, *Les locutions latines en droit français*, 4^{ème} ed. 1998, p. 469 ; V° *Sui generis*, *Lexique des termes juridiques*, Guillien, R et Vincent, J., 14^{ème} édition Dalloz, p. 550

⁸⁵⁰ La donation des biens à venir (Article 1082 du code civil.) qui est cité par les Pr. Roland et Boyer (Op. cit., p. 470) comme mécanisme *sui generis* ne nous semble pas un exemple pertinent car il s'agit d'une institution qui participe à la fois du testament et de la donation ; mais n'étant ni l'un ni l'autre cette institution qualifiée « d'amphibie » n'en est pas pour autant *sui generis* car elle ne constitue pas un genre prochain en lui-même. Tel n'est pas en revanche le cas du contrat d'hôtellerie pour qui il ne saurait être question d'appliquer cumulativement les règles relatives aux différents contrats nommés dont il est lui-même composé : bail pour la chambre, dépôt, pour les bagages, , vente pour les boissons et aliments, , entreprise pour les services rendus par le personnel de l'hôtel au voyageur. La désignation de *sui generis* que ce contrat mérite est dû au fait qu'il est irréductible à une autre catégorie préexistante. Il faut ainsi lui reconnaître une unité justifiée par sa nature originale et commandant un régime juridique approprié. La condition pour l'existence d'un concept *sui generis* est la rupture de la chaîne d'appartenance entre le concept considéré et son environnement immédiat de sorte que l'on puisse considérer qu'il inaugure un genre nouveau. Pour ce qui est de l'objet de notre étude, la méthode définitoire que nous avons choisie rend impossible la recherche d'un concept *sui generis*.

⁸⁵¹ H. Roland et L. Boyer, *Les locutions latines en droit français*, op. cit., p. 470.

⁸⁵² V° Autonome, *Vocabulaire juridique*, G. Cornu, PUF, 2002, p. 91, sens 1. L'autonomie elle-même est définie par le même dictionnaire comme étant « le pouvoir de se déterminer soi-même : faculté de se donner sa propre loi ».

⁸⁵³ Loc.cit., sens 2 et 3

se gouverner ou de s'administrer eux-mêmes »⁸⁵⁴. Il semble ainsi, que l'autonomie véhicule toujours une référence à une réalité voisine par rapport à laquelle elle se détermine.

199. La méthode aristotélicienne⁸⁵⁵ à laquelle nous souscrivons, enseigne que toute espèce doit pouvoir se situer au sein d'un genre prochain. Elle implique « l'association de deux logiques différentes » que les auteurs contemporains appellent volontiers « dialogique »⁸⁵⁶. Elle procède par « Genre prochain »⁸⁵⁷ et « Différence spécifique »⁸⁵⁸. L'objectif à atteindre dans une telle méthode n'est pas de faire prévaloir la logique interne de tel champ juridique sur tel autre, il s'agit de retenir la part de « vérité »⁸⁵⁹ contenue dans chacune des thèses en cause. Elle permet de dégager la nature juridique du concept de savoir-faire traditionnel en le situant au sein d'un « genre prochain »⁸⁶⁰ et en « l'opposant » aux concepts proches par l'identification de « différences spécifiques »⁸⁶¹. C'est donc sous le parapluie de la prudence⁸⁶² que nous emprunterons le chemin qui mène à une « définition réelle »⁸⁶³ du savoir-faire traditionnel en recherchant le genre prochain : le savoir-faire, et la différence spécifique : les implications du caractère traditionnel.

Cette méthode succinctement exposée présidera à la démonstration de ce titre consacré à l'émergence d'un concept juridique autonome.

⁸⁵⁴ V° Autonomie, *Vocabulaire juridique*, G. Cornu, PUF, 2002, p. 92, sens 2

⁸⁵⁵ Pour une présentation de cette logique V. Caratini R., *La philosophie*, Thème II, Seghers, 1984, p. 37 et s. Nous ne souscrivons cependant pas à la hiérarchie qui semble s'instaurer entre le concept à définir et le genre prochain, ce dernier étant déclaré "supérieur". Certes, comme l'écrit justement Marielle de Béchillon « Le genre prochain détermine la nature juridique du terme défini » ; mais ceci n'est pas dû à la prétendue supériorité du genre prochain qui, si elle avait existé aurait entraîné une assimilation pure et simple du terme défini sans qu'il soit besoin de rechercher une différence spécifique. La recherche d'une catégorie de rattachement peut être donc faite en dehors de toute idée de hiérarchie. Pour une critique de cette méthode de définition, voir contra H.L.A Hart (« definition and theory in jurisprudence, clarendon Press, Oxford 1953) pour qui la définition comme découverte de l'essence de certains concepts ainsi que la conviction que l'unique technique de définition admissible soit la définition par genre et différence, ont entravé les recherches sur les particularités sémiotiques de certains concepts comme « les droits subjectifs » ou encore l' « obligation ».

⁸⁵⁶ Morin E, *Science avec conscience*, Fayard 1982, p. 111 ; du même auteur, *Science et conscience de la complexité*, RRJ, 1983- 3. Adhérant à cette méthode mais relativement au maniement des argument dans la science du droit, le Pr. Atias écrit « qui se souvient d'Aristote et parvient à oublier Marx peut appeler cette méthode : dialectique. Elle n'a pas pour but d'aboutir à la destruction des arguments de l'une ou l'autre thèse, ni à leur dénaturation » (RTDCiv. 1983, p. 699).

⁸⁵⁷ Une catégorie juridique préexistante et connue à laquelle l'objet de la définition devra appartenir. Dans le cas de notre étude il s'agit du savoir-faire.

⁸⁵⁸ Il s'agit d'un trait distinctif qui marquera la différence entre les éléments ou espèces classés dans une même catégorie ou genre.

⁸⁵⁹ C'est à dire de conformité à la réalité que l'on entend appréhender.

⁸⁶⁰ Dans cette logique définitoire, déterminer le genre prochain d'un terme implique des conséquences non négligeables sur le plan juridique. Quand le genre prochain correspond à une catégorie, l'opération de classement conduit à insérer le concept dans cette catégorie et le rend justiciable du régime juridique de la catégorie de rattachement.

⁸⁶¹ Selon l'heureuse formule de Ch. Eisenmann in « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des Classifications en science juridique », *Arch.Phil.Droit*, 1966 , p. 25.

⁸⁶² Aubenque P., *La prudence chez Aristote*, PUF, 2^{ème} édition, 1976, p. 43

⁸⁶³ Une « définition qui porte sur le grain des choses », qui vise « à caractériser une notion, une catégorie juridique , c'est-à-dire à la caractériser comme concept par des critères associés », (Cornu G., *Les définitions dans la loi*, études en l'honneur de J. Vincent, p. 81.)

A la démarche structurelle⁸⁶⁴ qui a présidé à l'étude des champs juridiques en présence, va à présent succéder une démarche d'élaboration à partir de données fournies par des institutions clé desdits systèmes. C'est donc une démarche matérielle qui présidera à la construction de la notion juridique de savoir-faire traditionnel.

Le savoir-faire traditionnel apparaît à l'évidence comme une « réalité culturellement déterminée ». Il faudra en tenir compte à travers l'application de la méthode définitoire retenue aux matériaux que nous aurons dégagés. Ceci nous conduira à fonder notre découverte de l'objet de droit, notre « *clôture d'univers* »⁸⁶⁵ du savoir-faire traditionnel sur un double mouvement : nous étudierons ainsi dans un premier temps la « Praticité, élément objectif de détermination de la nature du droit portant sur le savoir-faire traditionnel (Chapitre 1), avant de nous intéresser à la titularité en tant que déterminant subjectif du savoir-faire traditionnel (Chapitre 2°).

⁸⁶⁴ Qui consiste à construire un système à partir de règles juridiques existantes, à travers la découverte de leur cohérences ou de leur correspondances.

⁸⁶⁵ **Mathieu-Izorche M-L**, *Le raisonnement juridique*, PUF 2001, p.377 où l'auteure précise qu' « étymologiquement, le mot définir contient « finir », c'est à dire délimiter, enfermer. » La définition dans un tel sens n'est ni descriptive ni normative, elle est argumentative. Le cadrage du réel dont il s'agit n'est pas totalement objectif car il sert une argumentation.

Chapitre 1. LA PRATICITE, ELEMENT OBJECTIF DE LA DETERMINATION

« Je dis qu'il y a une valeur nommée "esprit", comme il y a une valeur pétrole, blé ou or. J'ai dit valeur, parce qu'il y a appréciation, jugement d'importance, et qu'il y a aussi discussion sur le prix auquel on est disposé à payer cette valeur : l'esprit ».

Paul Valéry, *La liberté de l'esprit*, 1939

200. Si l'on se réfère à la principale conséquence de la méthode aristotélicienne⁸⁶⁶ de définition au plan juridique, le savoir-faire traditionnel devait se voir appliquer le régime juridique du savoir-faire⁸⁶⁷. La suite de cette étude aurait alors pu s'envisager comme une reprise servile de considérations juridiques sur le savoir-faire. Il n'en sera rien, car l'attention est tout de suite attirée par la nécessité de réorganisation de la catégorie de rattachement du savoir-faire. En effet en tant que genre prochain, ce dernier doit correspondre à une pluralité d'espèces que fédèrent des caractéristiques communes.

⁸⁶⁶ Elle permet de dégager la nature juridique du concept de savoir-faire traditionnel en le situant au sein d'un « genre prochain » (Dans cette logique définitoire, déterminer le genre prochain d'un terme implique des conséquences non négligeables sur le plan juridique. Quand le genre prochain correspond à une catégorie, l'opération de classement conduit à insérer le concept dans cette catégorie et le rend justiciable du régime juridique de la catégorie de rattachement.) et en « l'opposant » aux concepts proches par l'identification de « différences spécifiques ». Selon l'heureuse formule reprise par Ch. Eisenmann in « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des Classifications en science juridique », *Arch.Phil.Droit*, 1966 , p. 25.

La méthode Aristotélicienne (Pour une présentation de cette logique V. Caratini R., *La philosophie*, Thème II, Seghers, 1984, p. 37 et s. Nous ne souscrivons cependant pas à la hiérarchie qui semble s'instaurer entre le concept à définir et le genre prochain, ce dernier étant déclaré « supérieur ». Certes, comme l'écrit justement de Béchillon (de) M. « Le genre prochain détermine la nature juridique du terme défini » ; mais ceci n'est pas dû à la prétendue supériorité du genre prochain qui, si elle avait existé aurait entraîné une assimilation pure et simple du terme défini sans qu'il soit besoin de rechercher une différence spécifique. La recherche d'une catégorie de rattachement peut être donc faite en dehors de toute idée de hiérarchie.) fait appel à « l'association de deux logiques différentes » et que les auteurs contemporains appellent volontiers « dialogique » (Morin E, *Science avec conscience*, Fayard 1982, p. 111 ; du même auteur, *Science et conscience de la complexité*, *RRJ*, 1983- 3. Adhérant à cette méthode mais relativement au maniement des argument dans la science du droit, le Pr. Atias écrit « qui se souvient d'Aristote et parvient à oublier Marx peut appeler cette méthode : dialectique. Elle n'a pas pour but d'aboutir à la destruction des arguments de l'une ou l'autre thèse, ni à leur dénaturation » (*RTDCiv*. 1983, p. 699)).et qui est en fait la méthode définitoire Aristotélicienne. Elle procède par « Genre prochain » (Une catégorie juridique préexistante et connue à laquelle l'objet de la définition devra appartenir. Dans le cas de notre étude il s'agit du savoir-faire.) et « Différence spécifique » (Il s'agit d'un trait distinctif qui marquera la différence entre les éléments ou espèces classés dans une même catégorie ou genre). L'objectif à atteindre dans une telle méthode n'est pas de faire prévaloir la logique interne de tel champ juridique sur tel autre, il s'agit de retenir la part de « vérité » (C'est à dire de conformité à la réalité que l'on entend appréhender).contenue dans chacune des thèses en cause.

⁸⁶⁷ de Béchillon M, *La notion de principe général en droit privé*, Th., Pu d'Aix- Marseille 1998, Pref. B. Saintourens, p. 35.

Or tel n'est pas le cas en droit positif actuel où l'on recense une pluralité de savoir-faire sans que l'on puisse ou que l'on ait dégagé le concept référentiel de savoir-faire dont les savoir-faire industriel, commercial, comptable, artistique, artisanal, traditionnel etc... seraient les déclinaisons spécifiques. La construction de la notion de savoir-faire traditionnel nous lance du présent point de vue, un double défi que nous essayerons de relever au moyen de la notion de « praticité », une notion qui semble devoir être préférée à celle d' « utilité » en tant qu'objet de droit. Il ne faut pas oublier, en effet, que c'est parce que le savoir-faire est un ensemble de connaissances « utiles » ; que cette « utilité » est convoitée, que le droit la réglemente. Cette substitution de notion peut s'expliquer par le fait que le concept d'utilité, emprunté à l'économie ne possède pas un contenu certain⁸⁶⁸. La notion de « praticité » qui nous semble devoir lui être préférée, en reprend certes le contenu mais il a l'avantage de lui conférer plus de fermeté⁸⁶⁹. En effet, le droit, encore plus que l'analyse économique, a du mal à donner un contour acceptable au concept d'utilité⁸⁷⁰, préférant désigner ce que les économistes appellent « la propriété qu'aurait un objet à produire du plaisir » sous le vocable de « praticité ». Peut être est-ce à cause de la polysémie du terme et de sa trivialité. L'utilité, lorsqu'elle est envisagée par le droit si ce n'est pour être opposée au futile⁸⁷¹ ou rapprochée du juste⁸⁷², devient très vite « utilitarisme »⁸⁷³, quittant ainsi le statut d'objet d'étude pour devenir un mode d'ordonnement des règles et normes juridiques et transformant le juriste en « ingénieur social ». Cet utilitarisme, au demeurant, est unanimement condamné par les juristes philosophes contemporains⁸⁷⁴ à l'image de Michel VILLEY pour qui « cette doctrine contemporaine des fins du droit est trop vaste » et « ne mérite pas l'étiquette de philosophie »⁸⁷⁵. L'utile lorsqu'il est envisagé en droit de la propriété intellectuelle, ne semble pouvoir être que le qualificatif de

⁸⁶⁸ Après des siècles d'efforts intellectuels pour parvenir à la définition de l'utilité, les économistes n'ont toujours pas réussi à lui donner une acception définitive. Comme le terme est emprunté au vocabulaire ordinaire, il est chargé de connotations qui ne s'appliquent pas au champ particulier de l'économie ou encore du droit. **Jeremy Bentham**, architecte moderne de l'utilitarisme a transplanté il y a 200 ans ce terme dans la littérature anglaise. Mais peu avant sa mort Bentham s'est plaint de ce que « utilité était un mot mal choisi ». de fait il est devenu commun de nos jours de considérer que l'utilité c'est plus que la propriété qu'aurait un objet à procurer du plaisir à celui qui en use ; c'est la plaisir même dont jouit l'individu en se servant de cet objet. (*Encyclopédie économique*, Economica 1984, p. 1073 v° utilité.)

⁸⁶⁹ **Platon** opposait la *Praktikê* relevant de la *Têknê* (science pratique) à la *Theôretikê* ou *Gnostikê* qui dans le domaine de la *Têknê* toujours, voulait dire science spéculative ; **Mitterrand H et Rey A.**, *Dictionnaire étymologique du français*, Les usuels du Robert, 1991, v° « Pratique » p. 544.

⁸⁷⁰ Peut être n'est ce pas là son but.

⁸⁷¹ **Goldfinger Ch.**, *L'utile et le futile : Economie de l'immatériel*, Odile Jacob, 1994.

⁸⁷² L'utile et le juste, Arch. Phil. De dr., Sirey, T. 26.

⁸⁷³ *Idem*, voir plus spécialement la préface du **Pr.Villey** .

⁸⁷⁴ Sans une définition adéquate des fins, l'utilitarisme se montre très limité comme le montre **M. Villey** (Arch. Phil.de Dr., *L'utile et le juste*, Tome 26, Sirey, Préface historique, p.6) pour qui « Ce n'est plus de la philosophie que de s'en tenir aux moyens et de se faire ignorant des fins, qui seules donnent son sens à l'utilité. Avant de prétendre transformer le monde il faudrait comprendre dans quelle direction ».

⁸⁷⁵ Arch. Phil.de Dr., *L'utile et le juste*, Tome 26, Sirey, Préface historique, p.6 et 7.

« connaissances »⁸⁷⁶. Il n'est que très rarement vu comme un objet d'études ou de protection.

Toujours est-il que « l'utilité » telle que techniquement définie par les économistes et reçue par les juristes, correspond dans son acception objective à « la praticité ». Quant à la vision subjective de l'utilité, celle qui « *exprime un état d'âme qui varie avec la situation de l'individu* », elle peut à coup sûr nous aider dans l'identification et la quantification du savoir-faire traditionnel⁸⁷⁷. L'utilité étant un concept avant tout économique, nous nous garderons de l'importer en droit où la question n'est pas d'évaluer des biens dont on aurait auparavant constaté l'existence mais précisément de constater la naissance de l'objet juridique qu'est le savoir-faire traditionnel. Il semble néanmoins qu'ici, l'identification de l'objet de droit qu'est le savoir-faire traditionnel passe par celle de son utilité, de sa praticité. Une telle démarche consiste avant tout à rechercher dans les définitions existantes du savoir-faire, des assouplissements ou des lectures moins rigoristes⁸⁷⁸.

Dans ce sens il faudra d'abord considérer la « praticité » comme un substitutif véritable à la notion d' « application technique » qui est requise en matière de know how (section 1) avant de voir dans quelle mesure cette « praticité » devient dans le cas du savoir-faire traditionnel une chose ; ce sera l'occasion d'analyser la réification du savoir-faire traditionnel (section 2).

Section 1. La mutation du critère d'application technique en critère de « praticité ».

201. La multiplicité des facettes du savoir-faire en droit positif français commande que l'on en recherche le critère essentiel d'existence. La construction

⁸⁷⁶ Voir intitulé du Titre 6^{ème} du code de la propriété intellectuelle.

⁸⁷⁷ Pour mieux mettre en exergue cette double facette de l'utilité, W.F. Lloyd, économiste de Cambridge a pris en 1833 l'exemple simple du blé. Pour cet économiste, la capacité du blé à être utilisée reflète ses qualités objectives. Elle est par conséquent la même lors d'une période de famine que lors d'une récolte exceptionnelle. Mais dans son aspect que l'on peut aussi appeler « discriminatoire » (Encyclopédie Economique précité, loc. cit.) l'utilité résulte du ressenti de l'individu ou de l'entité qui bénéficie de l'utilité objective du blé. Cette dernière utilité variera donc en fonction de la situation de la personne qui bénéficie de l'utilité objective.

⁸⁷⁸ Paterson R. K. et Karjala D. S., "Looking beyond intellectual property in solving protection of the heritage of indigenous people": "We conclude that, in many cases, legitimate concerns of indigenous people can be accommodated without going to the extreme of recognizing new intellectual property rights, either through modest reinterpretation of existing legal regimes concerning contract, privacy, and unfair competition law, or through carefully tailored but general statutory amendment or incrementally developed common law principles aimed at leveling what might otherwise be seen as an unfair playing field."; CARDOZO J. OF INT'L & COMP. LAW ;Vol. 11:p.635.

de la notion de savoir-faire traditionnel pose une série d'interrogations dont la toute première peut ainsi se formuler : quelle est la communauté de critères entre le savoir-faire et le savoir-faire traditionnel ? On peut ensuite se demander si le savoir-faire a pu faire l'objet dans le passé d'une étude essentialiste, exempte de clivage entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle ? Quant à savoir si le savoir-faire peut être considéré comme un concept transversal en droit des propriétés intellectuelles ? Rien n'est moins sûr.

L'habitude qui s'est « *formée dans la pratique et dans la doctrine de désigner les tours de main, procédés, formules de fabrication, ou autres éléments techniques non brevetés sous le nom de savoir-faire* »⁸⁷⁹ est elle satisfaisante au regard de la recherche d'une notion cohérente de savoir-faire traditionnel ? N'est-il pas possible, au-delà du critère de technicité (Paragraphe 1) qui semble être la qualité première de tout savoir-faire, de rechercher dans la notion de « **praticité** », le dénominateur commun de tout savoir-faire (Paragraphe 2)?

Paragraphe 1. Insuffisance du critère de technicité comme critère du savoir-faire.

202. Le règlement européen n° 2349/84 du 23 Juillet 1984⁸⁸⁰ avait défini dans son article 1^{er} 7, le savoir-faire comme : « *un ensemble d'informations techniques qui sont secrètes, substantielles, et identifiées de toute manière appropriée* »⁸⁸¹ On voit bien d'après cette définition qui a été reprise par les Règlements n° 240/96 du 31 Janvier 1996⁸⁸² et CE n° 773/2004, qu'avant d'être secrètes et substantielle, deux qualités que doivent revêtir le savoir-faire, les connaissances qui les constituent doivent être techniques. Pourtant, à y voir de plus près, ce critère de technicité se révèle réducteur (A) et en définitive artificiel (B).

⁸⁷⁹ Pollaud-Dulian F., *Droit de la propriété industrielle*, coll. Domat droit privé, Montchrestien, p. 318, n° 745 *in fine*

⁸⁸⁰ Abrogé à compter de 1996.

⁸⁸¹ Sur ce règlement voir notamment : *JOCE* n° L 219/15 du 16 Aout 1984 ; *JCP E*, 1996, III.67889 ; Commentaire par G Bonnet ; *JCP E*, 11996 I. 544, *RTDE*, 1996 p. 305, S. Peruzzetto, *D. Aff.*, 1996, chr. 1115.

⁸⁸² Concernant l'application de l'article 85, 3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologies, *JOCE* n° L 31 du 9 février 1996, *Cah. Dr. Ent.*, 1996, III, 67889.

A. Le caractère réducteur du critère de technicité du savoir-faire.

203. A considérer le critère de technicité, l'on peut pressentir une chose : l'exclusion du savoir-faire du domaine de la propriété littéraire et artistique. Le droit d'auteur « *protège l'œuvre de l'esprit et non la performance technique matérielle* », a encore réaffirmé le TGI de Créteil⁸⁸³. Le droit d'auteur est un mécanisme qui a pour déclenchant l'activité créative et il est de ce point de vue normal qu'il exclut de son champ de protection les connaissances techniques qui n'aboutissent pas à une telle activité. Le droit d'auteur ne peut donc naître de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire. En théorie pourtant, l'on peut soutenir que le savoir-faire peut faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur⁸⁸⁴. Une telle affirmation n'est valable que moyennant une assimilation peu rigoureuse du savoir-faire et de la forme du savoir-faire. Parfois même l'assimilation entre le savoir-faire et son support permet d'envisager des développements en matière de droits d'auteur relativement à ce dernier⁸⁸⁵.

204. L'activité créative s'appuie bien souvent sur un tour de main ou une habileté technique voire un processus industriel. L'attitude habituellement hostile⁸⁸⁶ du droit d'auteur vis-à-vis du savoir-faire est de plus en plus nuancée au point que certains mettent en garde « *de pousser trop loin le raisonnement, car toute œuvre de l'esprit implique une part de savoir-faire* »⁸⁸⁷, même si ce savoir-faire est traité comme faisant partie des « *contraintes imposées au créateur* »⁸⁸⁸

⁸⁸³ TGI Créteil 1^{ère} ch. 4 mai 1999, RIDA 4/1999 p. 213.

⁸⁸⁴ Ce qui a fait dire à certains qu' « Il n'y a donc pas entre la notion d'œuvre et celle de savoir-faire d'opposition telle que l'on ne puisse pas considérer le savoir-faire comme une œuvre ». (*Juris classeur numérique- Brevets version 1 2004*)

⁸⁸⁵ Les critiques d'une telle approche apparaissent très vite et la première consiste à démontrer que le droit d'auteur porte sur l'interdiction de faire reproduire l'œuvre en elle-même. En revanche, son utilisation reste tout à fait libre. Pour le support du savoir-faire, c'est exactement le contraire qu'il faudrait. Il faut interdire l'utilisation de son support. Donc la protection qu'offre le Code de la propriété intellectuelle n'est pas à ce niveau satisfaisante (A. Lucas, *Rev. jurisp. com.* 1970, n° 11, p. 483). L'on reconnaîtra assez rapidement qu'il ne s'agit là que d'une protection approximative et indirecte, et qui viendra souvent en complément d'une action en concurrence déloyale.

⁸⁸⁶ C'est ainsi qu'il faut lire les décisions refusant de protéger un catalogue au motif qu'il ne révèle aucun travail personnel de création (Cass. 1^{ère} Civ. 15 janv. 1974 D. 1974, p. 267.), un carnet de supporter de Football au motif qu'il « ne s'élève pas au rang de création intellectuelle » (Cass. Crim. 2 juin 1982, Bull. crim. N. 138.), une coiffure présentée essentiellement comme « une technique de coupe de cheveux » (TGI Paris, 1^{ère} ch. 26 avr. 1989, Gaz. Pal. 1989, 2, p. 425), « un travail de documentation ne constituant pas une création intellectuelle » (Cass. 1^{ère} civ. 5 oct. 1994, RIDA 1/1995, p. 205). Tel est également le sens de l'arrêt de principe selon lequel « un travail de compilation d'informations n'est pas protégé en soi » (Cass. 1^{ère} civ. 2 mai 1989, Coprosa, RIDA 1/ 1990, p. 309).

⁸⁸⁷ Lucas A. ; Lucas H-J *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^{ème} éd. Litec 2001, p. 60 n° 51.

⁸⁸⁸ Pour le créateur d'images d'un jeu vidéo, voir CA Versailles, 13^{ème} ch. 18 nov. 1999 où le juge estime que « bien qu'enserrée dans des limites étroites, la tâche de J-M V. ne s'est pas limitée à la mise en œuvre d'une simple technique mais lui a laissé suffisamment d'initiatives à prendre, d'options à choisir d'instructions à donner, mettant en jeu son imagination, sa sensibilité et son sens artistique, sa vision des choses » RIDA 3/2000, p. 407 ; *Expertises* 2000, p. 30 ; *Legipresse* 2000, III, p.51 note Tafforeau ; *Conc. Com. Electr.* 2000, comm. 16, note Caron.

Il apparaît ainsi et malgré ces tentatives, assez difficile de donner un écho au savoir-faire en matière de droits d'auteur.

Cette difficulté est amplifiée lorsque le critère de technicité s'apparente à celui de caractère industriel. Ainsi la jurisprudence a-t-elle décidé, dans une affaire portant sur la protection des parfums par le droit d'auteur que celle-ci ne pouvait être accordée tout simplement parce qu' « *il s'agissait de la formule d'un produit industriel et non d'une œuvre d'art* »⁸⁸⁹. En effet, après avoir reconnu que l'énumération figurant à l'article 3 de la loi de 1957⁸⁹⁰ qui ne contenait que les œuvres de l'esprit perceptibles par la vue ou l'ouïe n'était pas exhaustive, la Cour d'appel de Paris a utilisé « *le caractère industriel* » de façon critiquable pour écarter le parfum en question de la protection par le droit d'auteur. Cet arrêt disait certainement plus qu'il ne voulut et il fut critiqué pour cela. En effet, on peut lire sous la plume des Professeurs LUCAS que l'objection de la Cour de Paris ne résiste pas à l'analyse et que surtout elle n'a pas grande signification⁸⁹¹. Ni le texte de la loi de 1957 ni l'exigence de l'activité créatrice ne permettent d'écarter durablement et définitivement le savoir-faire surtout en ce qui concerne les arts plastiques et les créations olfactives⁸⁹². Un risque plus grand permet de trouver un début d'explication à cette hostilité de la jurisprudence de la Cour d'Appel de Paris ; celui de « *voir le droit détourné de sa vocation naturelle pour permettre l'appropriation d'un savoir-faire* »⁸⁹³.

205. Au-delà de ce premier aspect, on peut considérer que l'hostilité du droit d'auteur vis-à-vis de ce qui est technique et de ce qui fait intervenir une série de procédés industriels⁸⁹⁴ se nourrit de la présentation du savoir-faire comme un ensemble de connaissances techniques ou de connaissances d'application industrielle. L'on sait que la forme d'expression que requiert le droit d'auteur est arbitraire, non utilitaire et non fonctionnelle⁸⁹⁵ mais encore faut-il pouvoir séparer le fonctionnel, l'utilitaire de l'esthétique et de la forme. C'est toute la question des arts appliqués que vise l'article L112-2 du code de la propriété intellectuelle. Il faut entendre par art appliqué, celui qui est au service d'une fonction utilitaire. Il donne souvent lieu à une véritable exploitation

⁸⁸⁹ CA Paris 4^{ème} ch. 3 juillet 1975 D. 1976 Somm. p. 19 ; Gaz. Pal. 1976, p. 43 note Calvo et Morelle.

⁸⁹⁰ Article L112-22 du *Code de la Prop. Intel (tel qu'il était en vigueur)*

⁸⁹¹ **A et HJ Lucas**, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, précité p. 71, n° 67 les auteurs poursuivant la critique de l'option de la Cour de Paris estiment que « l'on pourrait faire le même constat à propos de toutes les créations d'art appliqué fabriquées sur une grande échelle qui bénéficient pourtant de la protection du droit d'auteur ». Ils ajoutent surtout ne pas voir davantage en quoi le fait que la création se matérialise dans une formule de fabrication pourrait justifier la solution retenue.

⁸⁹² **Gaudrat Ph.**, *J.-Cl Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1134, 1995, n° 83.

⁸⁹³ *Ibidem* p. 71.

⁸⁹⁴ Sachant néanmoins que l'exécution personnelle dans la création artistique et même littéraire implique toujours une part de savoir-faire.

⁸⁹⁵ **Gaudrat Ph.**, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », in *Mélanges Françon*, Dalloz 1995 p. 215

industrielle et nous venons de voir que cette circonstance n'avait aucune incidence sur sa vocation à être protégée par la propriété littéraire et artistique. Pour ce qui est de la protection juridique de l'art appliqué, il a pu apparaître important de savoir comment séparer ce qui est utilitaire de ce qui est de la pure forme ? Cette question, au demeurant subtile ne retiendra pourtant pas notre attention plus longtemps⁸⁹⁶.

La question est à peine formulée que le droit des brevets se présente comme seule catégorie de rattachement en droit de la propriété industrielle. En effet l'article L511-3 alinéa 2 du code de la propriété intellectuelle dispose que « *si le même objet peut être considéré à la fois comme un dessin ou un modèle nouveau et comme une invention brevetable et si les éléments constitutifs de la nouveauté du dessin ou du modèle sont inséparables de ceux de l'invention* », la seule voie ouverte est celle du brevet. Bien que les termes de l'article ne mentionnent que les dessins ou modèles, la jurisprudence⁸⁹⁷ a élargi la règle ainsi posée à toute la propriété littéraire et artistique. Une autre extension a aussi été apportée par la jurisprudence⁸⁹⁸ et permet de prendre en considération l'hypothèse où les mécanismes de propriété littéraire et artistique et des mécanismes de réservation des connaissances pratiques et fonctionnelles sont en cause. Si l'on fait appel à la règle posée par l'article L511-3 du code de la propriété intellectuelle sus-visée il convient, dans l'impossibilité de séparer l'utilitaire de la pure forme, de faire application des mécanismes de réservation de la praticité que recèle l'objet. On ne peut parler ici de droit privatif puisque le

⁸⁹⁶ Sur la question de savoir à partir de quel stade l'on peut considérer une forme comme séparable de sa fonction, une jurisprudence subtile et abondante permet de se faire une religion. Une partie de cette dernière applique plus ou moins ouvertement la théorie de la multiplicité des formes selon laquelle la condition de la séparation est remplie lorsqu'il est établi que plusieurs formes pouvaient procurer le résultat recherché (*Cass. Com. 2 juin 1964, Gaz Pal. 2 p. 325 ; D. 1964 p 757 1^{ère} esp. Note Greffe qui a censuré l'arrêt devant lui déféré au motif que ce dernier aurait dû rechercher si les résultats ne pouvaient pas être obtenus par d'autres formes. Voir aussi Cass. Com. 12 janv. 1970 Bull. civ. IV n° 12 où les juges ont estimé que le système de repliement choisi n'excluait pas d'autres formes qui eussent changé la physionomie de la table en altérant les lignes. Plus récemment, voir CA Paris 4^{ème} ch. 19 nov. 1997, JCP E. 1998 p. 1491 obs. F. Greffe où la cour de Paris a estimé que les circonstances qui lui étaient soumises « ne font que révéler l'esprit créatif du déposant qui disposait d'autres possibilités ou d'autres alternatives pour parvenir à un résultat technique identique. »). Une partie de la doctrine dont les Prs Lucas (Traité précité p. 118) estime que « la portée de ces décisions prête à discussion car on peut se demander si dans l'esprit des juges la multiplicité des formes n'est pas révélée parfois uniquement à titre d'indice ». Il semble que de moins en moins la jurisprudence soit encline à accorder la protection par le droit d'auteur à des œuvres d'art appliqué. Dans ce cadre le critère de la multiplicité des formes est récusée (*CA Paris 4^{ème} ch. 1^{er} fév. 1990, Ann. Prop. Ind. 1993 où les juges ont estimé qu'« il importe peu que la stabilité d'un présentoir puisse être obtenue par d'autres moyens, dès lors qu'en l'espèce, la forme obtenue, sur laquelle un droit privatif est revendiqué, est inséparable du résultat technique* »). Les juridictions ne semblent plus disposées à raisonner à partir d'indices de séparabilité mais exigent que les caractéristiques ornementales soient nettement dissociables des caractéristiques fonctionnelles en cas d'ambiguïté elles préfèrent se reporter au mécanisme de l'article L511-3 du code de la propriété intellectuelle.*

⁸⁹⁷ Cass. Crim. 31 oct. 1962, JCP 1964, II, 13722, note Plaisant; *Ann. de prop. Ind.* 1965, p.51, note Blaustein ; Cass. Com., 1^{er} dec. 1987, *D.* 1988 somm. P. 394, 3^{ème} esp. Obs. Burst; CA Paris 4^{ème} ch. 4 juin 1958, S. 1958 p. 244.

⁸⁹⁸ Cass. Com., 22 janv. 1973, *D.* 1973, p. 217, bote X. L. ; Cass. Com. 1^{er} déc. 1987 précité; Cass. Com. 21 oct.. 1997, *PIBD* 1998, III, p. 21 ; T. civ. de Seine 3^{ème} ch. 7 mars 1956, *D.* 1956, p. 459, 2^{ème} esp. Note P. Greffe.

droit des brevets ne s'applique pas mais, on pourrait songer à retenir, par exemple, le mécanisme de l'octroi de licence de savoir-faire pour organiser sa réservation.

206. Une autre solution n'est pas exclue en théorie. Cependant, elle reviendrait à constater au préalable une atteinte à l'exclusivité pour agir : la concurrence déloyale et la répression du parasitisme. Cette protection peu vigoureuse *post factum*⁸⁹⁹, du ressort du droit de la responsabilité civile générale est en définitive un recours commun qui ne présente aucune spécificité vis-à-vis de l'objet.

Il faut néanmoins excepter de cette solution qui consiste à appliquer par préférence légale les règles de propriété industrielle au sens large, l'hypothèse où bien sûr la séparation est possible entre les caractéristiques fonctionnelles et ornementales. Dans ce cas, bien évidemment, chacune des parties isolées pourra recevoir application, d'une part et pour ce qui concerne la forme, des mécanismes de droits d'auteurs et des dessins et modèles et d'autre part, et pour ce qui est de la praticité, du droit des brevets et du droit du savoir-faire.

Une conclusion intermédiaire s'impose ici : le savoir-faire conçu comme un ensemble de connaissances techniques ou d'application industrielle est indéniablement maintenu hors du champ d'application des dispositions relatives au droit de la propriété littéraire et artistique. A cela une raison principale qui tient à la finalité dudit droit et à l'application du critère d'originalité et de l'exigence d'activité créative. Cependant le savoir-faire est bien souvent lié à l'activité créative et parfois, ce premier se somatise tellement bien dans l'objet créé ou l'œuvre, qu'il en devient impossible de les séparer.

A ce stade ce n'est plus l'application industrielle, ni la technicité du savoir-faire qui est prise en compte mais la praticité de ce dernier. Ainsi, là où les critères d'application industrielle et de technicité semblent bloqués, celui de praticité semble bénéficier d'une capillarité supplémentaire.

Au-delà de la propriété littéraire et artistique, le critère de l'application technique ou de la technicité opère une sélectivité qui apparaît arbitraire et artificielle. Est ici concernée la grande famille de la propriété industrielle.

B. Le caractère artificiel du critère de technicité comme critère du savoir-faire.

207. Une fois replongés dans l'univers des mécanismes de protection des connaissances utiles, l'on aurait pu penser que le critère de la technicité du

⁸⁹⁹ Letourneau Ph. « Folles idées sur les idées », *Com. Com. El.* Février 2001, p.10.

savoir-faire pouvait permettre une lecture harmonieuse des diverses formes de savoir-faire. Nous nous plaçons ici au delà de l'obstacle que constituait la finalité des mécanismes de propriété littéraire et artistique. Le savoir-faire n'ayant en droit interne français aucune traduction légale, il convient d'en rechercher les avatars et de constater qu'autant le droit pénal que le droit civil ont prévu des mécanismes qui contribuent à une certaine protection du savoir faire⁹⁰⁰.

1. Les avatars du savoir-faire en droit français.

208. Nous limiterons nos propos pour l'instant au droit pénal où le secret de fabrique donne un écho particulier à la démonstration du caractère artificiel.

C'est dans l'examen des conditions d'existence du délit de violation du secret de fabrique⁹⁰¹ que se révèlent les excès du caractère technique ou industriel. Avant d'en arriver là, il convient de se faire rapidement une idée de ce qu'il faut entendre par secret de fabrique.

Selon la jurisprudence : « *Il faut comprendre par-là : tout procédé de fabrication offrant un intérêt pratique et commercial mis en oeuvre par un industriel et tenu caché par lui à ses concurrents qui avant la communication qui leur a été faite ne le connaissaient pas* »⁹⁰².

209. La doctrine s'est aussi efforcée de définir cette notion. La définition la plus connue est sans doute celle que GARÇON propose dans une note sous l'article 418 ancien du code pénal : « *Le secret de fabrique est un procédé industriel brevetable ou non, qui n'est connu que d'un ou de fort peu d'industriels... ou si l'on veut le procédé de fabrication qui n'étant pas connu de tous a une valeur marchande. Le secret de fabrique comprend ce qui ressort de l'ingéniosité créatrice dans l'industrie, que la découverte soit brevetable ou non*

⁹⁰⁰ Voir sur cette question et en droit français, l'étude fondatrice de R. Fabre sur le Savoir-faire et sa réservation en droit commun, précité et pour une étude de droit comparé Weniger O., *La protection des secrets économiques et du savoir-faire, Etude comparative des droits allemand, français, et suisse*, Librairie Droz 1994..

⁹⁰¹ Rédigé en 1810, l'ancien article 418 du Code pénal avait pour objectif de sanctionner les ouvriers qui communiquaient à des étrangers ou à des français les secrets de la fabrique dans laquelle ils étaient employés.

Cet article a été abrogé mais repris, dans une nouvelle rédaction, par l'article L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle, renvoyant à l'article L. 152-7 du Code du travail :

Art. L. 621-1. - Les peines frappant la violation des secrets de fabrique sont prévues à l'article L. 152-7 du Code du travail ci-après reproduit :

Art. L. 152-7. - Le fait, par tout directeur ou salarié d'une entreprise où il est employé, de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende.

Le tribunal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, prévue par l'article L. 131-26 du Code pénal.

⁹⁰² Cass. crim., 30 déc. 1931 : Gaz. Pal. 1932, 1, jurispr. p. 333. - 12 juin 1974 : Bull. crim., n° 218. - 7 nov. 1974 : Bull. crim., n° 323. Voir aussi la définition proposée par la Cour d'appel de Limoges pour qui « le secret de fabrique est un procédé de fabrication offrant un intérêt pratique et commercial pour l'entreprise qui le met en oeuvre et tenu caché des concurrents qui ne le connaissaient pas avant sa violation » (CA Limoges.1^{er} juil. 1981, *PIBD* 1982, III, 207).

du moment qu'elle a un caractère secret. » 903. L'article L621-1 du code de la propriété intellectuelle se contente quant à lui de reprendre l'article L152-7 du code du travail qui punit de 30 000 euros d'amende et de 2 ans d'emprisonnement le fait, pour tout dirigeant ou tout salarié, de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrique⁹⁰⁴.

Si l'on voulait retenir une définition nominale du secret de fabrique il est possible de faire utilement appel au Doyen ROUBIER pour qui : « *La définition du secret de fabrique tient tout entière dans les deux éléments qui sont tirés de sa dénomination même. Il faut qu'il s'agisse d'un moyen de fabrication ayant un caractère industriel,*⁹⁰⁵ *il faut qu'il y ait un secret* »⁹⁰⁶.

210. Au vu de ces définitions, le critère de technicité ou d'application industrielle peut valablement être considéré comme critère essentiel de définition puisqu'il semble correspondre exactement à l'objet que les textes invoqués entendent protéger.

En effet, dès les premières applications de l'article 418 du Code pénal, devenu L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle, les tribunaux ont interprété l'expression « *secret de fabrique* » en lui donnant le sens de secret de fabrication et ont assuré ainsi, la protection exclusive des procédés industriels. Des premières décisions parlant de « *celui qui par dons et promesses a provoqué un ouvrier à lui communiquer les secrets de fabrication* »⁹⁰⁷, jusqu'aux arrêts les plus récents, la même qualification est exigée⁹⁰⁸ : le secret de fabrique est un procédé technique industriel, même parfois d'exécution de détails, original, brevetable ou non⁹⁰⁹.

Il se fait cependant, que les textes réprimant la violation du secret de fabrique n'ont plus vocation aujourd'hui à protéger uniquement les secrets purement industriels. On peut revenir un court instant sur la définition que le

⁹⁰³ C. pén., art. 418, § 2 ancien, note E. Garçon.

⁹⁰⁴ Une peine privative de droits civiques, civils et de famille d'une durée maximum de 5 ans est aussi prévue.

⁹⁰⁵ C'est nous qui soulignons.

⁹⁰⁶ Roubier P., *Le droit de la propriété industrielle* : Sirey, t. 2, p. 210. - V. pour une définition plus ancienne, Bataille : *Ann. propr. ind.* 1856, p. 96

⁹⁰⁷ CA Paris, 15 févr. 1856 : *Ann. propr. ind.* 1856, p. 90

⁹⁰⁸ Ont été ainsi considérés comme secrets de fabrique susceptibles d'être protégés par l'article L. 621-1 du code :

- un procédé consistant à améliorer certaines couleurs (T. com. Seine, 28 juin 1873 : *Ann. propr. ind.* 1874, p. 181);

- un procédé consistant dans la protection d'un mélange chimique (Cass. crim., 15 mars 1884 : *Ann. propr. ind.* 1888, p. 357); - un procédé permettant de recouvrir de Celluloïd un volant de bois (Cass. crim., 6 déc. 1923 : *Ann. propr. ind.* 1925, p. 124); - un procédé consistant en un échange technique original (CA Aix, 28 oct 1959 : *Gaz. Pal* 1960, 1, jurispr. p. 151); - un procédé améliorant certaines pièces de fonte (CA Douai, 16 mars 1977 : *DS* 1977, p. 637);

- un procédé de fabrication de l'oxychlorure de cuivre (Cass. crim., 15 avr. 1982 : *PIBD* 1982, III, 207);

- un système de fraisage du cuir et des métaux légers (CA Bordeaux, 7 juin 1983 : *JCP G* 1983, II, 20087 ; *JCP E* 1984, II, 14167, note Seillan).

⁹⁰⁹ Cass. com., 27 nov. 1931 : *Ann. propr. ind.* 1932, p. 173. - Cass. crim., 30 déc. 1931 : *Ann. propr. ind.* 1932, p. 70. - 12 juin 1974 : *Bull. crim.*, n° 218. - 7 nov. 1974 : *Bull. crim.*, n° 323.

Doyen ROUBIER propose du secret de fabrique pour remarquer la synonymie qui y est établie entre « fabrique » et « fabrication ». L'auteur a semblé y voir un processus de production industrielle et a naturellement rattaché la protection de l'article L 621-1 du Code de la propriété intellectuelle à ce qui contribue au processus de fabrication. M. Régis FABRE préfère, pour sa part, voir « la fabrique » comme l'unité fonctionnelle de production dont le cœur est la fabrication. Il conçoit aussi que la notion de fabrique puisse recouvrir des activités pouvant générer des secrets et qui se situent soit en amont soit en aval du processus technique de fabrication. Ainsi, pour M. FABRE : « *cette limitation de la protection assurée par l'article L. 621-1 du Code au seul procédé industriel est illogique* »⁹¹⁰. La justification de cet illogisme serait que « *l'article L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle parle, en effet, de secret de la fabrique ; et la fabrique, bien que sa fonction première soit de produire, doit aussi assurer la vente des produits qu'elle fabrique, avoir une comptabilité, une gestion et elle peut, dans ses différents secteurs, avoir des procédés qui représentent une certaine valeur* »⁹¹¹. Pourtant, jurisprudence et doctrine ont toujours refusé d'appliquer l'article L. 621-1 du code de la propriété intellectuelle au secret commercial. Il y a là une sorte de réticence que justifie le critère de la technicité ou du caractère industriel du savoir-faire mais qui contribue à faire des sorts distincts à des secrets qui n'ont que des apparences de différence.

En principe, la jurisprudence refuse la protection des secrets commerciaux par l'article L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle. Il n'a été recensé en la matière qu'une exception⁹¹² et cette dernière n'a pas été jugée significative⁹¹³. Il s'agissait en l'espèce, d'un employé qui avait quitté l'entreprise de son patron pour fonder avec un tiers une maison concurrente. Il avait emporté entre autres, des secrets de fabrication et des secrets commerciaux. Condamné sur la base de l'article L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle, il reste difficile de voir là une application de ce texte à la seule révélation de secrets commerciaux. Les juges ont considéré en effet, que l'ensemble formait un secret de fabrique; il y avait un secret commercial, mais il y avait aussi un savoir-faire industriel qui était joint sous une même forme, celle de papiers calques. Cette jurisprudence n'est donc pas décisive pour considérer que le secret de fabrique puisse être autre chose que le secret de fabrication.

⁹¹⁰ *Juris classeur numérique- Brevets version 1 2004*

⁹¹¹ *Ibidem*

⁹¹² CA Paris 25 juin 1910, API, 1912, I, 26.

⁹¹³ **Fabre R.** Le know how et sa réservation en droit commun, Th. Précitée p. 54. V.. contra. **Lucas A.** *La protection juridiques des créations industrielles abstraites*, Th. Nantes 1972 Litec 1975, § 322 p. 208 où l'auteur estime qu' « il devrait être sans importance que la création concerne ou non la fabrication au sens strict. C'est ce que décident implicitement certains arrêts. Ainsi a été considéré comme secret de fabrique un livret renfermant 182 feuillets de papier calque constituant presque toutes des feuilles de prix de revient. On est loin du procédé de fabrication. »

Or, plus rien de ce qui a fondé la protection du secret de fabrique ne justifie aujourd'hui, à part le carcan des textes, que cette protection soit réservée aux secrets ayant une application industrielle dans la fabrication des produits. Faut-il rappeler que les secrets de fabrication ont été à l'origine ainsi protégés parce qu'ils représentaient un élément important de valorisation de l'activité de l'entreprise industrielle ? De nos jours, les diverses informations qui circulent au sein de l'entreprise et de toutes les organisations sont si importantes pour leur survie, la pérennité de leur activité et le maintien de leur avantage concurrentiel que divers travaux d'envergure⁹¹⁴ ont commencé à soutenir la notion de secret dans l'entreprise au-delà de ceux qui sont strictement nécessaires à la simple fabrication. Les développements récents en matière de vie privée des personnes morales⁹¹⁵ tendent à conforter sur le plan des droits de l'homme, l'idée que les secrets légitimement acquis ou produits par des personnes morales doivent bénéficier de la protection du droit. En France, la question de la vie privée avait longtemps été laissée aux seuls soins de la jurisprudence qui recourait aux principes de la responsabilité civile ainsi qu'à certains droits subjectifs tels que celui au respect des correspondances. Il a fallu la loi du 17 juillet 1970 intitulée *loi tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens* dont la 3^{ème} partie est consacrée à la *protection de la vie privée*⁹¹⁶ pour que la doctrine songe à en appliquer l'article 22⁹¹⁷ au secret de fabrique⁹¹⁸. Cette possibilité a été envisagée par le Professeur GAVALDA⁹¹⁹ moyennant une distinction entre les secrets d'affaires civiles et les secrets d'affaires commerciales et industrielles⁹²⁰. Une telle proposition a été largement critiquée par ceux qui auraient voulu une égale protection pour toutes les sortes de secrets ; que ceux-ci soient « *civils* » ou « *commerciaux* ». ⁹²¹

⁹¹⁴ **Garaud E.**, *La transparence en matière commerciale*, thèse Limoges, 1996

⁹¹⁵ Notamment les arrêts de la Cour EDH, NIEMIETZ contre Allemagne du 16 décembre 1992, Série A-251 B ; voir sur la question, **Marguenaud, J-P.**, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, Connaissance du droit, 2005, Paris p. 67 et 68.

⁹¹⁶ A propos de cette loi voir l'exposé de **Raymond Lindon** « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relatives à la protection de la vie privée, *JCP* 1970, I, 2357.

⁹¹⁷ Qui a donné naissance au célèbre article 9 du code civil qui dit que « chacun a droit au respect de sa vie privée ».

⁹¹⁸ **Magnin F.**, *Le know-how et la propriété industrielle*, Paris 1974, p. 258

⁹¹⁹ **Gavalda Ch.**, « Les secrets d'affaires », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris 1965, p. 316.

⁹²⁰ Par affaires civiles on entendrait les revenus des professionnels, les comptes en banque etc... Par affaires commerciales on fait référence aux secrets relatifs à l'exercice d'une entreprise. Il a été proposé (Magnin précité p. 251 ; **Kayser** les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratique, *RTDCiv.* 1971, p.491 ; **Saint-Alary R.**, Rapport sur le secret des affaires en droit Français, *Travaux de l'association Henri Capitant, le secret et le droit*, tome XXV 1974 p. 266 et suivants) de recourir à l'article 9 du code civil pour protéger de tels secrets sans succès, cette assimilation paraissant à plusieurs égards excessive (**Crémieux M.** Le secret des affaires, *L'information en droit privé*, Travaux de la conférence d'agrégation sous la direction de **Yvon Loussouarn** et **Paul Lagarde**, Paris 1978pp. 457-481.)

⁹²¹ Voir notamment **O. Weniger**, *La protection des secrets économiques et du savoir-faire*, précité p. 80, pour qui une telle distinction n'est pas sans ambiguïté car certains secrets comme les bénéfices d'une entreprise seront à la fois civils et commerciaux -représentant des revenus pour les actionnaires et les

2. L'élargissement de la notion de secret de fabrique.

211. Des mécanismes de protection relevant du droit civil sont à l'œuvre mais la question n'est pas pour autant réglée pour ce qui est de la protection pénale des secrets de fabrique. La doctrine, aujourd'hui encore, se heurte à des obstacles dans l'élargissement qu'elle propose depuis près de 30 ans⁹²² de la notion de secret de fabrique aux autres secrets de l'entreprise.

La proposition d'élargissement de la notion de secret de fabrique a été soutenue⁹²³ et trouve encore aujourd'hui des promoteurs dans les rangs des franchiseurs⁹²⁴ qui souhaitent sur ce point une extension de l'application de ce texte, autorisant la réservation de procédés commerciaux. En effet, il est certain que maintenant, le développement de l'industrie, du commerce, le développement des prestations en général a permis l'essor d'acceptations du « secret de l'entreprise » qui sont beaucoup plus larges que celles dégagées par le Code pénal au titre de la protection du secret de fabrique.

Les diverses propositions d'élargissement de la notion de secret de fabrique peuvent être, selon nous, prises en compte de deux manières différentes : soit on élargit le champ d'application de la disposition légale concernée qui est ici l'article L 621-1 du code de la propriété intellectuelle, soit on revoit le critère de définition du secret de fabrique pour le rendre moins spécifique à la fabrication. Ces deux voies sont en fait les deux étapes d'un même processus. Seuls les moyens nécessaires à cet élargissement peuvent varier.

L'élargissement du champ d'application de la disposition légale demande une intervention du législateur pour rendre plus clair le texte de la loi et préciser par exemple, l'acceptation qu'il convient d'avoir du secret de fabrique. Le problème ici est qu'une telle définition n'existe pas dans le texte pénal qui se contente de prévoir la sanction sans définir l'objet de la violation. A supposer même qu'une telle définition ait existé, les ressources de l'interprétation ne peuvent développer en cette matière que des effets limités. La disposition en question étant du droit pénal, le principe de légalité des délits et des peines impose une

bénéfices des l'entreprise-. Voir dans le même sens Pradel, Jean Les dispositions de la loi n° 70-643 du 17 juillet sur la protection de la vie privée, in D. 1971, Chr., pp. 111 et 112.

⁹²² Une telle proposition figurait déjà dans les développements de la thèse de M. Régis Fabre en 1976

⁹²³ Me Lassier, Journée actualités Droit de l'entreprise : Montpellier, mars 1968 ; *Le contrat de know-how Nouvelles techniques contractuelles* : Litec 1971, p. 31 où l'auteur dit être : « certain que le développement de l'industrie, du commerce et le développement des prestations en général, fait qu'il y a des notions de secret d'entreprise qui sont de beaucoup plus larges que celles dégagées par la code pénal au titre des secrets de fabrique ».

⁹²⁴ Il est vrai que grand nombre de franchiseurs ont un véritable savoir-faire qui explique leur succès et qui est matérialisé par une "bible" mais dont la révélation ne permet pas, à ce jour, d'obtenir la protection de l'article L. 621-1 du code.

interprétation stricte de la loi. C'est donc vers la doctrine⁹²⁵ et la jurisprudence qu'il convient de se tourner pour avoir le remède à ce découpage artificiel que le critère d'application technique opère au sein des connaissances utiles.

L'élargissement de la notion de secret de fabrique semble aboutir à celle de savoir-faire qu'il soit commercial, documentaire ou autre encore. Ce constat auquel il est difficile de se soustraire, ne peut se justifier objectivement qu'au prix d'une certaine lecture du terme « technique » ou « application industrielle » qui est compris dans la définition du savoir-faire. Plus qu'une technicité, il convient d'y voir une « praticité ».

La question est de savoir si moyennant une telle lecture du savoir-faire, ce dernier peut être envisagé comme le genre prochain duquel il serait possible de rapprocher le savoir-faire traditionnel ? La définition minimaliste du savoir-faire serait-elle ici complète ? L'étude du critère de praticité va nous permettre de mieux approcher l'élément objectif de définition du savoir-faire traditionnel.

Paragraphe 2. La praticité, critère unique de définition du savoir-faire.

La proposition de la « praticité » comme critère de définition du savoir-faire découle de l'observation qui en légitime la cohérence, à condition que l'on admette que le savoir-faire, en tant que genre prochain soit opportunément inopérant à ce stade de sa définition⁹²⁶.

A. La praticité, un critère cohérent de définition.

Le critère de praticité qui va nous servir à appréhender la nature du savoir-faire présente deux avantages habituellement antinomiques dans toute construction juridique : il est à la fois rigoureux et fédérateur.

1. La praticité, un critère rigoureux.

212. Selon Régis FABRE le savoir-faire peut se définir comme « *une connaissance pratique transmissible et non immédiatement accessible au public. Lorsque ces diverses conditions sont réunies, on se trouve en présence d'un élément de caractère pratique et non accessible présentant donc les deux*

⁹²⁵ Dargier de Saint Vaulry Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non-brevetées*, Th. Toulouse 1969, p. 207.

⁹²⁶ Le canevas de réflexion suggère un rapprochement avec le phénomène biologique de différenciation embryonnaire. Le savoir-faire défini par le critère de l'utilité serait la cellule souche et les différents savoir-faire dont la palette pourrait ainsi être étendue sans difficulté seraient les cellules qui procèdent des premières.

caractéristiques d'utilité et de rareté qui permettent aux économistes de déterminer la valeur d'un bien et qui expliquent le besoin de réservation du titulaire du moment»⁹²⁷. Dans cette définition, le terme « pratique » est utilisé comme la traduction juridique du concept au départ économique « d'utilité ». L'auteur semblait ainsi vouloir se prémunir contre une « importation conceptuelle » maladroite. Mais la précaution prise semble se limiter à la terminologie puisque le contenu du terme pratique adopté dans la définition qu'il propose semble recouvrir exactement celle d'utilité telle qu'utilisée en économie. Doit-on à cet égard brièvement rappeler qu'en économie, l'utilité est objectivement conçue comme : « *la satisfaction qu'un bien ou un service procure* »⁹²⁸ ?

En réalité, le critère de praticité n'a jamais été véritablement absent des diverses définitions qui ont été avancées du savoir-faire. Pourtant il a tardé à être mis en exergue comme en étant le dénominateur commun. Que ce soit en France en Allemagne ou en Suisse,⁹²⁹ que ce soit dans les règlements européens, une nouvelle lecture permet de mettre à jour la place du « critère de praticité ».

213. C'est M. Régis FABRE⁹³⁰ qui, le premier, dans sa thèse en 1976, a proposé l'utilisation du terme « pratique » en remplacement de « technique ». Dans un esprit d'unification des critères, l'auteur se posait déjà la question de savoir : « *si le qualificatif de technique est capable d'évoquer la multiplicité des objets que peut avoir le savoir-faire.* » Ce à quoi il répond que « *son sens étymologique le lui permettait* »⁹³¹ avant de remarquer que l'utilisation fréquente qui était faite du terme « technique » dans le domaine industriel rendait moins heureuse son adoption. Il finit par proposer le terme « *pratique* »⁹³² qui lui apparaissait plus « *neutre* »⁹³³. Ainsi, le terme « pratique » se retrouve mis en exergue mais les raisons qui justifient cette élection terminologique ne semblent pas décisives et exemptes de critiques.

⁹²⁷ Fabre R., *Le know-how et sa réservation en droit privé*, Thèse précitée, p. 18.

⁹²⁸ Le petit Robert 1996, v° le terme. Cette conception peut se rapprocher de la notion de **valeur utilité** telle que conçue dans la théorie néoclassique. Selon cette théorie, « « la valeur des marchandises trouve son origine dans la satisfaction qu'elles procurent aux consommateurs » (A. Betione et al. *Dictionnaire des sciences économiques*, Armand Colin 2001, p. 427.)

⁹²⁹ Dans ces trois pays une première lecture de la terminologie utilisée « rend compte du même désir de distinguer les secrets techniques de ceux qui ne le sont pas » (O. Weniger, *La protection des secrets économiques et du savoir-faire*, précité, p. 164)

⁹³⁰ Thèse précitée p.15.

⁹³¹ En effet, est **technique** : « ce qui appartient en propre à un art, à une science ou à ses applications, à un métier ». (Encyclopédie Larousse Universel, éd. 1949, 2 volumes).

⁹³² Est **pratique** selon le Petit Robert : « ce qui concerne l'action, la transformation de la réalité extérieure par la volonté humaine » (sens 1) ; « Qui concerne la vie matérielle concrète et utilitaire » (sens 2).

⁹³³ Fabre R., *Le know-how et sa réservation en droit privé*, Thèse précitée, p. 15.

Tout d'abord, le terme « pratique » semble avoir été désigné par défaut. En effet, selon M. FABRE, la seule limite qui condamne le terme « technique » en tant que critère du savoir-faire réside dans sa propension à être assimilé à ce qui est industriel. N'eut été cette fâcheuse synonymie, il y a fort à parier que le terme « technique » aurait prospéré aux yeux de l'auteur.

Ensuite, le terme « pratique » semble avoir été désigné « entre autres », de sorte que, moins qu'un critère de définition stable, il s'agirait dans l'esprit de l'auteur : d'un « critère à défaut de mieux ». Rappelons à cet effet que le terme « pratique » a été proposé par M. FABRE en remplacement du terme technique, « par exemple »⁹³⁴. C'est donc là un critère sur lequel l'auteur ne semble pas vouloir faire reposer sa définition. Ce terme cependant, correspond exactement à ce dont on a toujours entendu assurer la protection à travers les différents mécanismes de droit commun. L'utilité qui semblait être le critère naturel du savoir-faire embrassait autant la propriété littéraire et artistique que la propriété industrielle. Elle peut en effet recouvrir la forme comme elle peut être le reflet d'une fonctionnalité. Cette duplicité de « l'utilité » n'est pas partagée par la « praticité ». En cela, cette dernière permet de mieux appréhender la césure qui a été faite assez tardivement⁹³⁵ par le Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore, entre les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles⁹³⁶. Les secondes ont en effet été entendues comme recouvrant sensiblement la même chose que l'ancien

⁹³⁴ Fabre R., *Le know-how et sa réservation en droit privé*, Thèse précitée, p. 15

⁹³⁵ A la faveur d'une variation sémantique qui ne fait cependant pas l'unanimité parmi les membres du comité qui estiment que : « L'emploi des termes « expressions culturelles traditionnelles » ou « expressions du folklore » dans le présent document ne signifie pas qu'il y ait unanimité entre les participants du comité quant à la validité ou au caractère approprié de ces formulations ou d'autres termes. Comme le font observer de nombreux États et communautés, le choix d'un ou de plusieurs termes appropriés, et la délimitation de ce qu'ils désignent, appartient au final aux décideurs et aux communautés intéressées aux échelons local et national. L'utilisation du terme « expressions culturelles traditionnelles » dans le présent document n'affecte en rien ni ne limite l'emploi d'autres termes dans les législations nationales ».

⁹³⁶ Voir notamment pour les illustrations les plus récentes de la césure entre la forme et la fonctionnalité, le document : « Les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : options juridiques et de politique » WIPO/GRTKF/IC/6/3 (Ce document donne un aperçu des options juridiques et de politique générale pour la protection des expressions culturelles traditionnelles (également appelées 'expressions du folklore'). Il résume et approfondit les rapports, documents de travail, études et présentations déjà examinés par le comité, afin de déterminer les objectifs fondamentaux de la politique générale en matière de protection et des différents mécanismes utilisés pour protéger les expressions culturelles traditionnelles. Ce document facilite donc l'examen des questions soulevées par l'analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles contenue dans le document WIPO/GRTKF/IC/5/3, examiné par le comité à sa cinquième session.), ainsi que le document intitulé : « Expressions culturelles traditionnelles : mesures de protection défensive liées aux outils de classement de la propriété industrielle » WIPO/GRTKF/IC/6/3 Add.

Sur la protection des expressions culturelles traditionnelles en général telle qu'envisagée par l'OMPI voir avec intérêt : WIPO/GRTKF/STUDY/1 : A Study on the Protection of Expressions of Folklore (Étude de la protection des expressions du folklore), par Mme P. V. Valsala G. Kutty pour l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI).

WIPO/GRTKF/STUDY/2 : Minding Culture : Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions (Le respect de la culture : études de cas sur la propriété intellectuelle et les expressions culturelles traditionnelles), par Mme Terri Janke, Terri Janke et Cie, pour l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI).

terme Folklore⁹³⁷ qui semble connaître aujourd'hui encore, un certain succès aux yeux de la doctrine Allemande⁹³⁸.

La proposition intuitive et judicieuse de M. FABRE demande ainsi à être confortée, à être démontrée dans son caractère fédérateur de toutes les sortes de savoir-faire existants et recensés, y compris le savoir-faire traditionnel.

2. La praticité, un critère fédérateur.

214. Il est difficile, voire impossible de trouver une relation graduelle entre les différentes sortes de savoir-faire recensés. Toutes se présentant comme des espèces spécifiques, le critère de technicité amorce une systématisation que celui de praticité pousse plus loin et parachève. Il n'existe en effet aucun cheminement évolutif qui mène du savoir-faire industriel au savoir-faire documentaire, ni du savoir-faire documentaire, au savoir-faire commercial. Ils sont donc tous des savoir-faire avant d'être pour certains industriels, et pour d'autres commerciaux ou documentaires. Les critères de définition du savoir-faire seront donc logiquement et utilement déterminés avant que les qualités de ce savoir-faire ne soient recherchées. Si l'on devait reprendre, à rebours, les différentes définitions avancées du savoir-faire l'on remarquerait bien aisément que les critères spécifiques qui servent à définir les diverses sortes de savoir-faire sont tous des qualificatifs d'un objet qui n'est autre chose que la « praticité ». Ce qui permet désormais d'exclure définitivement l'appellation « savoir traditionnel » comme étant impropre à désigner les connaissances pratiques dont il est question.

215. Le critère de praticité est fédérateur mais pas fourre-tout. Ainsi, n'aurons-nous pas besoin de recourir à l'interdiction légale⁹³⁹ et

⁹³⁷ Comme en atteste les travaux de la sixième session **WIPO/GRTKF/IC/6/3** § 29 et s : « La formulation « expressions culturelles traditionnelles » a été employée comme terme de travail neutre dans les documents du comité parce que dans certains pays ou dans certaines cultures ou communautés, le terme « folklore » a une connotation péjorative. Cependant, certains participants à la cinquième session du comité se sont inquiétés de cette formulation et ont déclaré lui préférer le terme « expressions du folklore ». Ce dernier a été utilisé lors de travaux internationaux antérieurs sur la propriété intellectuelle dans ce domaine et c'est celui qui figure dans les dispositions types et dans de nombreuses lois nationales.

En conséquence, les termes « expressions culturelles traditionnelles » et « expressions du folklore » sont ici employés ensemble ou de manière interchangeable et sont considérés pour l'instant comme synonymes. »

⁹³⁸ **Lewinski (Von) S.** (sous la direction de), *Indigenous Heritage and Intellectual Property : Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, XVII-409 p ; **Hahn (von) A.**, *Traditionelles Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften zwischen geistigen Eigentumsrechten und der « public domain »* (Savoir traditionnel des communautés indigènes et locales entre droits de propriété intellectuelle et domaine public), Berlin, Springer, 2004, 415 p.

⁹³⁹ Pour le droit d'auteur, cette interdiction se trouve dans une lecture a contrario de l'article L 112-1 du CPI ne protégeant que la forme d'expression et par conséquent pas l'idée. Pour ce qui est du droit des brevets voir l'article L661-10 du CPI.

jurisprudentielle⁹⁴⁰ de protéger privativement des idées. Cette interdiction serait, au demeurant, inapplicable *stricto sensu* puisqu'il ne s'agit pas encore de demander un brevet sur une invention. Le critère de praticité chasse naturellement du domaine du savoir-faire traditionnel les idées en tant que telles. Ce qui fait qu'entre les différentes formes de savoir-faire, on retrouve un critère commun sans pour autant que la recherche de ce dénominateur commun implique une porosité de la notion vis-à-vis de réalités qui méritent d'en être écartées.

Au total le critère de praticité semble apporter au concept de savoir-faire et de savoir-faire traditionnel une délimitation plus nette en même temps qu'elle en affermit le domaine de définition. C'est sur cette base stable que l'on peut envisager les différentes déclinaisons qui pouvaient jusqu'alors être perçues comme des indices d'éclatement de la notion.

L'on ne sera pas ainsi surpris que le critère de « praticité », bien qu'étant seul requis en tant qu'élément objectif pour définir le savoir-faire présente une inefficacité. Ce qui sera nouveau, c'est de considérer que cette inefficacité est le gage de son caractère fédérateur.

B. La praticité, un critère opportunément inopérant.

Il convient ici d'analyser successivement la nécessité d'une illustration spécifique et la variété des illustrations spécifiques.

1. La nécessité d'une illustration spécifique de la praticité.

216. Définir le savoir-faire comme « *une connaissance ou une habileté pratique acquise, et maintenue secrète* »⁹⁴¹ ne semble pas faire avancer le débat car le critère de praticité, malgré son caractère fédérateur, semble frappé d'une inefficacité qui peut l'évincer de son rôle de critère valable de définition du savoir-faire en tant que notion renouvelée.

On peut alors être tenté d'avoir une attitude qui peut s'analyser en une alternative. Soit on constate l'absence de la notion de savoir-faire ainsi conçue comme genre prochain de toutes les sortes de savoir-faire recensés ; soit on considère que le savoir-faire en tant que tel, c'est-à-dire « nu » est un concept

⁹⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ. 17 octobre 2000, *JCP 2000*, IV n°2786 qui juge que « la protection de l'idée comme œuvre de l'esprit suppose la création par la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur ». Voir également sur ce principe : Cass. Com. 31 mars 1954 ; Cass. Com. 29 mars 1950 ; Paris 4^{ème} ch. 2 avril 1981 ; Paris 4^{ème} ch. 18 mai 2001 cités et commentés in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, M. Vivant (dir.) Dalloz 2004 p. 75 et s.

⁹⁴¹ C'est nous qui soulignons.

inopérant en droit qui doit emprunter certains critères spécifiques pour être appréhendé par les mécanismes de réservation que le droit recèle.

Le fait qu'une telle définition du savoir-faire ne soit pas véritablement opérante, n'a pas échappé aux Prs. FOYER et VIVANT qui ont considéré que le principe d'une prédéfinition générale du savoir-faire était sans véritable intérêt⁹⁴². Ces auteurs, par ailleurs, ne reconnaissent aux différentes définitions proposées par la doctrine qu'une simple valeur descriptive de ce qui doit être considéré comme un savoir-faire digne d'enjeu⁹⁴³.

217. Il convient alors, de se demander les différentes facettes que peut revêtir cette praticité pour être appréhendée par les mécanismes de réservation ? Cette nécessité procède de la définition du savoir-faire. Reprenons ici la définition que l'AIPPI a proposée du savoir-faire au Congrès de Mexico en 1972 et qui depuis a fait florès dans la doctrine : « *on appelle savoir-faire des connaissances et expériences de nature technique, commerciale, administrative, financière ou autres*⁹⁴⁴ qui sont applicables dans la pratique pour l'exploitation d'une entreprise ou l'exercice d'une profession ». Cette définition dont M. GALLOCHAT reconnaît encore l'actualité⁹⁴⁵ permet de voir que si le savoir-faire est avant tout une somme de connaissances applicables dans la pratique, il faut en plus que cette connaissance pratique revête une spécificité dont la liste ne peut être exhaustive⁹⁴⁶ pour valablement interroger le droit. Ce qui fait que le caractère pratique du savoir-faire doit procéder d'un des domaines de spécificité ci-dessus cités ou tout autre domaine de spécificité au rang desquels on peut valablement inscrire l'ethnobotanique, l'ethnopharmacologie, la médecine des plantes, etc. L'on pourrait ainsi reprendre la définition de l'AIPPI sans pour autant la déformer ni la dénaturer : « *on appelle savoir-faire des connaissances et expériences de nature ethnobotanique, ethnopharmacologique ou autres qui sont applicables dans la pratique pour l'exploitation d'une entreprise ou l'exercice d'une profession* ».

On peut considérer dans un premier temps que le savoir-faire, selon le milieu où il a été mis au point et élaboré se verra attribuer ce milieu comme domaine de spécificité. C'est ainsi que se seraient construites les différentes sortes de savoir-faire recensés. Selon ce schéma de construction, le savoir-faire

⁹⁴² Foyer J. Et Vivant M. *Le droit de s brevets*, PUF, 1991, p. 401 ; voir dans le même sens, Table ronde sur le savoir-faire , in *Le Know-How*, CDE 1972/1, p. 19 où M. L Gilbert déclare ce qui suit : « personnellement, je n'ai jamais éprouvé, à travers deux mille contrats, le besoin d'une définition générale du know-how. Bien sûr il faut définir exactement les connaissances qui font l'objet de prestations dans le contrat, mais ceci est une autre affaire. »

⁹⁴³ Foyer J. et Vivant M. *ibidem*.

⁹⁴⁴ C'est nous qui soulignons.

⁹⁴⁵ Gallochat A., « L'industrie face au secret » in *La propriété industrielle et le secret*, journées d'étude du centre Paul Roubier, 4 juin 1995, Coll. CEIPI, Litec 1996, p. 51.

⁹⁴⁶ « ...nature technique, commerciale, administrative, financière ou autres... » Cf. définition de l'APPI de 1972 précitée.

industriel est celui qui s'est élaboré dans un milieu industriel et à l'occasion de l'accomplissement de tâches industrielles ; de même le savoir-faire commercial sera celui qui a été élaboré et mis au point à l'occasion et pour l'accomplissement de tâches commerciales et le savoir-faire documentaire que l'on a un temps cru voir constitué dans les programmes d'ordinateur⁹⁴⁷ est celui qui a été élaboré à l'occasion de tâche d'organisation des informations et des documents. Selon ce schéma toujours, le savoir-faire traditionnel serait celui qui a été conçu et élaboré dans le milieu traditionnel. Or le milieu traditionnel en tant que domaine d'activité n'existe pas. S'il existe, il est trop vaste et présente trop peu d'homogénéité pour constituer un domaine d'illustration spécifique qui pourrait valablement contribuer à saisir le contenu objectif de la praticité de tels savoir-faire.

218. Faut-il alors rectifier la conception qu'il convient de retenir du domaine de l'illustration spécifique et se faire ainsi l'écho de l'idée selon laquelle : c'est l'utilisation que l'on prévoit de faire du savoir-faire convoité qui en définit le domaine d'illustration spécifique ?

La question par laquelle il faut passer est celle qui mène à se demander si c'est l'origine qui octroie l'illustration spécifique au savoir-faire ou si c'est la destination de ce dernier. Pour aborder cette interrogation, il faut évacuer une *pseudo* réalité qui n'est qu'une vue de l'esprit. Conçus et expérimentés dans des domaines spécifiques avec succès, c'est bien naturellement que l'utilisation qui est envisagée des savoir-faire, l'est dans le même domaine afin de bénéficier des résultats probants qui en font la valeur.

Cette identité entre le domaine spécifique d'élaboration et celui de la destination du savoir-faire a pu faire penser que ce dernier se voyait attribuer la nature du domaine d'illustration spécifique de destination. Serait ainsi industriel le savoir-faire dont on envisage l'exploitation dans le secteur industriel, et commercial le savoir-faire dont on envisage l'exploitation dans le domaine du commerce. Une telle conception ne serait pas rigoureuse, surtout si l'on considère le savoir-faire traditionnel comme étant aussi : « toute autre innovation ou création basée sur la tradition résultant de l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire ou artistique »⁹⁴⁸. Ainsi, quand le domaine d'illustration spécifique correspond à une branche d'activité telle que l'industrie, le commerce, la documentation, ou encore l'ethnopharmacologie, il faut espérer que le domaine d'utilisation envisagé soit le même que le domaine d'élaboration du savoir-faire.

⁹⁴⁷ Voir sur ce point **Mousseron J-M**, La protection juridique des programmes d'ordinateurs, in *Protection des résultats de la recherche face à l'évolution des sciences et techniques*, p. 120 et s. ; **A. Lucas**, *th. Précitée*.

⁹⁴⁸ Définition donnée par l'OMPI.

Or, ce ne semble, en revanche, pas être le cas du savoir-faire ethnopharmacologique qui est appelé à migrer vers une utilisation industrielle⁹⁴⁹ ou du savoir-faire traditionnel qui est appelé à migrer vers une utilisation non traditionnelle. En définitive, et bien que cela corresponde à certains types de savoir-faire, il n'est pas très constructif de rechercher le domaine d'illustration spécifique dont a besoin le savoir-faire dans la destination qui en est envisagée mais plutôt dans son milieu d'élaboration. Celui-ci pourra alors correspondre indifféremment à un milieu de vie ou à une branche d'activité.

219. Il ne faut en effet pas oublier que la destination qui est envisagée pour la « praticité » contenue dans le savoir-faire ne s'analyse pas en termes de secteur d'activité mais plutôt d'« activité humaine ». Ainsi, ce ne sont pas les éléments spécifiques de l'activité humaine qui sont visés mais plutôt l'ensemble de l'activité humaine que celle-ci s'exerce dans le cadre d'une entreprise ou

949

Ce sera par exemple le cas des connaissances ethnobotaniques dont on envisagerait l'acquisition et l'utilisation dans la recherche pharmaceutique. Voir dans ce sens l'Accord concernant le transfert de matériel biologique ou d'informations s'y rapportant (Programme 2) *La politique 2000 de l'ICIPE en matière de propriété intellectuelle* et *Guide de la politique 2000 de l'ICIPE en matière de propriété intellectuelle* du Centre international sur la physiologie et l'écologie des insectes (ICIPE), Nairobi (Kenya) ; mais aussi et à titre illustratif les accords suivants qui portent principalement sur le matériel biologique :

- _ Accord standard de transfert de matériel du Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale (GCRAI)
- _ Accord standard de transfert de matériel pour le matériel génétique non végétal (y compris les micro-organismes, les animaux et le matériel aquatique et marin) du Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale (GCRAI)
- _ Uniform Biological Material Transfer Agreement (UBMTA) (ATM type) de l'Association of University Technology Managers (AUTM)
- _ Accord de transfert de matériel figurant dans le Code international de conduite relatif à la réglementation de l'accès aux micro-organismes et à leur utilisation durable (MOSAICC)
- _ Accord de transfert de matériel de l'American Type Culture Collection (ATCC)
- _ Natural Products Repository Material Transfer Agreement (ATM type approuvé en mai 1989) de la branche des produits naturels du National Cancer Institute (NCI) des États-Unis d'Amérique
- _ Mémoire d'accord entre [organisation du pays d'origine] et le programme de thérapeutique développementale de la division des centres de traitement et de diagnostic du cancer du National Cancer Institute (NCI) des États-Unis d'Amérique
- _ Projet d'accord type de transfert de matériel biologique entre organismes à but non lucratif de la National Science Foundation (NSF) des États-Unis d'Amérique
- _ Mémoire d'accord entre la Society for Research Into Sustainable Technologies and Institutions (SRISTI) et la Research and Development Organization (RDO) du Gujarat (Inde)
- _ Libellé type de clause compromissoire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)
- _ Model Material Transfer Agreements for Equitable Biodiversity Prospecting
 - Version one : For Transfer of Biological Resources to Non-Commercial or Non-Profit Organizations (Accord type de transfert de matériel aux fins d'une prospection équitable sur la diversité biologique - version n° 1 : pour le transfert de ressources biologiques à des organisations non commerciales ou à but non lucratif)
 - Model Material Transfer Agreements for Equitable Biodiversity Prospecting
 - Version Two: For Transfer of Biological Resources to Commercial Organizations (Accord type de transfert de matériel aux fins d'une prospection équitable sur la diversité biologique - version n° 2 : pour le transfert de ressources biologiques à des organismes à caractère commercial
 - _ Accord type d'acquisition de matériel figurant dans les Directives de politique commune à l'intention des jardins botaniques participants sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages
 - _ Accord type de fourniture de matériel figurant dans les Directives de politique commune à l'intention des jardins botaniques participants sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages. Cf. Document OMPI/GRTKF/IC/2/3 ANNEXE II.

qu'elle soit une profession⁹⁵⁰. S'il fallait se convaincre autrement de l'insignifiance de la destination du savoir-faire dans la désignation du domaine d'illustration spécifique du savoir-faire, l'on noterait simplement l'absence de la désignation d'un tel domaine dans nombre de définitions qui sont proposées du savoir-faire ou encore des savoirs traditionnels.

Les domaines d'illustration spécifique du savoir-faire semblent ainsi illimités faisant de la définition des éléments objectifs de ce concept, une définition ouverte.

2. La variété des illustrations spécifiques.

Si les domaines d'illustration spécifique du savoir-faire se présentent comme variés, c'est que les domaines habituels et éprouvés sont en pleine extension et que par ailleurs l'ethnopharmacologie et l'ethnobotanique viennent valablement s'y ajouter.

a. Les domaines de spécificités habituels en pleine extension.

220. Les domaines de spécificité tels que l'industrie et le commerce sont ceux qui ont permis d'échafauder le concept de savoir-faire et les exemples d'illustrations y relatifs ne méritent à ce stade que des rappels succincts tout en mettant un accent particulier sur les méthodes commerciales⁹⁵¹. Nous renvoyons ici, et pour ce qui est de l'industrie, à la foisonnante jurisprudence relative à l'article 418 anciennement du code pénal devenu article L 621-1 du code de la propriété intellectuelle⁹⁵². Par ailleurs, les tentatives d'élargissement de la notion

⁹⁵⁰ En témoigne la fin de la définition proposée par l'AIPPI en 1972 : « ... pour l'exploitation d'une entreprise ou l'exercice d'une profession » ;

⁹⁵¹ Liotard I., « Les brevets sur les méthodes commerciales : état des lieux et perspectives commerciales », *Propriétés intellectuelles*, Avril 2004, n° 11, p. 615 et s.

⁹⁵² Notamment : CA Paris, 15 févr. 1856 : *Ann. propr. ind.* 1856, p. 90), jusqu'aux arrêts les plus récents, la même qualification est exigée : le secret de fabrique est un procédé technique industriel, même parfois d'exécution de détails, original, brevetable ou non (*Cass. com.*, 27 nov. 1931 : *Ann. propr. ind.* 1932, p. 173. - *Cass. crim.*, 30 déc. 1931 : *Ann. propr. ind.* 1932, p. 70. - 12 juin 1974 : *Bull. crim.*, n° 218. - 7 nov. 1974 : *Bull. crim.*, n° 323).

Ont été ainsi considérés comme secrets de fabrique susceptibles d'être protégés par l'article L. 621-1 du code :

- un procédé consistant à améliorer certaines couleurs (*T. com. Seine*, 28 juin 1873 : *Ann. propr. ind.* 1874, p. 181);

- un procédé consistant dans la protection d'un mélange chimique (*Cass. crim.*, 15 mars 1884 : *Ann. propr. ind.* 1888, p. 357); - un procédé permettant de recouvrir de Celluloïd un volant de bois (*Cass. crim.*, 6 déc. 1923 : *Ann. propr. ind.* 1925, p. 124); - un procédé consistant en un échange technique original (CA Aix, 28 oct 1959 : *Gaz. Pal* 1960, 1, *jurispr.* p. 151); - un procédé améliorant certaines pièces de fonte (CA Douai, 16 mars 1977 : *DS* 1977, p. 637);

- un procédé de fabrication de l'oxychlorure de cuivre (*Cass. crim.*, 15 avr. 1982 : *PIBD* 1982, III, 207);

- un système de fraisage du cuir et des métaux légers (CA Bordeaux, 7 juin 1983 : *JCP G* 1983, II, 20087 ; *JCP E* 1984, II, 14167, note Seillan).

de savoir-faire ont pris source dans la volonté de certains auteurs⁹⁵³ d'appliquer l'ancien article 418 du code pénal au savoir-faire commercial. L'existence de ce savoir-faire avait pourtant été acceptée par la jurisprudence comme par la doctrine⁹⁵⁴. Il était convenu d'entendre par ce terme : « *des techniques de gestion particulières, des systèmes de ratios, des méthodes d'organisation scientifique de travail ou plus simplement des listes de clients* »⁹⁵⁵.

221. Avant que la question de la brevetabilité du logiciel ne se pose avec de plus en plus d'insistance, l'examen de la brevetabilité des programmes d'ordinateur⁹⁵⁶ a permis à une partie de la doctrine dont le Pr. A. LUCAS d'envisager dès la fin des années 1970 de les protéger en tant que secrets de fabrique, et donc savoir-faire technique.

En effet pour cet éminent auteur, « *si l'on exige que le secret de fabrique possède un caractère industriel au même titre que l'invention brevetable, il s'en suit que les créations industrielles abstraites (programmes) exclues du champ de la brevetabilité au motif qu'ils ne permettent pas l'obtention d'un effet technique, ne peuvent davantage être considérées comme des secrets de fabrique* »⁹⁵⁷.

Cette inquiétude justement manifestée est aujourd'hui atténuée puisque le principe de l'interdiction de la brevetabilité des logiciels et programmes d'ordinateur⁹⁵⁸ en tant que tels fait une petite place à la brevetabilité des inventions dans lesquelles intervient un programme d'ordinateur⁹⁵⁹.

⁹⁵³ Lucas A. *La protection juridique des créations industrielles abstraites*, th., Nantes, 1972, Litec 1975, p. 208 §322

⁹⁵⁴ Calais-Aulois J., et Mousseron J-M, *Les biens de l'entreprise*, p. 79 et CA Paris 24 janv. 1975 préc.

⁹⁵⁵ Fabre R., *Le know-how sa réservation en droit commun*, précité p. 54.

⁹⁵⁶ Quant à la terminologie, il faut considérer les termes « ordinateur » et « machine calculatrice » comme synonymes. A l'appui d'une telle assimilation, voir : CA Paris 22 Mai 1973, *Mobil Oil, PIBD*, n° 107, III, p. 197, *Annales* 1973, n° 3, p. 275, note P. Mathely). L'on peut également assimiler, et ce à la faveur du temps et bien que cela puisse être discuté (JP Martin, la protection des logiciels informatiques : droit d'auteur ou brevet d'invention ? *JCP E* 1990, II, 15752), les termes de « programme d'ordinateur » et de « logiciel ». En effet, le CBE parle de « programmes d'ordinateur » ainsi que l'article L 611-10 du code de la propriété intellectuelle tandis que la Directive européenne et l'article L 112-2-13 (notamment) du code de la propriété intellectuelle parlent de logiciel.

⁹⁵⁷ Lucas A., *Thèse précitée*, p. 207

⁹⁵⁸ L'article 52-2 c) de la CBE exclut de la brevetabilité « les programmes d'ordinateur ». Les directives d'examen de l'OEB rappellent la principe en ces termes « un programme d'ordinateur revendiqué pour lui-même ou en tant qu'enregistrement sur un support est a priori un programme d'ordinateur en tant que tel, et à ce titre n'est pas susceptible d'être breveté indépendamment de son contenu. La situation n'est, en règle générale, pas modifiée lorsque le programme est chargé dans un ordinateur connu. » C.IV.2 p. 44 de décembre 1994, cité par Pollaud-Dullian F. *La brevetabilité des inventions, Etude comparative de jurisprudence France -OEB Litec 1997*, p. 70. Il faut noter que sur le plan national, l'interdiction existait depuis la loi de 1968 (Mousseron J-M et Vivant M., « Logiciel et brevets », *DB 1986*, VI) qui est la réaction à un contexte international alors marqué par le souci d'une protection internationale rapide et la volonté de se démarquer de la position des USA (Le Tarnec A. « La réforme du droit des brevets d'invention », *usine nouvelle*, juin 1970 p. 301 ; Mousseron J-M, *Le traité du nouveau droit des brevets*, op. cit. n° 184)

⁹⁵⁹ La règle qui permet une telle brevetabilité est contenue à l'alinéa 3 des articles 52-3 de la CBE et L 611-10-2c du code de la propriété intellectuelle. (Mousseron J-M, *Traité précité* n° 185 ; OEB, *La jurisprudence des chambres de recours de l'OEB/ 1987-1992*, précité, p. 15.)

En examinant ce tempérament, on s'aperçoit que le logiciel ou encore le programme d'ordinateur, malgré le contenu de l'alinéa c) de l'article 52 de la convention de Munich⁹⁶⁰, est conçu comme une « praticité » interne à une invention sans que, pour diverses raisons⁹⁶¹, cette praticité puisse prétendre à la brevetabilité. De cette situation on peut déduire que le logiciel, dans l'esprit du juriste continental, est et demeure une « praticité » qui contribue à la production d'un effet technique, éventuellement brevetable. C'est peut être là l'explication du refus persistant de l'Europe d'admettre la brevetabilité de ce qui est appelé outre atlantique « Business methods » et que l'on peut essayer de traduire par « méthodes commerciales », « procédés pour faire des affaires » ou « méthodes ou procédés économiques »⁹⁶². Techniquement, les méthodes commerciales sont exclues du domaine de la brevetabilité⁹⁶³ et il ne semble pas que l'Europe soit disposée à changer de position⁹⁶⁴. Le logiciel, cependant, peut se voir appliquer le droit d'auteur⁹⁶⁵ à condition d'être pourvu une originalité dans sa forme. Ainsi, le logiciel se présente du point de vue de la propriété industrielle comme un savoir-faire non brevetable malgré les fréquentes tentatives de contournement dont fait l'objet le principe de non brevetabilité⁹⁶⁶. Hors de toute protection par le droit de la propriété littéraire et artistique, le logiciel ou programme d'ordinateur peut

⁹⁶⁰ Excluant explicitement les logiciels et les méthodes commerciales de champ de la brevetabilité.

⁹⁶¹ Défaut de caractère industriel, défaut d'application industrielle, absence d'invention, qualification de méthode intellectuelle abstraite, non-cumul de deux protections pour le même objet.

⁹⁶² Sur toutes ces approches de définition, voir Szleper D., « La brevetabilité des business methods » in *Conférence internationale sur le commerce électronique et la propriété intellectuelle*, 19-21 septembre 2001, OMPI.

⁹⁶³ A la différence de Etats-Unis où aucun texte légal ne milite contre la non-brevetabilité des logiciels. Le *Patent Act* est assez général dans sa description de ce qui peut être couvert par brevet. Ainsi selon la Section 101 35 USC (1988) si une invention est concrète, tangible, utile, et non évidente, elle peut se prévaloir d'un brevet. L'on se souviendra de la formule : « Tout ce qui est fait par l'homme sous le soleil est susceptible d'être breveté ». Décision CHAKRABARTY Cour suprême des USA, 447 US. 303, 206 USPQ 193 (1980) *EIPR* 1981, p. 194.

⁹⁶⁴ Il suffit, pour s'en convaincre, de voir les échanges passionnés qui ont eu lieu lors de la discussion de la Proposition de Directive Européenne de Février 2002, ainsi que les débats d'Octobre 2003 autour du texte de Proposition de Directive au Parlement Européen sur les logiciels.

⁹⁶⁵ La loi française du 3 juillet 1985 a intégré les logiciels aux œuvres susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur, tout en organisant un régime quelque peu dérogatoire, partiellement inspiré du droit des brevets. Cette option a été entérinée par l'Assemblée plénière de la cour de cassation à l'occasion de trois arrêts remarquables du 7 mars 1986 : *RIDA Juillet 1986* n° 129, p. 130 ; *JCP G1986*, II, 20631, note J-M Mousseron, M. Vivant et B. Teysié.

Au plan européen, la Directive CEE du 14 mai 1991 (transposée en droit français par la loi du 10 mai 1994, JO 11 Mai 1994, p. 6863) et a été jusqu'à ramener le régime du logiciel dans un cadre plus conforme au régime de la propriété littéraire et artistique.

⁹⁶⁶ La plus fréquente des formes sous lesquelles se présente cette tentative de contournement est celle qui consiste à fournir un habillage technique au logiciel. L'Office Européen de brevet a montré son intransigeance vis-à-vis d'une telle attitude à travers deux décisions de la fin des années 1980 : La décision T 22/85 IBM du 5 octobre 1988 qui met nettement un frein à la tendance à revendiquer la protection des logiciels sous couvert de formulation technique des revendications. (OEB, La jurisprudence des chambres de recours de l'OEB 1987-1992, p. 17) et la décision T 158/88 Siemens du 12 décembre 1989 où la Chambre des Recours Technique précise comme dans la décision du 5 octobre 1988 que la mention selon laquelle la mise en œuvre d'un procédé nécessite des moyens techniques ne suffit pas à elle seule, à rendre à rendre brevetable un procédé qui constitue intrinsèquement un programme d'ordinateur en tant que tel.

bénéficiaire en tant que tel de la protection des règles relatives au savoir-faire, s'il est prouvé que ce logiciel bénéficie d'un secret relatif⁹⁶⁷.

Ainsi, techniquement, rien n'empêche d'envisager, à travers la notion de praticité, la protection des logiciels comme constitutifs de savoir-faire. Il n'est pas besoin ici de marquer un quelconque accord avec la décision de la cour fédérale des Etats-Unis, *Alappat*⁹⁶⁸ de 1994 qui retient le critère de l'utilité pour justifier la brevetabilité de l'algorithme. Il est encore moins besoin de diluer le droit des brevets au point de l'appliquer pour peu que le « *résultat de l'invention soit utile* »⁹⁶⁹ comme cela a été fait dans une autre affaire, *State v. Signature de 1998*⁹⁷⁰, jugée aux Etats-Unis et qui est considérée comme ayant ouvert la voie au brevet sur les méthodes commerciales⁹⁷¹. Cette possibilité technique n'occulte cependant pas les difficultés pratiques qui peuvent surgir quant au maintien du secret. Difficultés auxquelles les praticiens proposent de trouver un début de réponse dans la technique de l'encodage qui a interrogé la doctrine et la jurisprudence dans le cas spécifique du développement de logiciel⁹⁷².

222. L'on peut esquisser sans crainte de se tromper, une lecture historiciste et chronologique de la variété des illustrations spécifiques. Le savoir-faire a conquis le domaine de la distribution où les franchises de distribution, de

⁹⁶⁷ Sur la notion de secret relatif; Cf. infra Chap. 4 *Les éléments subjectifs de détermination de la nature des droits portant sur le savoir-faire traditionnel*, ainsi que la section 2 du présent chapitre.

⁹⁶⁸ RE Alappat, 33F, 3d, 1526, (Circuit fédéral, 1994).

⁹⁶⁹ La formule complète de la décision était : « *Aujourd'hui nous estimons que la transformation des données représentant une certaine somme d'argent, par une machine, à travers une série de calculs mathématiques-informatiques, constitue une application pratique d'un algorithme, d'une formule ou d'un calcul, parce qu'ils produisent un résultat utile, concret et tangible* »

⁹⁷⁰ L'affaire opposait une grande firme bancaire (*States street Bank*) à une plus petite (*Signature*) qui avait développé un système de traitement de données pour centraliser les services financiers afin de faciliter le regroupement des actifs par affiliation des fonds. *State Street Bank*, Intéressée, s'était rapprochée de *Signature* pour conclure des Licences. La négociation échouant, *State Street Bank* a attaqué la validité du brevet de *Signature* en justice. Le juge de la *Court of Appel of the Federal Circuit* a conclu à la validité du brevet attaqué moyennant l'argument suivant:

Les inventions fondées sur des formules mathématiques, des calculs, peuvent être brevetables à condition que ceux-ci produisent un résultat utile, concret et tangible ». Cette décision annule par la même occasion la règle longtemps acceptée selon laquelle, une invention n'est pas brevetable si elle constitue une « *Method of doing business* ». *Décision Hotel Security Checking Cov. Lorraine Co de 1908* (160 (Cour Federale 2nd Circuit 1908)

⁹⁷¹ Liotard I., « Les brevets sur les méthodes commerciales : état des lieux et perspectives commerciales », Article précité, p. 617.

⁹⁷² A propos de l'existence et de l'obligation de transmettre le code source comme accessoire de la livraison d'un logiciel, la doctrine et la jurisprudence semblent d'accord pour sur une réponse positive. Le Pr. Lucas par exemple (Lucas et alii, *Droit de l'informatique et de l'internet*, PUF/Thémis 2001, n° 756), le client acquéreur du logiciel doit pouvoir tirer tout le parti possible de l'investissement qu'il a seul financé et dans cette perspective l'accès aux sources est justifié. C'est aussi ce que la jurisprudence avait estimé dans plusieurs espèces avant l'entrée en vigueur de la loi du 10 mai 1994 (CQ Bordeaux 2^{ème} ch. 24 sept. 1984 qui estime que « l'usage et l'équité imposent que le client se voie consentir un droit d'usage des sources ; CA Paris 25^{ème} ch. B, 25 janv. 1991, Juris-data, 20624). Mais il semble qu'aujourd'hui l'orientation ait changé comme en témoigne une ordonnance du président du TGI de Paris en date du 10 avril 2002 qui a conclu qu'en l'absence de clause expresse de cession, le client ne possédait aucun droit automatique à la communication et à l'utilisation des codes source (TGI Paris 10 avril 2002, Silex, *Droit de l'informatique et des systèmes d'information*, n°02-2). Sur l'encodage dans la télématique voir : « Télématique et code d'accès », *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, 2004, n° 1946 et s.

production, de services, se développent⁹⁷³ grâce à un savoir-faire que l'on n'hésite pas à qualifier de « gestionnaire »⁹⁷⁴. Cette propension du savoir-faire à embrasser les domaines les plus nouveaux peut s'expliquer largement par la qualité principale de ce bien : là où il est besoin d'entretenir une avance concurrentielle sur autrui, le savoir-faire qui est la connaissance permettant d'aller de l'information-plancher de base à l'information-plafond optimale, trouve naturellement sa place et révèle son importance. Ainsi suffit-il qu'une branche d'activité soit saisie par une compétitivité plus accrue pour que le savoir-faire s'y structure et se transmette par les moyens contractuels les plus courants avec la particularité de souvent impliquer une confidentialité.

Dans ce processus de diversification évolutif et surtout adaptatif, il n'étonnera personne que le savoir-faire prétende embrasser l'ethnopharmacologie et l'ethnobotanique.

b. Le domaine de spécificité de l'ethnopharmacologie et de l'ethnobotanique⁹⁷⁵.

223. L'insuffisance utile du savoir-faire tel que défini par la notion de « praticité » doit être réaffirmée car non seulement il fédère tous les savoir-faire recensés et plus ou moins sanctionnés par le droit, mais aussi il accueille plus valablement les savoir-faire traditionnels.

Si nous convenons, d'une part, que le savoir-faire est une connaissance pratique et que, d'autre part, cette connaissance pratique nécessite un domaine d'illustration spécifique pour interroger valablement le commerce juridique, on

⁹⁷³ J.-J. Burst et R. Kovar, « La mariée est en blanc » : *Gaz. Pal.* 1986, 1, doct. p. 392. - V. aussi D. Ferrier, « Franchise et savoir-faire », *Mélanges J.-J. Burst* : Litec, 1997, p. 157 s

⁹⁷⁴ Fabre R. *Jurisclasseur brevets, Fasc. 4710*, février 2003.

⁹⁷⁵ Ces deux domaines ont été choisis comme illustreurs de la multiplicité de domaines spécifiques touchés par le savoir-faire traditionnel. Ces domaines de spécificité ne sont parfois pas mentionnés par les instruments internationaux ou déclarations qui entendent traiter de la question (tel est le cas par exemple de la déclaration américaine des droits des peuples autochtones en son article 10, www.Cidh.org/annualrep/96fren/chapitre4htm cité par P.-H., Sambuc in *La protection internationale de savoirs traditionnels*, L'Harmattan, p. 79, note 95.) s'il fallait les mentionner sans aucune prétention d'exhaustivité, on pourrait se référer à trois séries d'énumérations : Berkes envisage les domaines de : l'agriculture, l'ethnobotanique, l'ethnopharmacologie, les systèmes d'irrigation, la conservation du sol et de l'eau, la médecine ethnovétérianaire, l'ethnozologie, l'ethnopédologie, l'ethnoastronomie, la classification de la neige des glaces, les techniques de contrôle de l'érosion, la gestion durable de l'environnement » ? Lors des *missions exploratoires de de l'OMPI* les catégories suivantes ont été mentionnées à un titre ou à un autre par les représentant des peuples autochtones rencontrés : « la médecine traditionnelle, les plantes et ressources génétiques, le savoir agricole, le savoir de la flore et de la faune, le savoir écologique, le savoir culinaire, la biodiversité de la forêt, la taxonomie traditionnelle des plantes et des animaux, les plantes médicinales et aromatiques, la protection de l'environnement et des forêts ». Le projet des nations unies sur le droit des peuples autochtones, fait quant à lui mention des : « ressources génétiques, semences, pharmacopée, connaissances des priorités de la faune et de la flore, traditions orales, littératures, dessins et modèles, arts visuels, arts du spectacle » Cf. P-H Sambuc précité p. 80-81.

peut alors se demander si l'ethnopharmacologie constitue un tel domaine d'illustration spécifique.

Il faut d'abord de se demander s'il existe des connaissances pratiques qui ont été élaborées dans le cadre d'activités ethnopharmacologiques. Les connaissances associées aux ressources botaniques et génétiques issues de la bio diversité présentent-elles une praticité ? La réponse positive ne fait aucun doute. Pourtant, n'eut été l'existence de l'objet d'étude de l'ethnobotanique ou de l'ethnopharmacologie⁹⁷⁶, qui représentent ici le domaine d'illustration spécifique, cette praticité n'aurait jamais fait l'objet d'une réservation. Deux raisons à cela :

La première est qu'il n'y aurait aucun prétendant à bénéficier de cette praticité hormis le détenteur originel. L'on trouvera là une différence fondamentale entre une praticité maintenue totalement secrète quant à son existence et son contenu vis-à-vis de toute personne étrangère et une praticité dont le contenu est inconnu de toute personne étrangère mais pas son existence. Dans le premier cas même s'il s'agit déjà⁹⁷⁷ de savoir-faire celui-ci n'interroge nullement le droit car il ne constitue pas encore un phénomène social⁹⁷⁸ et le domaine d'illustration spécifique n'existe pas encore à proprement parler. Dans le second cas en revanche, la praticité en question est connue dans son existence par les personnes tierces mais son contenu demeure réservé. Cette altérité consciente de l'existence de la praticité est le début de constitution du domaine d'illustration spécifique. C'est elle qui justifie le rôle de médiation que le droit est appelé à jouer dans les relations interpersonnelles.

224. La seconde raison est qu'il n'y aurait pas d'espace d'activité où vérifier si besoin était, la réelle utilité de la connaissance à laquelle l'on voudrait prétendre. Cette deuxième raison tient un peu de la nature concurrentielle du savoir-faire. Pour qu'il y ait concurrence, il faut un espace de compétition et des acteurs en compétition. Ainsi, la praticité, pour pouvoir prétendre valablement à

⁹⁷⁶ « Une discipline récente, l'ethnopharmacologie aborde l'étude des médecines traditionnelles et de leurs pharmacopées sous un éclairage nouveau ; celui apporté par la richesse et la diversité des nombreuses disciplines qui la composent. L'ethnopharmacologie met en relation les savoirs ancestraux des médecines traditionnelles et les connaissances scientifiques actuelles. Située à l'interface des sciences de l'homme, comme l'ethnologie, l'histoire, la linguistique, et des sciences de la nature, comme la botanique, la pharmacologie, la pharmacognosie, la médecine, l'ethnopharmacologie respecte la tradition, et s'ouvre résolument à l'innovation ». Fleurentin J., *plantes des médecines traditionnelles vers une thérapeutique moins iatrogène*, www.ethnopharmacology.org (consulté le 17/09/04 à 15h 07)

⁹⁷⁷ Encore que cela puisse se discuter compte tenu du fait que la transmissibilité n'en est pas encore analysée.

⁹⁷⁸ Sur la référence aux rapports sociaux dans la définition du droit et un avis apparemment contraire : voir Leca A. (*La genèse du droit*, essai d'introduction historique au droit, L.U. A.-P. 3^{ème} édition 2002, p. 29 et les nombreux exemples cités en notes 88 à 103) « le droit règle les rapports sociaux entre les hommes. Mais il n'est pas possible de délimiter ceux-ci de manière objective, car il n'y a pas de frontière sûre entre l'individuel et le social. »

la qualité de savoir-faire doit s'insérer dans un espace de compétitivité que nous avons nommé : domaine d'illustration spécifique.

225. Il demeure néanmoins une chose car l'application du critère de praticité comme condition d'existence du savoir-faire, n'épuise pas la pertinence de ce critère de définition. Les qualités du savoir-faire traditionnel se laissent aussi très bien cerner à travers lui.

Section 2 La praticité: traduction du caractère substantiel du savoir-faire traditionnel⁹⁷⁹..

226. La notion de savoir-faire traditionnel est une réponse juridique à une sollicitation au départ, économique. Cette dualité se retrouve dans les qualités qui sont requises afin que le savoir-faire traditionnel accède à une protection juridique dont la forme n'est pour lors pas encore définie. Le caractère substantiel qui est la principale qualité objective du savoir-faire traditionnel est ainsi à la fois le reflet de sa valeur économique en même temps qu'il contribue à l'identification du bien juridique.

Paragraphe 1. La praticité, reflet de la valeur économique.

227. Pour recevoir les réalités immatérielles dans le droit des biens, « *il faut détacher le bien de la substance concrète, de la réalité* » et « *ne retenir du réel que les qualités qu'il présente pour l'homme.* »⁹⁸⁰ Cette théorie de la chose-valeur nous semble devoir être complétée par une nécessaire individualisation des connaissances qui forment le savoir-faire traditionnel.

Pour construire la réification du savoir-faire traditionnel, nous nous fonderons une fois encore sur la praticité des connaissances qui la constituent, et nous examinerons l'individualisation des connaissances qui la forment⁹⁸¹.

Le caractère substantiel est défini comme celui qui appartient « *à des informations utiles, ayant une certaine importance et conférant un avantage (...)*

⁹⁷⁹ Il convient, afin de mieux saisir le sens des développements qui vont suivre, de rappeler les deux stades de la démarche intellectuelle qui sous tend tout notre titre 2 : la définition du savoir-faire traditionnel puis la recherche des conditions de protection de ce savoir-faire traditionnel par le droit. La section que nous clôturons avait pour but de déterminer les éléments objectifs de définition du savoir-faire traditionnel. C'est à présent l'occasion d'analyser les critères objectifs qui consolident la protection du savoir-faire traditionnel, une série de critères que l'on peut analyser pour plus de commodité en **qualités objectives** du savoir-faire traditionnel. Il faut ainsi passer du critère objectif de définition, la praticité, à la qualité objective, le caractère substantiel.

⁹⁸⁰ Gutmann, D., « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens », loc. cit. p. 68.

⁹⁸¹ Le schéma d'évolution serait le suivant : **La praticité est un élément qui a de la valeur, et tout élément qui de la valeur est un bien, que celui-ci soit rattaché à un patrimoine ou qu'il ne le soit pas.**

par opposition aux informations courantes et banales »⁹⁸² Un tel caractère se présente donc comme le reflet d'une valeur et c'est par ce biais que nous tenterons à présent de réifier le savoir-faire traditionnel.

Parmi les réflexes les plus répandus dans la littérature juridique sur le savoir-faire traditionnel, figure celui de considérer ce dernier soit comme une chose sans maître, soit comme une chose commune. Cette tendance à faire masse du savoir-faire traditionnel et de la ressource matérielle à laquelle il se rapporte conduit, dans l'hypothèse des *res nullius*, à faire de la première personne qui en justifie la maîtrise, le propriétaire du « tout » par le mécanisme de l'occupation⁹⁸³. Cette même conception sert parfois aussi à fonder la désignation d'un titulaire de droits exclusifs⁹⁸⁴. Dans l'hypothèse des choses communes, elle postule l'impossibilité d'une appropriation privative des savoir-faire traditionnels.

228. Outre le fait qu'une telle conception fait entorse aux prescriptions de la convention sur la diversité biologique de 1992 concernant la souveraineté des Etats sur les ressources biologiques situées sur leurs territoires⁹⁸⁵, elle constitue une volonté de confondre la chose matérielle et la chose immatérielle : la ressource génétique et la connaissance associée à cette ressource⁹⁸⁶.

Loin de partager cette approche du savoir-faire traditionnel qui rappelle celle dénoncée par Raymond VERDIER dans un article intitulé « De la *terra nullius* du colonisateur à la *tellus mater* de l'autochtone »⁹⁸⁷ et que nous transformerons pour l'occasion en « De la *res nullius* des prospecteurs à la *res mater* de l'autochtone », il convient cependant de noter qu'une telle approche offre un canevas pour cerner la nature de « chose » du savoir-faire traditionnel.

Ce qu'il est important de noter dans une telle démarche, ce n'est pas l'absence de titulaire d'un quelconque droit sur la « chose » reconnue, mais la reconnaissance de la qualité de « chose immatérielle » au savoir-faire traditionnel qu'elle implique.

Il convient de constater en effet, que la chose matérielle se distingue de la chose immatérielle, dans un premier temps, avant que, par un simplisme bien

⁹⁸² Pollaud-Dulian F. *Droit de la propriété industrielle*, précité, p. 319.

⁹⁸³ Sur la notion et le mécanisme voir notamment : Arnaud A.-J., « Réflexions sur l'occupation du droit romain classique au droit moderne », *RHD*, 1968, p. 183.

⁹⁸⁴ Il faut dire à ce propos que les concepts tels que ceux de : patrimoine mondial, bien communs, ou encore bien de libre parcours, procèdent de la même volonté d'écarter tout pouvoir exclusif préexistant sur les savoir-faire traditionnels mais cette fois-ci en multipliant à l'infini les éventuels titulaires de droits concurrents mais pas exclusifs.

⁹⁸⁵ En ce qu'elle autorise une souveraineté directe des détenteurs de savoir-faire traditionnels sur les ressources génétiques et les savoir-faire associés, par la biais de droits privatifs.

⁹⁸⁶ L'idée de *res nullius* pour désigner les connaissances associées aux ressources génétiques et les ressources génétiques elles mêmes est assez voisine de celle qui considère que de telles connaissances sont des idées de libre parcours (s'appuyant ainsi sur l'exclusion qui existe en matière de propriété intellectuelle classique), ou encore de celle qui voit en de telles connaissances des biens appartenant au domaine public.

⁹⁸⁷ Verdier, R., « De la *terra nullius* du colonisateur à la *tellus mater* de l'autochtone » : les territoires ultra-marins de la république, *Droit et cultures*, 37, 1999, 1, pp.7-18.

accommodant, l'on applique ou cherche à appliquer le même régime à ces deux réalités qui demeurent dans leur principe, bien distinctes.

229. La praticité⁹⁸⁸ qui est la substance du savoir-faire traditionnel, la matière dont il est fait, va alors, devenir une chose, par un raisonnement *a fortiori* qui, certes, ne se suffit pas à lui-même. Ce raisonnement revient à dire que le savoir-faire traditionnel, avant de devenir une chose sans maître ou d'être la chose commune, est avant tout une chose. Si les opinions se font divergentes sur l'état d'appropriation du savoir-faire traditionnel⁹⁸⁹, tous les protagonistes semblent d'accord par un raisonnement déductif pour dire qu'il s'agit là de choses immatérielles. Ce point d'accord mérite d'abord d'être établi avant que ne soit abordée la question des conséquences d'une telle réification du savoir-faire traditionnel.

A. Essai de réification⁹⁹⁰ du savoir-faire traditionnel.

Il s'agira ici de déduire des qualifications de *res nullius* et de *res commune* qui sont les deux facettes d'un refus d'appropriation, la qualité de chose à attribuer aux savoir-faire traditionnels.

Considérer que le savoir-faire traditionnel est une *res nullius* ou une *chose commune*, c'est accepter auparavant que c'est une chose.

1. Le savoir-faire traditionnel : une chose immatérielle.

230. L'application de la qualification de chose aux réalités incorporelles n'a pas posé grande difficulté à la doctrine mais les spécificités de l'immatériel n'ont de cesse de questionner et de remettre en cause la catégorie des choses. Le texte de l'article 544 du Code civil qui définit la propriété ne fait pas mention de la corporalité de la chose en question. La notion de bien telle qu'elle est définie par la doctrine majoritaire fait plus allusion à la valeur économique qu'à la présentation matérielle. Les biens sont ainsi parfois vus comme « *l'ensemble des*

⁹⁸⁸ Qui a fait l'objet du paragraphe ci dessus.

⁹⁸⁹ Le choix étant pour l'instant laissé entre une appropriation individuelle, une appropriation collective ou communautaire ou une non appropriation.

⁹⁹⁰ La réification que nous présentons dans les développements qui vont suivre est le résultat d'un choix qui mérite d'être expliqué. Il est acquis que la doctrine majoritaire se tourne presque automatiquement vers une qualification réelle, soit pour en faire un objet du commerce juridique, soit pour l'en exclure. Il était cependant possible de considérer le caractère personnel du savoir faire traditionnel. En cela nous aurions sacrifié à la dichotomie :droit réel-droit personnel.

valeurs susceptibles de figurer dans le patrimoine »⁹⁹¹. Des formules ramassées telles que : « toute chose utile et rare, donc douée de valeur est un bien »⁹⁹² sont désormais acceptées. Cette application de la notion de bien a été d'autant plus aisée que la majorité de la doctrine semble s'être inscrite dans la « circularité carcérale »⁹⁹³ d'une définition juridique qui veut que le bien équivaille à la chose susceptible d'appropriation. De là, on viendrait naturellement à considérer les *res nullius* comme des choses qui ne sont pas encore mais qui sont susceptibles de l'être⁹⁹⁴.

Pourtant, continuer à considérer les savoir-faire traditionnels comme des *res nullius* révèle un amalgame dont il convient de se démarquer. En effet, tant que dans la réflexion, il était fait masse de l'immatériel et des choses corporelles telles que les plantes composant le patrimoine des communautés traditionnelles, l'on pouvait être tenté comme par un raccourci de qualifier le tout de *res nullius*. En procédant ainsi, l'attention est plus attirée par l'absence de propriétaire actuel que par la qualification de « res », de chose. Il faut peut être rappeler à l'esprit que l'objet de nos investigations est immatériel. Ce qui ne fait aucun doute quand on considère les ressources génétiques qui se somatisent dans un élément de la bio diversité, paraît moins évident une fois transposé à un objet purement immatériel. La notion de bien, même « désinfectée du matérialisme »⁹⁹⁵, demeure, à travers certains de ses mécanismes tels que celui des *res nullius*, inapte à approcher les choses immatérielles.

231. La question demeure, de savoir s'il existe des *res nullius* immatériels ? Peut-on qualifier de *res nullius* un objet incorporel qui n'a d'existence que par son intelligibilité ; de sorte que toute personne qui en prend connaissance soit légitimement habilitée à exercer un pouvoir exclusif qui n'admette aucune concurrence ? Le droit d'appropriation par l'occupation que suggère le mécanisme des *res nullius* est-il fondé en l'occurrence ? Pour Samuel

⁹⁹¹ Piédelièvre, A., « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », les aspects du droit privé en fin du XX^{ème} siècle, *Etudes offertes à M de Juglart*, 1986, p. 55 et s.

⁹⁹² Mackay, E., « La propriété est-elle en voie d'extinction ? », in *Nouvelles technologies et propriété*, Actes du colloque tenu à la faculté de droit de l'Université de Montréal les 9 et 10 nov. 1989, Litec coll. Thémis, 1991, p. 217 et s., Mousseron J-M, « Valeurs, biens droits », in *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277 et s. spéc. 279-80 ; V° aussi, Carbonnier, J. *Droit civil*, t 3, *Les biens*, PUF, 1992, p93.

⁹⁹³ L'expression est empruntée au professeur Daniel Guttman, article précité, p.77 qui décrit cette prison en ces termes : « nous sommes enfermés dans le cercle suivant : puisque les réalités immatérielles ont de la valeur, il est inévitable qu'elles soient appréhendées par le droit ; il faut donc qu'elles soient des biens, puisqu'à l'exception des personnes morales, ces réalités immatérielles ne sont pas des personnes ; et puisqu'il faut qu'elles soient des biens, il faut nécessairement qu'elles soient appropriables. Voici le vice fondamental de l'enchaînement : pour donner prise au droit, les réalités immatérielles sont autoritairement encadrées par l'a priori du bien et de la propriété. »

⁹⁹⁴ Carbonnier J. *Droit civil*, t.3 *Les biens*, 16^{ème} édition, Thémis, Puf, 1995, p.415 ; Marty G., Raynaud P., *Droit civil*, *Les biens*, Sirey, n° 415 ; Malaurie P. et Aynès L., *Droit civil*, *Les biens*, Cujas 1990, n° 163

⁹⁹⁵ Nous empruntons en la transformant, l'expression à M. Villey (Préface historique, in *Les biens et les choses*, *Arch.Phil. de droit*, t. 24, Sirey, 1979, p.2.) qui parle de la notion de bien dans le code civil comme étant « infectée de matérialisme ».

BECQUET⁹⁹⁶, tous ces biens font partie de la catégorie des biens industriels et de ce point de vue, l'avènement de l'immatériel ne change pas fondamentalement la structure de notre économie. Pour l'auteur, l'industrie développe un rôle acquisitif à la fois en ce qui concerne les choses matérielles et les choses immatérielles⁹⁹⁷.

Dans une conception première, l'on peut considérer que, fruit du travail intellectuel, le savoir-faire est une chose qui émerge *ex nihilo* et dont l'appropriation résulte de techniques de réservation spécifiques et adaptées à sa consistance telles que le dépôt de brevet ou la simple existence d'une œuvre protégeable.

Il faut cependant reconnaître qu'un tel raisonnement ne tient que moyennant une impasse sur le droit originaire qui porte sur la chose incorporelle dont la réservation est en cause. La réservation n'est dans ce sens qu'un moyen de s'assurer l'exclusivité des utilités de la chose. C'est dire que d'une manière ou d'une autre, le droit considère l'existence d'une chose immatérielle dont seulement, il ne règle pas le rapport d'appartenance originaire. Or, l'idée est de libre parcours et son expression est toujours rattachable à une personne ou à une collectivité de personnes. C'est toujours le prolongement de la ou des personne(s) qui l'a (ont) eue.

Ainsi, et indépendamment des formes juridiques de la réservation du savoir-faire traditionnel, il doit être possible de reconnaître les droits de celui dont il est issu. La reconnaissance de ces droits ne se fait pas automatiquement mais il n'en demeure pas moins que de tels droits existent et permettent à leur titulaire de s'exprimer lorsque leurs intérêts sont menacés, que ces derniers soient pécuniaires ou moraux. Ainsi, bien que le droit ne s'occupe pas de la question de l'appartenance originelle de tel ou tel savoir-faire traditionnel, il se rattrape souvent lorsqu'il s'agit d'octroyer un droit exclusif à un demandeur de titre.

Le droit des brevets est le siège d'un mécanisme révélateur de cette capacité qu'a le détenteur originel du savoir-faire traditionnel à combattre toute prétention contraire : il s'agit de l'appréciation de l'état de la technique et plus particulièrement la destruction de nouveauté⁹⁹⁸ qui peut intervenir lors de l'analyse de la demande de titre de brevet.

⁹⁹⁶ Becquet, S., *Le bien industriel*, Nouvelle bibliothèque des thèses, tome 448, préface Thierry Revet, LGDJ, 2005.

⁹⁹⁷ Becquet, op. cit. p. 237 et suivants.

⁹⁹⁸ Le principe de la nouveauté est posé par l'article 54 de la CBE et l'article 611-11 du code de la propriété intellectuelle en ces termes : « toute invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique ». L'état de la technique est quant à lui défini comme « tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet européen par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen (Voir directive OEB C.IV. 5.1). Sur la nouveauté en général voir : Schmidt-Szalewski J., *Nouveauté*, *J.Cl. Brevets*, fasc. 170, 1992 ; AIPPI *Méthodes et*

La notion de *res nullius* qui a été conçue pour les objets corporels, nous semble difficilement s'adapter à la dématérialisation des choses. Il ne fait plus de doute que les réalités immatérielles sont envisagées comme des choses mais leur statut de choses non appropriées est moins certain. Il émerge comme une sorte d'antinomie entre la qualification de biens immatériels issus de l'activité intellectuelle et celle de *res nullius*.

Doit-on rappeler que, relevant de la catégorie des choses sans maître, les *res nullius* sont celles qui n'ont jamais fait l'objet d'une appropriation⁹⁹⁹ ? En ce qui concerne les choses corporelles, la catégories des *res nullius* est en voie d'extinction pour des raisons qui relèvent du droit autant que des faits.

En effet, l'idée que l'inventaire des ressources de la planète est assez avancé et que la probabilité est faible de trouver des richesses dormantes¹⁰⁰⁰ est bien établie au près de certains auteurs¹⁰⁰¹ qui ne voient la résurgence de la catégorie des *res nullius* corporelles que dans l'hypothèse de l'exploration spatiale ou de l'exploration de l'infiniment petit. Cette raison factuelle se combine avec une autre, juridique celle-là, pour justifier la raréfaction des *res nullius* : c'est l'attribution automatique des choses sans maître à l'Etat. Cette attribution peut résulter des dispositions internes telles que celles du code civil français¹⁰⁰², ou de traités internationaux relatifs à la souveraineté étatique sur les ressources se situant sur le territoire.

Il nous semble alors plus constructif de faire appel aux notions voisines de celle de *res nullius*, afin de voir si elles ne répondent pas mieux aux défis qui s'avèrent hors de la portée de la notion à laquelle il est fait appel dans un premier réflexe. Dans ce sens, la notion de *res commune* semble permettre de dépasser le stade de la chose pour tendre vers celui de bien. On comprendra alors peut-être mieux pourquoi la doctrine utilise cumulativement les termes de : biens de libre parcours, patrimoine commun, de biens sans maître. Passer par la qualification de *res nullius* pour démontrer la réification du savoir-faire traditionnel mène à conclure à l'inexistence de la catégorie de choses immatérielles sans maître, sans permettre de démontrer la nature réelle du

principes de l'appréciation de la nouveauté en droit des brevets, Annuaire 1995, III ; Mousseron J-M. Traité, précité p. 246 et sq.)

Il est en outre admis, dans le cadre de la contestation de cette nouveauté, que les détenteurs de savoir-faire traditionnels agissent devant les autorités pour faire état de l'antériorité de leur connaissance de ce qui fait l'objet de la revendication : c'est ce que l'on a appelé l'utilisation défensive du savoir-faire traditionnel (Voir sur la notion d'utilisation défensive, et sans prétention à l'exhaustivité : Le document *WIPO/Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoirs traditionnels et le folklore/IC/6/8* du 15 décembre 2003, § 10 et suivants)

⁹⁹⁹ Il faut ainsi les distinguer des *res derelictae* qui elles, ont déjà fait l'objet d'une appropriation mais dont la propriété a été abandonnée sans esprit de retour. (R. Libchaber, *Les biens*, op. cit. p. 5.)

¹⁰⁰⁰ Idée qu'il convient pourtant de relativiser très largement.

¹⁰⁰¹ Dont R. Libchaber *Les biens*, op. cit. p. 5.

¹⁰⁰² Le code civil, aux termes des articles 539 et 713, attribue à l'état, les biens sans maître.

savoir-faire en question. C'est peut-être là l'indice que, dans le domaine de l'immatériel, les choses n'ont d'existence juridique que quand elles sont un bien.

2 Le savoir-faire traditionnel : un bien immatériel

232. La notion de bien appelle celle de valeur. Un bien a-t-on l'habitude de dire, est une chose qui a de la valeur. Comment se rendre compte de la valeur d'un bien s'il n'est évaluable¹⁰⁰³? Comment à rebours, déduire de l'existence de cette valeur, celle corrélative d'un bien? Ne peut-on pas dire que cela passe par une double réalité qui se ventilerait ainsi : le savoir-faire traditionnel est une « praticité » qui a de la valeur en même temps qu'elle est appropriable.

Les obstacles à la qualification de bien pour le savoir-faire traditionnel sont d'ordre axiomatique en ce qu'ils découlent de la distinction qui est entretenue entre les notions de bien économique et de bien juridique. Pourtant, le « *développement des valeurs totalement imperceptibles par les sens* » n'a pas toujours reçu en droit français un accueil aussi peu chaleureux¹⁰⁰⁴.

233. Quoiqu'il en soit, la construction de la réification du savoir-faire traditionnel renvoie au débat qui a eu lieu à propos de la nature des contrats portant sur le transfert de savoir-faire et qui découlait de la nature réelle que l'on pouvait reconnaître au savoir-faire. L'unanimité qui règne au sein de la doctrine¹⁰⁰⁵ en faveur de la qualification de contrat d'entreprise a pu faire penser que c'était là une cause durablement entendue¹⁰⁰⁶. Ce refus presque automatique de considérer les contrats portant sur le transfert de savoir-faire comme des contrats de transfert de biens est le résultat d'une position définitionnelle qui exclut un peu trop rapidement¹⁰⁰⁷ la qualification juridique de bien. Une telle

¹⁰⁰³ Une réponse philosophique qui n'a pas sa place dans nos développements consisterait à dire que c'est justement par ce que la chose n'est pas évaluable qu'elle en est inestimable au sens littéral du terme.

¹⁰⁰⁴ On sait en effet que certaines réalités immatérielles comme le droit de propriété, ont historiquement été assimilées à des biens corporels (Zenati F. et Revet T., *Les biens* PUF, « Droit Fondamental », 1997, n°45, p.59) Ce devrait encore être le cas selon certains des valeurs mobilières (Martin, D. R. « De la nature corporelle des valeurs mobilières » D. 1996, Chron. 47 et s.) Ces opinions qui tendent à appréhender les réalités nouvelles avec des concepts éprouvés sont révélatrices de ce que les notions même de « matière » et de « corps » posent problème tant dans leur définition que dans leurs rapports (Gutmann D. « du matériel à l'immatériel dans le droit des biens » article précité, p. 67 note 59). Nous en voulons pour preuve la position de M. Galloux pour qui « l'information est une forme ou état particulier de la matière à d'énergie susceptible de signification » et qui y voit une réalité « matérielle et incorporelle » (Galloux J-C. « Ebauche d'une définition juridique de l'information » D. 1994, Chron. p. 233)

¹⁰⁰⁵ Azema J. n° 4510 ; Chavanne A. et Burst J-J, n° 485; Mousseron J-M, Les problèmes juridiques du know-how, n°37.

¹⁰⁰⁶ Foyer J. et Vivant M., *Le droit des brevets*, précité p. 401 où l'auteur qu' « il y a si peu matière à discussion » voire « pas de matière à discussion ».

¹⁰⁰⁷ Doit-on à cet égard rappeler le caractère expéditif des mots de R. FABRE (J. Cl. Brevets, fasc.) qui estime que : « La nature du savoir-faire explique que l'on ne puisse pas recourir aux mécanismes de l'appropriation pour assurer sa réservation. Le savoir-faire, en effet, est un bien économique puisqu'il représente une valeur. Ce n'est pas un bien juridique, c'est-à-dire, un élément susceptible d'appropriation ».

position se trouve cependant contredite par certaines dispositions légales de droit positif à l'instar de l'article 321-1 du code pénal¹⁰⁰⁸, qui fait resurgir l'idée que le savoir-faire pourrait s'analyser en un bien.

Cette disposition du code pénal permet en effet, de mettre en cause le bénéficiaire de la communication d'un savoir-faire ou d'un secret de fabrique en le considérant comme receleur. Cet article qui est conçu en termes très généraux¹⁰⁰⁹, atteint tous ceux qui, en connaissance de cause ont par un moyen quelconque bénéficié du produit du crime ou du délit. Il en est ainsi du prévenu qui a accueilli en connaissance de cause des renseignements frauduleusement communiqués sur un secret de fabrique et qui les a exploités¹⁰¹⁰. Il n'est plus nécessaire alors, pour mettre en examen le bénéficiaire, qu'il ait participé activement à la réalisation de l'infraction. Il suffit pour qu'il soit receleur, qu'il ait eu connaissance d'un secret de fabrique appartenant à autrui dont il a obtenu la connaissance de manière illégitime.

Cette interprétation permet sans aucun doute de renforcer utilement la réserve du titulaire du secret de fabrique. Elle n'en a pas moins été critiquée par une partie de la doctrine¹⁰¹¹ qui s'est arc-boutée sur l'argument selon lequel « *le secret de fabrique n'est pas une chose, n'est pas un bien et ne peut donc faire au sens strict l'objet d'une appropriation, alors que le délit de recel, lui, ne s'applique qu'aux choses et aux biens (...) appropriables* ».

Une fois encore, les postulats définitionnels ne permettent pas d'accueillir toutes les manifestations de la notion de savoir-faire. Voici un objet qui n'est pas appropriable mais qui peut être recelé. Le mot « bien » ne désigne-t-il pas ordinairement « *les choses qui servent à l'usage de l'homme et permettent à celui-ci de satisfaire ses besoins, soit directement en se servant d'elles, en recueillant leurs fruits, voire en les détruisant, soit directement en les échangeant contre d'autres choses plus propres à satisfaire ses besoins ?* »¹⁰¹²

234. Chercher à établir la qualification de bien du savoir-faire traditionnel ne reviendrait-il pas à voir dans la « praticité » une valeur appropriable ? Une réponse affirmative à cette interrogation nous enfermerait à nouveau dans la circularité de la définition de la notion de bien que nous dénonçons plus haut. Un tel risque n'a pas empêché Me. MATHELY de prendre simplement appui sur la

¹⁰⁰⁸ Art. 460 ancien.

¹⁰⁰⁹ « Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit »

¹⁰¹⁰ Cass. crim., 7 nov. 1974 : Bull. crim., n° 323.

¹⁰¹¹ Fabre R., th. Précitée p.18 ; V. aussi : Mousseron J-M. Rapport introductif sur les problèmes de réserve du know-how, Renc. Prop. Ind. La grande-motte 1975 : « nous devons affirmer avec la plus grande netteté le fait que know-how n'est l'objet d'aucun droit réel. Par conséquent, loin d'être un système voisin du droit des brevets, le régime ordinaire du know-how en est exactement le contraire. »

¹⁰¹² Terré F. et Simler Ph., *Droit civil, les biens*, 5^{ème} édition, Dalloz 1998, p. 13 et s. voir aussi pour une acception similaire du terme « bien » en droit : Proutière-Mailion G., « L'évolution de la nature juridique du poisson de mer, contribution à la notion juridique de bien » *D. 2000*, p. 648.

valeur économique du savoir-faire pour en déduire la qualité de bien. Pour cet auteur qui n'hésite pas à parler de « *propriété du savoir-faire* », (...) « *c'est un fait que le savoir-faire représente une valeur économique : en effet, il est obtenu au prix d'efforts coûteux et il est utile pour celui qui l'utilise. Par conséquent, le savoir-faire constitue juridiquement un bien incorporel* »¹⁰¹³. N'hésitant pas à tirer les conséquences de cette qualification de bien, il soutient que : « *le savoir-faire est objet de propriété*¹⁰¹⁴ *pour celui qui, l'ayant utilisé ou régulièrement acquis, le possède légitimement.* »¹⁰¹⁵ Une démarche similaire a été adoptée par le Pr Ruth OKEDIJI¹⁰¹⁶ pour qui : « *La définition souple de l'information précieuse dans le droit du secret d'affaires offre un autre point de vue sur la protection des savoirs traditionnels* »¹⁰¹⁷.

Cependant, conclure ici à l'existence stable d'un bien paraît sinon impossible, du moins prématuré en l'absence d'une identification des connaissances dont la praticité constitue la substance du savoir-faire.

L'appropriabilité des savoir-faire traditionnels est à la fois un critère et une conséquence directe de la qualification de bien qui a été retenue comme moyen de les approcher. L'appropriabilité peut être classiquement définie comme : « *l'aptitude d'un bien à être soustrait, au profit d'une dévolution individuelle, exclusive de toute intervention extérieure* »¹⁰¹⁸.

Peut-on dire que le savoir-faire traditionnel est appropriable ? Peut-on dire véritablement qu'il « *sort des entrailles de la communauté* »¹⁰¹⁹ ? Une réponse positive à ces interrogations conduirait à penser qu'il n'existe d'appropriation qu'individuelle et privée ; ce qui est loin de la réalité comme nous le verrons dans le chapitre suivant à travers les régimes d'appropriation collective. Pour l'heure, la réification du savoir-faire traditionnel induit des conséquences qu'il convient d'analyser.

¹⁰¹³ **Mathély P.** Le droit français des brevets d'invention, *Journal de notaires et des avocats*, 1975, p. 850

¹⁰¹⁴ C'est nous qui soulignons.

¹⁰¹⁵ **Mathély P.** Le droit français des brevets d'invention, *Journal de notaires et des avocats*, 1975, p. 851 ; voir aussi **Casalonga A.** *Traité technique et pratique des brevets d'invention*, 1970 T. II, p. 253 ; Voir dans le même sens **Alexendroff M.** : « le secret de fabrique constitue au profit du fabricant, un droit privatif ; l'atteinte portée à ce droit est constitutive de faute et de préjudice, il en est de même pour l'appareil ou l'outillage qui ont fait l'objet d'une copie servile, bien que cet outillage ou cet appareil ne soit protégé par aucun titre, on peut considérer qu'ils représentent le résultat d'efforts, d'expériences nombreuses, de mises au point coûteuses dont l'ensemble donne naissance à un véritable droit privatif ; », cité par **R. Fabre** dans sa thèse p. 19 note 42.

¹⁰¹⁶ Professeure de droit, University of Minnesota Law School, Courriel : rokediji@umn.edu

¹⁰¹⁷ **Okediji, R.**, « L'accès, le partage des avantages et l'interface avec les systèmes actuels de propriété intellectuelle : limites et possibilités », in *Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation, Compte rendu des discussions*, Mexique 2004, p. 173

¹⁰¹⁸ **Libchaber, R.**, *Rép. Civ. Dalloz*, V° : Biens, Sept. 2002, p. 4.

¹⁰¹⁹ **Zenati, F.**, et **Revet, F.**, *Les biens*, 2^{ème} éd. 1997, PUF n° 92, p.118.

B. Conséquences de la réification du savoir-faire traditionnel.

Considérer que le savoir-faire ainsi défini est un bien, c'est rapprocher les définitions économique et juridique de la notion de bien et marquer par la même occasion les limites de cette assimilation.

1. Le rapprochement entre la définition juridique et économique¹⁰²⁰ du savoir-faire.

235. Le doyen René SAVATIER a été l'un des premiers à souhaiter un rapprochement entre les deux définitions de la notion de bien. Pour cet éminent auteur, « *le bien des juristes doit rejoindre aussi exactement que possible la richesse des économistes* »¹⁰²¹. Cette proposition de rapprochement se justifie selon lui car : « *les services ont une si grande importance, une si large variété et une unité dans le langage économique et comptable que le mot vente¹⁰²² est le plus adapté pour désigner, généralement, l'échange de services contre une certaine somme de monnaie* ». ¹⁰²³

Sans tomber dans une telle extrémité qui ne tient pas suffisamment compte du caractère non détachable du service¹⁰²⁴, il convient de constater que le rapprochement tant prôné par le doyen SAVATIER est de plus en plus effectif et que, surtout en matière de savoir-faire, il est possible.

Un premier indice de ce que les biens économiques deviennent de plus en plus facilement des biens juridiques est celui de la patrimonialisation des attributs de la personnalité tel que le nom. A propos de ce dernier dont la doctrine s'accorde à reconnaître le caractère extrapatrimonial de principe, la valeur économique a contribué à l'émergence d'une théorie selon laquelle le droit portant sur le nom serait un droit de propriété¹⁰²⁵. Certes la

¹⁰²⁰ Le point ci-dessous discuté doit être distingué de la problématique que soulève l'admission de la catégorie de propriété économique en droit civil. Voir sur cette question : **Blanluet G.**, « Brèves réflexions sur la propriété économique », *Droit & Patrimoine* n° 91, Mars 2001pp. 80 à 83.

¹⁰²¹ **Savatier R.**, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTDCiv.* 1958, p. 346 où l'auteur poursuit en écrivant : « la communication entre le droit et l'économie politique suppose que le droit, régissant légalement les biens dans leur circulation juridique, donne aux économistes par des moyens sincères, la faculté de suivre à travers ces biens, le mouvement des richesses ». ; Voir aussi **Catala P.**, « Transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTDCiv.* 1966, p. 186.

¹⁰²² C'est nous qui soulignons.

¹⁰²³ Quant à la question de savoir si les différentes garanties instituées par le code civil en matière de vente seront applicables, la réponse positive ne saurait être à notre avis systématique ou totale.

¹⁰²⁴ Caractère non détachable qui se cristallise dans « *l'operis fasciendi* » qui est un élément essentiel du contrat. « L'entrepreneur est celui qui perce, qui creuse, qui traceS'il ne le fait pas, il n'est plus une entrepreneur. L'entrepreneur accomplit quelque chose. » (**Ph. Delebecque, F. Colloard-Duteuil, Contrats civils et commerciaux**, Précis Dalloz, Droit privé 5^{ème} édition, 2001, p. 576, n° 699.) V° aussi Cass. Civ. 3^{ème}, 28 fév. 1984, *Bull. civ.*, III, n° 51, soulignant que les travaux d'ordre intellectuel ne sont pas exclus de la définition du contrat d'entreprise.

¹⁰²⁵ Cette théorie permet au propriétaire d'interdire à toute personne d'user de « *sa chose* » même s'il ne subit de ce fait aucun préjudice. Comme a pu en juger très tôt la cour de cassation (Civ. 25 oct. 1911, S.

patrimonialisation du nom lui octroie une forte protection¹⁰²⁶, mais ni elle ni la conception purement extrapatrimoniale du nom ne donnent satisfaction. Il n'en demeure pas moins que la tendance à la patrimonialisation du nom va en grandissant au fur et à mesure que l'on en découvre les utilisations économiquement valorisables. Cette tendance ne contribue pourtant pas à la dénaturation de l'institution du nom patronymique, bien au contraire, concourt-elle à la rendre plus adaptable aux développements contemporains du droit des biens et des personnes.

Approcher le savoir-faire traditionnel comme étant une valeur de part sa praticité tendrait à réduire les incompatibilités qui séparaient les définitions juridique et économique du savoir-faire. Le refus de l'alignement entre les biens économiques et les biens juridiques peut encore se justifier dans certains domaines, mais pour ce qui est du savoir-faire il ne semble plus tenir qu'à une option définitionnelle comme nous le soulignons plus haut. Il est banal de dire que tous les biens n'ont pas le même aspect mais il est moins banal de rechercher ce qui, en l'état actuel de l'évolution du droit, permet de déclarer l'existence d'un bien. L'aliénabilité n'est pas un critère de définition d'un bien et le contrat de vente n'est qu'une modalité de circulation des biens.

Le rapprochement tant prôné entre les définitions juridique et économique de bien ne se fera pas au détriment de la nécessité d'une distinction entre biens appropriables et éléments non appropriables. Il s'agit ici de modifier simplement les critères de délimitation de ces deux entités. Les ressources terminologiques seront différentes et ne feront pas appel à la notion de propriété ni à celle de détention. Dans cette même perspective il ne s'agira pas de vol ni d'appropriation mais plutôt d'appréhension ou d'usurpation¹⁰²⁷. C'est dire que si assimilation il y a, elle présente des limites dont il convient de prendre conscience.

2. Les limites de l'assimilation du savoir-faire traditionnel à un bien immatériel.

236. Les biens immatériels sont traditionnellement considérés comme insusceptibles de vol. Lorsqu'ils sont constitués en biens identifiables et reconnus par la loi ; lorsqu'ils accèdent à la qualité de propriétés intellectuelles au sens strict, le droit de propriété qui est reconnu par les textes est immédiatement

1912, I, 95 ; Civ. 11^{ère} section civ., 11 juin 1963, D. 11964, 186). Il fut noter tout de même que la jurisprudence exige, lorsqu'on défend son nom, non contre l'usurpation par un tiers, mais contre son emploi dans une œuvre littéraire pour désigner un personnage de roman de théâtre ou de cinéma (Trib. Civ. Seine 13 nov 1889S. 1890, 2, 282.)

¹⁰²⁶ F Terré, D. Fenouillet, *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, 6^{ème} édition Dalloz, 1996, p. 144.

¹⁰²⁷ Pour les mêmes raisons, estime R. Fabre, : « il est impossible de parler de location, licence cession ou vente » Voir aussi, sur le problème du vocabulaire, MM. Mousseron J-M, Burst J-J, Chollet N., Lavabre Ch., Leloup J-M, Seube A., *Droit de la distribution*, 1975, p. 10 § 3.

assorti de sanctions précises en cas d'atteintes spécifiques. Cette tendance peut s'expliquer par le statut dérogatoire de la propriété intellectuelle. L'on peut alors se demander si le savoir-faire qui n'est pas couvert par un tel droit de propriété intellectuelle et qui pourtant est en train d'accéder à la qualification de bien peut espérer une protection de droit commun qui soit équivalente à celle reconnue aux autres biens corporels.

L'immatériel et le droit commun de la propriété ne se sont rencontrés et n'ont donné lieu à des prises de position de la doctrine et à des décisions du juge que sur l'épineuse et non encore résolue question de l'appropriation de l'information et son probable vol. Nous ne reviendrons pas ici sur la question du vol d'information vue sous l'angle de la soustraction frauduleuse¹⁰²⁸ entraînant une dépossession du propriétaire originel. Une telle conception nous semble encore trop marquée par le matérialisme de l'article 311-1 du Code pénal¹⁰²⁹ que l'on a cherché à appliquer au bien immatériel¹⁰³⁰, l'information et le savoir-faire, après l'avoir éprouvé sur l'électricité¹⁰³¹ et les ondes hertziennes¹⁰³².

237. D'un point de vue civil, le droit de la responsabilité, avec ses notions propres telles que de « faute » et « préjudice » essaie de rechercher les comportements répréhensibles ou condamnables en matière de savoir-faire. Ce faisant, il touche à la question de la subtilisation du savoir-faire sous le vocable

¹⁰²⁸ Voir sur l'application du terme frauduleux en droit civil : Un arrêt récent de la chambre commerciale de la cour de cassation (*Cass. Com.11 fév. 2003, Bull. Civ. IV, n° 17; D. 2003, AJ, p. 692*), peut par son contenu, et toutes protections prises, être rapproché du *caractère frauduleux* qui est requis dans une soustraction que l'on qualifie de vol. Il s'agissait en l'espèce d'une société exerçant une activité d'agence de voyages qui a assigné une concurrente en paiement de dommages intérêts. L'objet de la plainte était le comportement déloyal du concurrent qui a embauché un des anciens salariés du plaignant, accédant ainsi à certaines informations. Le nouvel employeur fut condamné en appel au motif qu'il a cherché « à *accaparer à un moindre coût la clientèle et les prestataires de service de la société plaignante et qu'elle n'était pas autorisée à profiter indûment des informations ayant trait à la clientèle de l'ancien employeur.* » L'arrêt ainsi motivé a été censuré par la cour de cassation en ces termes : « *en se déterminant par ces seuls motifs, sans établir le caractère confidentiel des informations qui auraient été détenues par la salariée et qui auraient relevé d'un savoir-faire propre à l'employeur qu'elle avait quitté, la cour d'appel n'a fait que constater le démarchage non fautif de la clientèle et des prestataires de service d'un concurrent (...), n'a pas donné de base légale à sa décision.* ». En dehors de l'existence d'une clause de non concurrence ou d'une obligation de confidentialité (*Sur le sujet : V° Le Stanc C., « Existe-t-il une responsabilité post contractuelle ? »; JCP. Ed. CI 1978, II, 127315*), la faute du nouvel employeur ne pouvait en l'espèce être constituée que « *s'il avait véritablement recueilli un secret d'affaire de son concurrent.* » (*Passa J, Responsabilité civile-concurrence, in Propriétés Intellectuelles, n° 9 Octobre 2003, p. 250*).

¹⁰²⁹ Qui dispose que : « *le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* ». L'on peut citer aussi, dans un esprit voisin, l'article 311-2 du code pénal qui dispose : « *la soustraction frauduleuse d'énergie au préjudice d'autrui est assimilé au vol* ».

¹⁰³⁰ *Devèze J.*, « Le vol de biens informatiques », *JCP 1985.I. 3210* ;

¹⁰³¹ On notera ici la célèbre décision de la chambre criminelle de la Cour de Cassation (*Crim. 3 Aout 1912, DP. 1913, I. 439; S. 1913 I. 337 Note Roux*) : « *l'électricité est livrée par celui qui la produit à l'abonné qui la reçoit pour l'utiliser ; elle passe, par l'effet d'une transmission qui peut être matériellement constatée, de la possession du premier dans la possession du second, et doit dès lors être considérée comme une chose, au sens de l'article 379 du code pénal, pouvant faire l'objet d'une appréhension.* »

¹⁰³² Une arrêt de la cour d'appel de Paris fixe en la matière la position des juges (*Paris 24 juin 1987, D. 1988, somm. 226 Obs. Hassler ; Gaz Pal 1987 . 512 note Marchi ; RSC1988 793, obs.Bouzat*) : « *Une onde hertzienne fut-elle porteuse d'un signal ou non, et dont l'énergie résiduelle peut être recueillie sur une antenne de réception disposée à cet effet, relève d'une nature immatérielle, et en l'absence d'un quelconque support qui fait qu'elle échappe à la maîtrise de son émetteur, elle ne saurait être assimilée à une chose au sens de l'article 379 du code pénal* ».

de « violation de savoir-faire ». La doctrine a pu en déduire parfois la consécration d'une véritable propriété. Un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 25 février 2003¹⁰³³ se rapporte à cette problématique. Il s'agissait en l'espèce, de deux sociétés qui avaient été condamnées pour avoir inséré dans leur système informatique des données spécifiques appartenant à une société concurrente et représentant pour cette dernière un savoir-faire en matière de coupe et de gradation pour la confection de lingerie féminine suffisamment « *substantielle pour contribuer à sa notoriété* »¹⁰³⁴. Ces données avaient été dupliquées sur une disquette par une ancienne salariée du demandeur. Ce qui a valu aux deux sociétés qui ont par la suite embauché la salariée indélicat, d'être reconnues civilement responsables sur le fondement d'une faute civile. C'est pour se dérober au paiement d'une indemnité en réparation du préjudice ainsi causé que les sociétés condamnées, font valoir que « *les éléments constitutifs du savoir-faire de la victime étaient encore à sa disposition et avaient conservé toute leur valeur puisqu'elles ne les avaient ni utilisées, ni divulguées, préservant ainsi leur caractère confidentiel.* »

Ce à quoi la Cour d'appel a judicieusement répondu en estimant que : « *si le secret d'un savoir-faire subsiste lorsqu'il est connu des personnes chargées de son utilisation au sein de l'entreprise qui en est titulaire, sa divulgation en dehors de ce cercle engendre nécessairement une diminution importante de sa valeur patrimoniale, indépendamment de l'utilisation qui peut en être faite* ». Plus intéressant, la Cour d'appel a jugé que « *si la société victime dispose encore du savoir-faire, la seule détention des éléments qui le composent par les sociétés l'ayant frauduleusement obtenu lui ôte sa valeur patrimoniale (...) que par cette seule détention des éléments du savoir-faire, les sociétés V et V ont vidé la société C. d'une part substantielle de son actif incorporel quand bien même lesdites sociétés n'en feraient jamais usage* »¹⁰³⁵.

On peut, à la lecture de cette position des juges d'appel, se demander s'il est besoin de l'utilisation par les sociétés défenderesses pour occasionner une soustraction de valeur dans l'actif incorporel de la société demanderesse. De la réponse positive ou négative à cette question on peut déduire le caractère réel du savoir-faire ou la confirmation de la nature délictuelle de l'action qui était en cours. En effet, une réponse positive serait en exacte adéquation avec le schéma classique de la responsabilité délictuelle où l'on recherche la réparation d'un préjudice plutôt que la sanction d'un comportement fautif. Une réponse négative

¹⁰³³ Cass.com. 25 fév. 2003., pourvoi n° 00-21542.

¹⁰³⁴ Selon les termes de l'arrêt.

¹⁰³⁵ C'est nous qui soulignons.

en revanche suggérerait l'idée qu'il y a eu soustraction d'une valeur dont il faut envisager la restitution.

Ces enjeux n'ont peut-être pas échappé aux entreprises poursuivies qui ont fondé leur pourvoi sur l'absence d'utilisation de leur part et donc l'absence de préjudice réparable. La réponse de la Cour de cassation à un tel moyen fut claire dans son énoncé. Elle s'est effet rangée à l'appréciation souveraine de la Cour d'appel en estimant à son tour que « *la détention (du savoir-faire) obtenue illicitement par les sociétés V et V lui ôtait sa valeur patrimoniale* ». Ce qui a fait dire à juste titre au Pr. Jérôme PASSA que : « *La seule détention (du savoir-faire) par l'auteur de la faute constitue un préjudice réparable car le partage non consenti d'un savoir-faire, (...), aboutit nécessairement à une diminution de cette valeur. Le préjudice s'infère donc de la faute constituée par l'accès illégitime au secret.* »¹⁰³⁶

Au-delà des bénéfices probatoires de cette solution¹⁰³⁷, qu'il soit permis d'y voir un début de réification du savoir-faire dont la simple soustraction occasionne une diminution de l'actif immatériel de la société. L'analyse ci-dessus, en droit civil convie inéluctablement à tenter une nouvelle fois de constituer le vol de savoir-faire.

238. Si l'on conçoit que le vol ce n'est pas tant la soustraction frauduleuse d'un bien matériel que celle d'une valeur comprise dans un patrimoine, l'on pourrait trouver là peut-être un moyen d'envisager le vol d'informations sans que ce dernier heurte la conception matérialiste qui sert encore de moule au mécanisme pénal. L'on est alors amené à se demander si lorsqu'il n'est pas protégé par un droit de propriété intellectuelle, le savoir-faire peut prétendre à la protection de droit commun que le droit pénal reconnaît à tout bien appropriable ?

Le Pr. DELMAS-MARTY a démontré que l'affirmation selon laquelle : « *le champ pénal est un champ clos* » doit être relativisé¹⁰³⁸. Si le vol d'information peut correspondre *per se* à une réalité économique, est il toujours « *proprement inconcevable sur le plan juridique pour la simple raison que la qualification de vol suppose une soustraction aboutissant à priver le propriétaire de la maîtrise*

¹⁰³⁶ Passa J., Responsabilité civile-concurrence, in *Propriétés Intellectuelles*, n° 9 Octobre 2003, p. 251

¹⁰³⁷ *idem*

¹⁰³⁸ Delmas-Marty M., *Le flou du droit*, Quadridge/PUF, Mai 2004, spéc.p. 33 où l'auteur écrit : « *Le champ pénal est un champ clos. Dans tous les sens du terme. Clôture physique de l'environnement, (...), clôture institutionnelle d'un réseau de sanctions, qui demeure séparé des autres, enfin clôture de la raison juridique qui pense le droit pénal comme un ensemble spécifique, ayant peu de relations avec les autres normes du droit.* ». Page 194 de l'ouvrage on peut lire : « *même lorsqu'il est conçu comme un champ clos, le réseau pénal n'est pas moins soumis à de multiples variations des normes de droit que soutient l'organisation des relations complémentaires aux instances étatiques.* » Elle finit ainsi par proposer, de la page 257 à 377 de l'ouvrage, une série de communications et d'interactions du champ pénal avec les normes de divers champs juridiques.

de la chose ? »¹⁰³⁹ Doit-on continuer par tirer moyen de l'ubiquité de l'information pour exclure la qualification de vol au motif que : « *le soi-disant voleur d'une information n'en dépouille personne; l'élément d'information est seulement partagé ?* »¹⁰⁴⁰

Il convient cependant d'envisager un corsetage strict de cette qualification réelle du savoir-faire en droit pénal, car les conséquences d'une telle entreprise peuvent s'avérer fâcheuses. L'on peut notamment citer la crainte, sans que cela soit décisif à notre avis, qu'une telle protection ne ruine la cohérence interne de la propriété intellectuelle puisqu'une valeur immatérielle exclue du champ de ce droit bénéficierait d'une protection équivalente voire, plus rigoureuse sur le fondement du vol. On peut aussi, avec une partie de la doctrine, craindre que l'extension du domaine du vol ne porte atteinte aux libertés individuelles car la logique de la répression conduirait à admettre que : « *toute personne qui réussit par un moyen quelconque à prendre connaissance d'une information qui ne lui est pas destinée est coupable de vol.* »¹⁰⁴¹

Il a été proposé, et nous adhérons à cette proposition, de « *limiter l'hypothèse du vol à la seule information précise, originale, confidentielle ou exclusive* »¹⁰⁴². Le savoir-faire que l'on peut assimiler à une information structurée, substantielle et spécifique peut prétendre à la qualification de chose au sens du Code pénal d'autant que les objections soulevées n'ont pas tant trait à un quelconque vice imputable à la nature de l'information mais aux bouleversements que son admission au titre de chose susceptible de vol peut entraîner dans la cohérence des différentes branches du droit. La source de cette hostilité serait donc en définitive systémique. Les propositions du Pr. LUCAS de LEYSSAC¹⁰⁴³ qui nous permettent de dépasser le non sens que constituerait une protection de l'information en général auront donc besoin de s'appuyer sur le constat de la forme structurée et identifiable de l'information que nous désignons par caractère substantiel.

239. Aussi poussée que puisse être la qualification de bien accordée au savoir-faire, sa nature immatérielle impose des limites qu'il convient d'aménager. Le savoir-faire ne sera donc pas de ce point de vue un bien comme les autres.

¹⁰³⁹ Devèze J., Le vol des biens informationnels, loc. cit. n° 18 ; Lucas A. *Le droit de l'informatique*, op. cit. p. 539 ; Vivant M. Reproduction par mise en mémoire d'ordinateur, op. cit. p. 393. Pour une illustration jurisprudentielle v° CA Paris 25 nov. 1992, Gaz. Pal. 1992, p. 474.

¹⁰⁴⁰ Devèze, J., loc cit. n° 18

¹⁰⁴¹ Passa J., « La propriété de l'information : un malentendu ? » *Droit et Patrimoine* n° 91, Mars 2001p. 72 ; Devèze J., précité n° 17 ; V° également Lucas A. *Le droit de l'informatique*, précité p. 540. Le vol pourrait ainsi être constitué par une simple audition ou une lecture non autorisée de l'information.

¹⁰⁴² Lucas de Leysac M-P ; Une information seule est susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens, n° 7.

¹⁰⁴³ Idem

Cette assimilation a cependant besoin que la praticité qui est la traduction du caractère substantiel du savoir-faire traditionnel permette aussi l'identification d'un bien au sens juridique du terme. Et de ce point de vue, il convient de se rapprocher le plus possible de ce que le Doyen SAVATIER a considéré en son temps comme « *une infinitude peu préjudiciable* » lorsque, ne méconnaissant pas les difficultés¹⁰⁴⁴ qui se font jour lors des estimations, réparations et restitutions abstraites, il estime que : « *cette imperfection ne doit pas dissuader de serrer les réalités d'aussi près que possible* »¹⁰⁴⁵.

Ainsi, le savoir-faire traditionnel, en plus de représenter une valeur, doit pouvoir être identifié pour accéder définitivement à la qualité de bien juridique.

Paragraphe 2. La praticité et l'identification d'un bien juridique.

240. La prise en compte des biens immatériels par le droit des biens s'est toujours faite par analogie, malgré les limites parfois relevées par la doctrine¹⁰⁴⁶ de ce mode de construction juridique. On retrouve là l'expression d'une ressource interne au champ juridique moderne¹⁰⁴⁷. En 1986 déjà, le Professeur CHAMOUX s'interrogeait sur le fait de savoir « *pourquoi [le droit éprouvait] tant de difficultés à cerner ces « objets¹⁰⁴⁸ » incorporels nouveaux dont [il reconnaissait] cependant (...) la valeur intrinsèque dans les transactions commerciales ?* »¹⁰⁴⁹ Si cerner les objets incorporels paraît si ardue pour le droit, c'est aussi, et pour une grande part, en considération de la difficulté de individualisation.

¹⁰⁴⁴ Sur les difficultés d'une évaluation financière des brevets, V. Derambure Ch., « L'évaluation financière des brevets » in *La valeur des droits de propriété industrielle*, Journées d'étude en l'Honneur du Pr Albert Chavanne, Organisée par le Centre Paul Roubier et la faculté de droit de l'université Jean MOULIN Lyon 3, le 25 mai 2005 Edition Lexis Nexis, Coll du CEIPI, vol 53, p. 43-55. L'auteur y fait notamment une distinction nette entre la valeur et le prix : la première correspondant à l'estimation financière d'un bien, et la seconde, le résultat d'une transaction sur le marché.

¹⁰⁴⁵ Savatier R., article précité, *RTDCiv.* 1958, p. 346 *in fine*.

¹⁰⁴⁶ Gutmann, D., « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens : les ressources du langage juridique », *Arch.phil.droit T.* 43, 1999, pp. 73-78. Pour le Doyen Carbonnier en revanche, ce mode de construction répond à un « besoin de poésie » (*Droit civil t. 1. Introduction*, PUF, 1994, n° 159, p. 253)

¹⁰⁴⁷ Comme l'a si bien montré N. Bobbio (« *Analogia* », in *novissimo digesto italiano, I, Utet, Torino, 1957, p.601 et s.* ; reproduit in *Contributi ad un dizionario giuridico, G. Giappichelli*, coll. « *Analisi e diritto* » Serie teorica 15, p. 1 et s. spec. P. 7.), ce mode de raisonnement constitue un moyen par lequel le système parvient à trouver à l'intérieur de lui-même la solution à un problème qu'il n'avait pas prévu. Ce mode de raisonnement est selon cet auteur, un procédé d'auto-intégration qui s'oppose aux procédés d'hétéro-intégration dans lesquels le comblement de la lacune s'opère par création ou application d'une règle juridique extérieure au système.

¹⁰⁴⁸ C'est nous qui soulignons.

¹⁰⁴⁹ Chamoux J-P., « L'information : bien ou service », in *L'appropriation de l'information*, droit et Informatique- Litec, 1986, p.17.

A. La méthode d'individualisation du savoir-faire traditionnel.

241. La méthode retenue se caractérise par un certain libéralisme qui vient adéquatement servir un objectif.

Le règlement européen sur les transferts de technologies n'impose aucune forme ni aucun mode d'individualisation du savoir-faire puisqu'il parle d' « *un ensemble d'informations techniques qui sont secrètes, substantielles et identifiées de toute manière appropriée* »¹⁰⁵⁰. Bien que cette disposition vise spécifiquement les contrats de licence de savoir-faire industriel, il est possible d'étendre à la notion même de savoir-faire l'acception qu'elle retient du terme « identifié ».

Une première démarche serait de considérer avec le Professeur POLLAUD-DULIAN que l'identification ne peut se faire que par l'analyse d'un écrit explicite. En effet, selon cet auteur, le terme identifié signifie que le savoir-faire « *doit être écrit ou exprimé sur un support de telle sorte que l'on puisse vérifier ses autres qualités* »¹⁰⁵¹. Contribue aussi à une telle lecture du terme « identifié » en la renforçant, le texte de l'article 10 4) du règlement Européen. Selon cette disposition, le terme : « *qualifie le savoir-faire décrit ou exprimé sur un support matériel de telle sorte qu'il soit possible de vérifier s'il remplit les critères de secret et de substantialité et de s'assurer que la liberté du licencié d'exploiter sa propre technologie n'est pas indûment restreinte* ». Tout en précisant au surplus que le savoir-faire peut être identifié au sein du contrat de transfert, ou dans un document distinct, le Règlement laisse la voie ouverte en ajoutant que « *toute forme appropriée* »¹⁰⁵² pouvait aussi convenir à condition qu'une telle identification intervienne au plus tard lors du transfert ou peu de temps après. On constate ainsi que d'une part, le Règlement Européen n'impose pas une méthode d'identification du savoir-faire et que d'autre part, il ne semble pas faire de cette identification une condition d'existence du savoir-faire puisqu'il envisage la conclusion d'un contrat de transfert de savoir-faire sans qu'un tel savoir-faire ait été formellement identifié. Le savoir-faire constituant l'objet de l'obligation, l'on peut considérer que ce dernier doit en principe exister au moment de la conclusion du contrat¹⁰⁵³, sauf à considérer qu'il s'agit là d'une chose future¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵⁰ Article 1^{er} 7 du Règlement.

¹⁰⁵¹ Pollaud-Dulian F. *Droit de la Propriété industrielle*, Domat droit privé, Monchrestien, 1999, p. 319, n° 755 ; V° dans le même sens : Galloux J-C., *Droit de la propriété industrielle*, Cours, Dalloz, 2000, p. 2312 et 213.

¹⁰⁵² Article 10-7 du Règlement CE n° 240/96 in fine.

¹⁰⁵³ Rappelons simplement que selon l'article 1129 du code civil : « il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée. ». Cette disposition qui doit être étendue aux objets incorporels est sanctionnée par une nullité du contrat pour défaut d'objet ou objet impossible. C'est là une règle de bon sens que de considérer qu'une prestation ne peut avoir pour objet une chose qui n'existe pas.

¹⁰⁵⁴ En principe, c'est au moment de la conclusion du contrat que doit être constatée l'existence de l'objet de l'obligation. Les contrats portant sur des choses futures sont pourtant valables à condition que

Toujours est-il que l'identification du savoir-faire n'apparaît pas comme essentielle en tant que telle dans l'existence de ce dernier. L'identification semble ainsi n'être qu'un outil d'appréciation du caractère substantiel. Ceci expliquera peut-être la formule large qui lui est consacrée dans le texte du Règlement européen.

242. Derrière ce libéralisme dans la manière d'identifier le savoir-faire, il convient de voir le besoin d'individualisation, la volonté de cerner avec le plus de certitude possible, le contenu du savoir-faire. Ce besoin est commun aux deux qualités qui sont traditionnellement requises¹⁰⁵⁵ du savoir-faire pour qu'il accède à la protection par le droit, et dont nous ne retenons qu'une¹⁰⁵⁶ comme déterminante : le **caractère substantiel**. Le caractère secret semble quant à lui s'être dilué entre le secret relatif suffisant¹⁰⁵⁷ et le secret minimum nécessaire¹⁰⁵⁸. Au total, notons que le caractère substantiel du savoir-faire traditionnel ne sera valablement apprécié que si le savoir-faire est correctement identifié.

les parties envisagent l'existence de la chose dans le futur. La solution est contenue dans l'article 1130 du code civil qui dispose clairement : « les choses future peuvent être l'objet d'une obligation »

¹⁰⁵⁵ Le caractère substantiel et le caractère secret.

¹⁰⁵⁶ Le caractère secret pouvant supporter des tempéraments qui parfois en touchent la substance.

Parfois ce caractère secret se présente comme un indice utile de la substantialité du savoir-faire en justifiant sa valeur. V. dans ce sens l'article 10 du Règlement Européen : « *le terme secret signifie que l'ensemble du savoir-faire, considéré globalement ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses éléments, n'est généralement pas connu ou facile à obtenir, de sorte qu'une partie de sa valeur réside dans l'avance qu sa communication procure au licencié ; il ne doit pas être entendu au sens strict, c'est-à-dire que chaque élément individuel du savoir-faire doit être totalement inconnu ou impossible à obtenir en dehors de l'entreprise du donneur de licence* ».

¹⁰⁵⁷ L'exigence d'un secret au moins relatif oblige à en rechercher les limites. On sait que l'article L. 621-1 du code cessera sa protection dès que le procédé deviendra librement accessible et tombera par conséquent, dans le domaine public. Le principe de la liberté du commerce permet, en effet, la libre exploitation de toutes les connaissances qui sont dans le domaine public et la loi ne peut donc pas à la fois assurer leur réservation et autoriser leur communication. Ainsi, ne seront pas protégés par l'article L. 621-1 du code les brevets déchus (*T. com. Pontoise, 6 nov. 1967 : Gaz. Pal. 1968, 1, jurispr. p. 82, note A. Chavanne ; RTD com. 1968, p. 82*) ou encore les procédés librement accessibles (*CA Douai, 16 mars 1967 : DS 1967, p. 637*) : « Attendu que le procédé Eaton est tombé dans le domaine public et que ses modalités ont été largement divulguées dans diverses brochures ou publications spécialisées de telle sorte qu'elles ne pouvaient donner lieu à la détention de secret de fabrique susceptible d'appropriation frauduleuse par le concurrent ».

¹⁰⁵⁸ Cette exigence de secret permet clairement de faire la distinction entre ce qui peut bénéficier de la protection et ce qui ne le peut pas. On le mesure avec deux jurisprudences.

Il s'agissait dans la première de deux anciens salariés à qui il était reproché d'avoir divulgué un procédé de fabrication. La Cour d'appel saisie a relaxé les prévenus au motif qu'il résultait du dossier que le procédé en cause était connu et ne constituait pas un secret de fabrique (*CA Limoges, 1er juill. 1981, rejeté par Cass. crim., 15 avr. 1982 : PIBD 1982, III, 207 ; RTD com. 1982, p. 551*).

Dans la deuxième espèce, le Tribunal correctionnel de Bordeaux a adopté plus récemment une position identique (*T. corr. Bordeaux 25 janv. 1989 : Juris-Data n° 1989-050951*). Il s'agissait d'un procédé permettant une industrialisation originale d'une fraise à chaussure et pour lequel les experts ont considéré que la qualité du secret était suffisante pour l'admettre comme secret de fabrique (*CA Bordeaux, 7 juin 1983 : JCP E 1984, II, 14167, note Seillan ; RTD com. 1984, p. 273*).

Cette exigence d'un caractère secret est donc relativement forte et empêche d'envisager la protection de ce texte pour des procédés qui, bien que constituant une valeur économique pour l'entreprise qui les exploite, n'ont pas un caractère secret.

B. Individualisation du savoir-faire traditionnel et le caractère substantiel.

La notion de praticité offre ici un double intérêt car elle consacre d'une part, une épure du signifiant en introduisant la distinction d'avec une information utile ; et d'autre part, elle présente avec plus de fermeté l'objet signifié.

1. Identification de la praticité : importance du signifiant.

243. Le Pr. GALLOUX, qualifie l'information de « *forme ou [d'] état particulier de la matière ou de l'énergie susceptible d'une signification.* »¹⁰⁵⁹ Pour l'auteur, lorsqu'il s'agit d'information, l'on se trouve en face d'une réalité « matérielle et incorporelle »¹⁰⁶⁰. Allant plus loin dans le désir de donner une matière à l'incorporel, certains auteurs comme TROLLER, pensent trouver une définition plus satisfaisante des biens immatériels dans leur assimilation à des objets intellectuels¹⁰⁶¹. C'est ici le lieu de faire un retour sur la substance des savoir-faire traditionnels : l'information.

Une recherche étymologique sur le terme information nous met en présence de deux acceptions qui semblent avoir cours. Ainsi, le mot information viendrait pour certains¹⁰⁶² du mot « informare » qui désigne l'action de façonner, de mettre en forme. Pour d'autres, le terme information trouverait son origine dans le mot latin « *informatio* » de « *informatum* », qui fait référence à « *l'esquisse, au dessin, à la conception* »¹⁰⁶³.

244. Les idées sont en tant que telles rejetées de la sphère d'action qui se dessine pour une raison principale qui tient à l'impossibilité matérielle d'en assurer la maîtrise et la circulation. Si l'on part du principe, déjà contestable, que l'idée est une entité qui circule, on se heurte à l'impossibilité d'en reconnaître les canaux et les circuits.¹⁰⁶⁴ Il paraît dès lors plus satisfaisant et sécurisant de considérer que l'idée est à génération spontanée dans l'esprit qui la formalise. Il a été proposé et tenté, avec des fortunes diverses, de distinguer la

¹⁰⁵⁹ Galloux, J-C., « Ebauche de définition juridique de l'information », loc. cit. n° 25 et 27p. 233.

¹⁰⁶⁰ Ibid.

¹⁰⁶¹ Troller, K., *Manuel suisse des biens immatériels*, t.I, Helbing et Lichtenhahn, Bâle et Frankfurt -sur-le -Main, 1992, p.1.

¹⁰⁶² *Le grand Larousse de la langue française*, p. 2695, 1975. Le préfixe « in » dans cette optique marque l'aboutissement d'une action et « *formare* » se réfère à « former régler instruire », dérivé de forma, forme.

¹⁰⁶³ Breton, P., Quelques précisions sur l'origine et l'histoire de trois termes en relation avec une identité disciplinaire : informatique - ordinateur - information, in *Le Langage et L'Homme*, n°58, vol. 20 fasc. 2, mai 1985 p.3.

¹⁰⁶⁴ Il faut dans cette logique distinguer l'idée des différents moyens matériels (livres et autres documents) ou intangibles (le langage) qui permettent l'expression, la formulation et la consignation.

connaissance de l'information¹⁰⁶⁵. Pour P. A. DAVID et D. FORAY :« posséder une connaissance dans quelque domaine que ce soit, c'est être capable d'action intellectuelle ou manuelle. La connaissance est donc fondamentalement une capacité cognitive. L'information, en revanche, apparaît dans ce contexte comme « un ensemble de données structurées et formatées, mais inertes et inactives tant qu'elles ne sont pas utilisées par ceux qui [peuvent] les manipuler, les interpréter». ¹⁰⁶⁶ Les lignes ci-dessus rapportées invitent à voir dans la connaissance une capacité cognitive. De ce point de vue, la différence d'avec le savoir est réduite à néant ¹⁰⁶⁷ car « savoir » et « connaissance » sont fondamentalement des informations assimilables par un sujet, fut-il individu ou communauté. La cognition qu'impliquent ces deux concepts est alors acquise ; l'est moins en revanche, l'élément temporel qui sans aucun doute doit être considéré. A cet égard, il nous semble que le terme « connaissance » implique une capacité cognitive qui peut être « potentielle » ou « active » tandis que le terme savoir renvoie à une capacité cognitive uniquement active c'est à dire possédée dans le présent par un sujet. Connaître c'est « avoir dans l'esprit en tant qu'objet de pensée analysé » mais c'est aussi « se faire une idée de »¹⁰⁶⁸. Autant de sens qui peuvent être ramenés à des synonymes¹⁰⁶⁹ du verbe « savoir » qui se définit comme « le fait d'avoir présent à l'esprit un objet de pensée que l'on identifie ou que l'on tient pour vrai », ou le fait d' « être conscient de » ou « d'être en mesure de retrouver ou d'utiliser » ou encore « d'être en mesure de pratiquer, d'exécuter grâce à des connaissances théoriques » ou enfin, « d'avoir présent à l'esprit, dans tous ses détails, de manière à pouvoir répéter »¹⁰⁷⁰. Cette synonymie ne vaut plus lorsque sont en cause les substantifs tirés de ces verbes. C'est sur ces substantifs que porte notre discussion.

¹⁰⁶⁵ Dans ce sens et avec le constat de la difficulté d'opérer une distinction claire : Sven Ove Hansson « Les incertitudes de la société du savoir », *RISS n° 171*, p. 43 et ss où l'auteur analyse les liens entre les termes savoir, information, données incertitude, ignorance et risque, pour tenter de dégager les sens dans lequel un société peut être caractérisé par l'un d'entre eux ; voir aussi Lam A., « Modèles nationaux ou régionaux d'apprentissage et d'innovation propres à l'économie de la connaissance » *op.cit* p. 75 ; Alvaro Zerda-Sarmiento, Clemente Forero-Pineda « Les droits de propriété intellectuelle sur le savoir des communautés ethniques » *op.cit* pp. 111 et ss où les auteurs se basent sur cette distinction pour suggérer des principes directeurs en vue de mettre en place un cadre réglementaire qui protège le savoir vernaculaire tout en stimulant la recherche scientifique moderne.

¹⁰⁶⁶ David, P. A. et Foray, D., Une introduction à l'économie et à la société du savoir, in *Revue internationale des sciences sociales RISS n° 171*, mars 2002, UNESCO, p.17.

¹⁰⁶⁷ Goetzler, H., dans son *Dictionnaire Français-Latin*, Librairie Garnier Frères, Paris 1929, p. 141, à l'expression « connaître scientifiquement », renvoie à « Savoir ». Il définit par la suite le terme savoir comme l'ensemble des connaissances acquises par l'étude, et le rapproche du terme latin *Scientia*, *op.cit.* p. 633.

¹⁰⁶⁸ Dictionnaire le Petit Robert p.331 sens 1 et 2.

¹⁰⁶⁹ Cette synonymie qui semble irréfutable entre les deux termes doit cependant être cantonnée à la forme du verbe. Il est presque trivial de souligner que le verbe, exprimant une action que fait ou que fera un sujet, la question de titularité ne se pose pas en cette forme. Cette synonymie ne vaut plus lorsque sont en causes les substantifs tirés de ces verbes. C'est sur les substantifs que porte notre discussion.

¹⁰⁷⁰ Dictionnaire le Petit Robert, p. 1613, sens I, A, 1 à 6.

On peut ainsi, se demander s'il est encore justifié de nommer «savoir», des informations structurées et formalisées qui ne présentent plus de rapport actuel et direct avec un sujet qui en détient l'intelligibilité, seule capable d'en révéler la valeur d'utilité ?

De telles informations demeurent cependant à notre sens des connaissances parce qu'elles possèdent encore cette valeur cognitive et sont toujours appréhensibles par tout sujet habile. Ce ne sont plus en revanche des savoirs puisqu'elles sont en quelque sorte « désincarnées » sans titulaire actuel et direct. Ainsi, le critère qui permet de faire une césure entre ces deux termes semble être l'existence d'un titulaire actuel qui justifie d'une main mise¹⁰⁷¹ directe sur la valeur informationnelle ou utile en cause.

Qu'est-ce qu'une information si ce n'est une somme d'idées, de données organisées de sorte à apporter à celui qui en prend connaissance une intelligence des choses ou du monde dans son être ou dans son fonctionnement. L'information est pour ainsi dire, somme de connaissances qui présente une caractéristique que l'on peut énoncer ainsi : dès qu'elle est appréhendée, elle devient un savoir¹⁰⁷². On peut dès à présent le subodorer, l'information, la connaissance, le savoir ne présentent pas de différence de nature mais ce sont les diverses étapes d'une seule réalité : une somme d'idées formalisées et identifiables. Le caractère linéaire de l'évolution qui mène de l'information au savoir transparaît bien plus clairement lorsque l'on constate qu' « *il faut que des données soient assimilables pour pouvoir constituer de l'information et qu'elles soient assimilées pour pouvoir constituer du savoir* ». ¹⁰⁷³ S'il est souvent difficile de faire nettement le départ entre savoir et simple information, de même qu'entre information et simples données, c'est à cause de cette évolution linéaire qui n'affecte pas la nature de l'information qui devient savoir.

245. Le droit ne se montre pas très hardi pour définir ce qu'est l'information. Peut-être y a-t-il là une incompétence structurelle qui ne laissera subsister que la vocation traditionnellement juridique à maîtriser les rouages de la transmission et de la circulation de l'information. Le juriste en cela, et en tant que spécialiste a « *intégré l'information à son champ d'étude et [n'a retenu] d'elle que des aspects partiels* » ¹⁰⁷⁴. C'est bien pour cette raison que nous donnons raison à Mme E. D'ARAGON lorsqu'elle estime que « *seule une petite synthèse des différentes approches que les disciplines les plus significatives ont*

¹⁰⁷¹ Au sens où cette expression est utilisée pour définir la possession en droit civil.

¹⁰⁷² Il est bien entendu que le savoir en question sera plus ou moins complet selon les connaissances qui la procurent sont plus ou moins maîtrisées, plus ou moins complètes.

¹⁰⁷³ Hansson, S. O., in *Revue Internationale des Sciences Sociales*, précité p. 44.

¹⁰⁷⁴ Daragon, E., Etude sur le statut juridique de l'information, précité p. 64 où l'auteure cite d'autres spécialistes qui perçoivent le phénomène de l'information de façon parcellaire. Dans ce sens, le journaliste rechercherait l'actualité, le sociologue la voit comme un objet de bouleversement social, le cogniticien et l'informaticien la voient comme des données de la mémoire humaine ou artificielle.

pu tenter de la notion d'information peut restituer une image assez fidèle de ce que l'on peut entendre de nos jours par information »¹⁰⁷⁵.

Au bout du compte et quelle que soit la variété et la diversité des tentatives de définition de l'information, on peut noter que « la définition du message informationnel est faite par ses effets sur la représentation »¹⁰⁷⁶. C'est encore ce que d'autres ont appelé « la plus value informationnelle ». Le message apporte à celui qui en prend connaissance une modification de la représentation, de l'image. Il peut dans ce cas y avoir ajout d'un élément nouveau à l'image, soit une substitution de l'image préexistante par une nouvelle, soit encore l'information que l'on reçoit diminue l'incertitude¹⁰⁷⁷ liée à l'image dont l'individu dispose.

246. Le savoir-faire traditionnel, en interrogeant toutes ces facettes d'un débat préexistant, nous met en présence d'un constat sur la vocation de la propriété industrielle : la fonction de l'industrie a sensiblement changé depuis que cette dernière s'est intéressée au vivant¹⁰⁷⁸. En effet, jusqu'alors l'activité scientifique et industrielle s'était attelée à inventer des outils, à rechercher des solutions pour résoudre des problèmes techniques qui se posaient à la société de production. Il était alors question de faire des montages, de construire, d'échafauder en se basant sur les règles de la science : c'était l'étape d'invention des outils. Puis est venue celle de la prospection de solutions. L'inventeur découvre des règles de fonctionnement d'éléments de la nature qui fonctionnent indépendamment de la volonté humaine et de son activité d'agencement. Il ne reste plus à l'inventeur dans ce cas de figure qu'à se mettre en possession d'une information relativement à un existant¹⁰⁷⁹. Il est évident que les plantes, avant d'avoir été découvertes ou « inventées »¹⁰⁸⁰, ont existé dans la nature. Ce n'est pas tant la découverte de leur existence qui est constitutive d'une avancée dans

¹⁰⁷⁵ Ibidem

¹⁰⁷⁶ Shannon C. E., « A mathematical Theory of communication », in *Bell System Technical Journal*, vol. 27, juill.-oct 1948 (publié en 1962) cité par E. D'Aragon, article précité, p. 64.

¹⁰⁷⁷ Shannon C. E., « A mathematical Theory of communication », iprécité. Dans cette étude datée de 1948, l'auteur étudie plus les conditions d'une transmission fidèle de l'information plus qu'au contenu du message. Pour lui, l'information est plus mesurée que définie. L'information serait l'amplitude de réduction de l'incertitude dans le chef du récepteur du message, avant et après cette réception.

Les travaux quantitatifs de Shannon font suite à ceux datés de 1920 du bio statisticien anglais R. A. Fisher (on retrouve les idées de Fisher dans J. P. Lancry, *Théorie de l'information et économie*, Economica, 1982, p.11.) qui inaugure la notion d'information pertinente en constatant que chacune des données d'une somme de données préalable contient un peu d'informations utiles à l'étude du destinataire et qu'il faut par conséquent séparer cette part utile de l'information inutile donc non pertinente.

¹⁰⁷⁸ Frison-Roche, M-A., « L'évolution conceptuelle et technique du cadre européen et français relatif à la propriété intellectuelle sur les médicaments et le vivant », in *Droit et Economie de la propriété intellectuelle*, M-A Frison-Roche et A. Aballo (Dir) LGDJ, coll. Droit et Economie, 2003, pp. 289 -318.

¹⁰⁷⁹ Schmidt-Szalewski, J., « La notion d'invention face aux développements technologiques », in *Droit et Economie de la propriété intellectuelle*, M-A Frison-Roche et A. Aballo (Dir) LGDJ, coll. Droit et Economie, 2003, pp. 243-264 où l'auteur affirme la presque synonymie des termes invention et découverte.

¹⁰⁸⁰ Au sens civiliste du terme.

le domaine de la propriété industrielle (les botanistes et les naturalistes pourront s'en réjouir), mais plutôt la prise de connaissance d'une information associée à cette plante. La plante n'acquiert sa valeur qu'associée à la connaissance, au savoir et au savoir-faire qui y est relatif ou qu'il recèle.

247. Un tel *continuum* entre les différentes notions évoquées plus haut, pouvait introduire dans notre démarche d'identification du savoir-faire traditionnel, une incertitude dont l'effet le plus fâcheux serait de ne pas permettre une distinction entre une simple information et un savoir-faire. L'adoption du signifiant, « praticité » nous permet d'initier une distinction bien utile

Etant acquis que les savoir-faire sont avant tout une somme d'informations, **mais pas seulement**¹⁰⁸¹, l'on peut se demander à présent si ces dernières sont identifiables. Une réponse positive à cette première interrogation nous permettra d'apprécier le plus objectivement possible le caractère substantiel de ce que l'on hésitera moins à appeler un bien.

2. Identification de la praticité, importance du signifié.

248. De façon générique et cependant incontestable, les biens ce sont des objets identifiables¹⁰⁸², qu'ils soient dotés de valeur ou qu'ils en soient dépourvus, qu'ils soient appropriables ou qu'ils ne le soient pas.

Si l'identification de l'objet signifié a une telle importance, c'est précisément pour réduire la marge d'inadéquation entre les prétentions de la personne qui offre de transférer le savoir-faire traditionnel et celle qui offre de l'acquérir car un flou peut facilement exister dans cette détermination et il est clair que le maximum doit être fait pour l'éviter. L'on retrouve ici une illustration de ce que M. Christian DERAMBURE indiquait à travers sa formule lapidaire : « *la valeur n'est pas le prix* »¹⁰⁸³. En matière de savoir-faire traditionnels et à la différence des contrats portant sur les brevets où l'objet parfaitement identifié puisque faisant l'objet au départ d'une description minutieuse, appuyée par des revendications ciselées et d'un droit de propriété vigoureusement sanctionné par le droit de la propriété industrielle, l'objet ici est « *éminemment variable et fuyant et entièrement dessiné par les parties qui vont devoir dire quel*

¹⁰⁸¹ C'est nous qui soulignons.

¹⁰⁸² Critère que certains auteurs traduisent par celui de « stabilité ». Voir dans ce sens, *Atias Chr., Droit civil Les biens*, Litec, 5^{ème} édition, 2000, p. 27.

¹⁰⁸³ *Derambure Ch.*, « l'évaluation financière des brevets », article précité p. 44

enseignement¹⁰⁸⁴ elles entendent l'une recevoir et l'autre, prodiguer»¹⁰⁸⁵. Sans pour autant exiger une parfaite concordance entre la praticité que le détenteur du savoir-faire traditionnel entend transférer ou partager et celle que le demandeur de savoir-faire traditionnel entend recevoir, il convient de noter le particularisme de la situation. La demande d'acquisition du savoir-faire traditionnel se fait dans la quasi-totalité des cas, pour ce qui concerne les savoir-faire relatifs aux éléments de la biodiversité, à l'étape de la recherche ou du développement d'un produit, le plus souvent dans la perspective d'une invention brevetable¹⁰⁸⁶. Quoiqu'il en soit la recherche d'identification doit passer par l'appréhension d'une forme et la vérification d'une valeur. La praticité doit être substantielle.

249. Pour ce qui est de la forme, les hypothèses déjà connues du droit du know-how nous renseignent. La fixation formelle de la « praticité » que l'on entend transférer est le fruit de la négociation contractuelle qui va donner lieu à ce qui est improprement appelé contrat de licence de savoir-faire.

L'on pourrait conserver un tel processus d'identification de la forme du savoir-faire si une habitude, de plus en plus répandue, la documentation, ne venait bouleverser les données dans un domaine qu'elle ne vise d'ailleurs pas principalement¹⁰⁸⁷. En effet, la documentation est une mesure défensive destinée

¹⁰⁸⁴ Nous partageons ici et uniquement la difficulté d'identification de l'objet du contrat sans adopter la qualification de contrat d'entreprise que les Pr. Vivant et Foyer donnent aux contrats portant sur le savoir-faire. Cette discussion fera l'objet de développements dans la deuxième partie de cette étude.

¹⁰⁸⁵ Foyer J. et Vivant M., *Le droit des brevets*, précité, p. 402.

¹⁰⁸⁶ Il n'existe pas de mesures détaillées de l'étendue de cette utilisation, mais la statistique donne certaines indications générales. Ainsi, pour les substances médicinales dérivées des plantes et les savoir-faire associés (sous-classes A61K 35/78, 35/80, 35/82 et 35/84 de la classification internationale des brevets), 156 demandes internationales de brevet au total ont été publiées entre janvier 2002 et novembre 2003. La nationalité des déposants fait apparaître une large diversité de l'activité internationale, comme indiqué ci-après : Allemagne¹¹; États-Unis²⁷; Malaisie²⁸; Australie¹, d'Amérique Nouvelle-Zélande¹, Bulgarie², Fédération¹, Pays-Bas³, Cameroun¹ de Russie Pologne², Canada³, France³, République¹⁸, Chine¹⁴, Inde⁹, de Corée Croatie¹, Israël³, Royaume-Uni¹¹, Espagne⁶, Italie⁴, Suède¹¹, Japon²⁸, Suisse³
Source : document WIPO/Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoirs traditionnels et le folklore/IC/6/INF/3 p. 80

¹⁰⁸⁷ La protection défensive des innovations est une composante importante des stratégies de propriété intellectuelle pour bon nombre de créateurs et d'innovateurs. Par exemple, les entreprises de recherche-développement peuvent publier des inventions ou d'autres techniques qu'ils ont choisi de ne pas faire protéger par brevet. De cette manière, ils pourront préserver leur droit d'utiliser l'invention à l'encontre de tiers qui souhaiteront ultérieurement demander un brevet pour des inventions similaires ou dérivées. L'information déjà publiée pourra faire partie de l'état de la technique lorsqu'il s'agira de déterminer si une demande de brevet ultérieure est nouvelle ou implique une activité inventive. De même, il sera moins probable qu'un brevet soit délivré qui empêche l'utilisation de la technologie que l'entreprise souhaite utiliser. Quelques publications défensives sont imprimées *intra-muros* par les entreprises puis diffusées aux bibliothèques et aux offices de brevets. Le *Xerox Disclosure Journal* (Voir <http://www2.xerox.com/research/xdj/>). Le *Xerox Disclosure Journal* (XDJ) est publié tous les deux mois et en est à sa vingt-cinquième année de publication. Le dernier numéro de chaque année contient un index établi en fonction de la classification US des brevets et par nom d'auteur, pour compléter la série.) et le *Technical Disclosure Bulletin* de International Business Machine (Tous les numéros du *Technical Disclosure Bulletin* d'IBM publiés jusqu'à septembre 1997 sont maintenant accessibles en ligne à partir du site Web *Intellectual Property Network* de Delphion. Voir <http://www.ibm.com/ibm/licensing/patents/disclosures.shtml>) sont deux exemples bien connus de publications faites par des sociétés en vue de divulguer leurs innovations dans le cadre d'une stratégie de protection défensive. On pourrait également citer le *Bell Laboratory Record* et le *Siemens Zeitschrift*.

principalement à détruire la nouveauté en intégrant certaines innovations et connaissances pratiques dans l'état de la technique. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce mécanisme de défense qui est proposé comme protection aux détenteurs de savoir-faire traditionnel. Qu'il soit simplement permis ici de préciser qu'elle présente deux aspects :

- un aspect juridique, visant à faire en sorte que l'information soit publiée ou fixée de manière à répondre aux critères juridiques qui l'inscriront dans l'état de la technique auprès de la juridiction concernée (ce qui pourra supposer, par exemple, qu'elle porte une date de publication précise et que la divulgation permette au lecteur de mettre en œuvre la technologie);

- un aspect pratique, visant à faire en sorte que l'information soit mise à la disposition des administrations chargées de la recherche et des examinateurs de brevets, et qu'elle soit aisément accessible (grâce, par exemple, à une indexation ou à un classement), de manière à pouvoir être trouvée lors d'une recherche sur l'état de la technique pertinent.

250. S'il est vrai que la protection défensive est une stratégie de propriété intellectuelle pertinente dans tous les domaines de la technologie, tout récemment on s'y est intéressé de près en ce qui concerne les inventions fondées sur les ressources génétiques et sur les savoir-faire traditionnels¹⁰⁸⁸. Cela a conduit à l'examen des mesures, d'ordre juridique ou pratique, nécessaires pour rendre les autorités chargées de délivrer les brevets plus à même de recenser l'état de la technique pertinent lors de l'examen des demandes de brevet. Cet état de la technique peut être constitué de savoir-faire traditionnels ou d'informations sur les ressources génétiques. A cette étape de notre étude il ne s'agit pas encore de la défense des détenteurs du savoir-faire traditionnel mais de constater que l'enregistrement de ceux-ci, considéré comme une manière de les identifier peut paradoxalement constituer un frein à leur qualification de bien appropriable. En les inscrivant sur un registre public, les détenteurs de savoir-faire traditionnels introduisent de tels savoir-faire dans le domaine public et les transforment ainsi en *res commune*, détruisant du même coup la rareté qui en faisait la valeur. Une telle inscription soumettrait *de facto* le savoir-faire en question à l'article 17 de la Convention de Rio sur la Diversité biologique¹⁰⁸⁹. Dans

¹⁰⁸⁸ Voir, par exemple, "Défensive Publication" dans le chapitre 4 de "People, Plants and Patents: The Impact of Intellectual Property on Trade, Plant Biodiversity, and Rural Society", The Crucible Group, 1994.

¹⁰⁸⁹ Cet article dispose : « *Les parties contractantes facilitent l'échange d'informations, provenant de toutes les sources accessibles au public, intéressant la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique en tenant compte des besoins spéciaux des pays en voie de développement. Cet échange comprend l'échange d'informations sur les résultats des recherches techniques, scientifiques et socioéconomiques ainsi que d'informations sur les programmes de formation et d'études, les connaissances spécialisées et les connaissances autochtones et traditionnelles en tant que telles ou associées aux technologies visées au §1^{er} de l'article 16. Cette information comprend aussi lorsque c'est possible, le rapatriement des informations.* »

cette hypothèse, l'accession à la qualification de bien semble compromise au profit de l'identification de la connaissance utile. Ainsi, techniquement le savoir-faire traditionnel accèderait bien à la qualité de chose sans pour autant devenir un bien. Il serait ainsi identifié et individualisé sans pouvoir, en l'absence de toute loi spéciale faire l'objet d'un droit exclusif.

Comment pourrait-on alors concilier le besoin de consigner le savoir-faire traditionnel avec la préservation de sa nature de bien immatériel ? Le mécanisme de l'enveloppe Soleau¹⁰⁹⁰ prévu en droit français pour les dessins et modèles par le décret du 10 mars 1914, mais adopté depuis pour les idées potentiellement brevetables pourrait présenter quelque intérêt. Sans desservir les besoins de défense du détenteur du savoir-faire traditionnel, elle offrirait un élément décisif d'identification du savoir-faire : une fixation matérielle et pérenne de l'utilité que représente le savoir-faire traditionnel.

Le caractère transmissible que l'on a souvent attribué au savoir-faire, se voit confirmé par l'identification du savoir-faire. Il convient néanmoins de constater qu'il s'agit là d'une conséquence de la démonstration de la nature de bien que nous espérons avoir faite du savoir-faire traditionnel. Une telle qualification emporte automatiquement la séparation du savoir-faire traditionnel avec la personne. L'on pourrait ainsi omettre de mentionner le caractère transmissible dans la définition du savoir-faire sans perdre ni en précision ni en adéquation de la proposition avec l'objet défini.

251. Nous croyons pouvoir affirmer en cette fin de section que le savoir-faire traditionnel est un somme formalisée et identifiable d'informations dont la mise en œuvre tend à l'obtention d'un résultat déterminé ou déterminable. Il peut à lui seul produire le résultat escompté ou concourir à l'obtention d'un tel résultat.

¹⁰⁹⁰ Art. R. 511-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle. L'enveloppe SOLEAU n'est pas un titre de propriété industrielle en ce qu'il n'ouvre pas le bénéfice de la protection du Livre V du CPI. Elle ne confère pas à son titulaire le droit de s'opposer à l'exploitation de sa création ou de son invention effectuée sans son consentement. Elle est un moyen de preuve simple et peu coûteux. Elle présente un grand intérêt pour les auteurs, créateurs et inventeurs dans la mesure où elle permet de se préconstituer la preuve de leur création ou invention et de leur donner date certaine. Pendant la période où elle est conservée à l'Institut national de la propriété industrielle, le détenteur d'une enveloppe SOLEAU peut à tout moment demander que le volet archivé lui soit restitué à ses frais. En cas de contestation judiciaire, cette restitution peut également être demandée par le président du tribunal saisi. La comparaison du contenu des deux volets authentifie le document. Même après la période de gardiennage, le volet resté en la possession du déposant garde une valeur probante. Voir, pour une illustration jurisprudentielle du principe de l'enveloppe Soleau, Paris, 4 mai 1994, PIBD, 1994, n° 571. III. 415 ; voir aussi : Réponse ministérielle, JO Débats Ass. Nat., 16 juillet 1977, p. 4746 ; V. Cass. crim., 12 janv. 2005, pourvoi n° 04-83.991, RTD Com. 2006 p. 350, commentaires de J-C Galloux (sur la condamnation d'un dirigeant d'entreprise pour utilisation détournée de l'enveloppe Soleau).

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

252. La question à laquelle nous avons essayé de répondre dans ce chapitre se présente comme une alternative : le savoir-faire constitue-t-il avant tout : une « *information spécifiée, coulée dans une forme particulière à laquelle le droit positif confère ou est susceptible de conférer une qualification* »¹⁰⁹¹ ou ne doit-il son éclosion dans la sphère du droit qu'à une « *praticité* » qui fonde sa valeur économique ? Nous avons pu constater que la réponse faisait appel aux deux considérations puisque c'est une incitation économique qui a permis de découvrir le bien immatériel que constitue le savoir-faire traditionnel.

253. La notion de praticité qui s'est imposée comme critère objectif du savoir-faire traditionnel a, dans un premier temps, été substituée au critère d'application technique qui servait habituellement à caractériser l'utilité du savoir-faire.

Cette substitution s'est faite moyennant le constat des insuffisances du critère d'application technique et la présentation du caractère fédérateur de la notion de praticité. Cette notion a, dans un deuxième temps, permis d'exprimer le caractère substantiel que doit revêtir tout savoir-faire à travers la valeur économique qui en est indissociable.

254. Pour accéder à la qualité de « bien », il fallait que la praticité contenue dans le savoir-faire soit identifiable. Nous avons pu vérifier ce en quoi, la praticité en tant que signifiant et en tant que signifié, répondait à cet impératif de stabilité¹⁰⁹². Le savoir-faire peut alors se concevoir plus nettement¹⁰⁹³ comme **une praticité se présentant sous la forme d'une information identifiée et substantielle.**

¹⁰⁹¹ Galloux J.-C., « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, chr., p. 229, n° 10, qui évoque aussi à ce sujet des « espèces d'information » ou des « structures d'information » (n° 23). En tout cas, ce n'est pas parce que certaines créations immatérielles - parfois regardées comme des informations - sont objets de propriété que toute information est appropriable. On a le sentiment parfois que le raisonnement relève du pur sophisme : l'oeuvre ou l'invention brevetée est baptisée information pour en déduire, la première étant appropriée, que toute information au sens large est également susceptible de l'être. Nous entendons nous démarquer de ce raisonnement vicié en ce que nous ne fondons pas l'appropriabilité des savoir-faire traditionnels sur leur nature informationnelle mais surtout sur les caractéristiques qui en permettent l'identification et qui en autorisent l'utilisation efficiente dans des processus techniques ou de recherche.

¹⁰⁹² **Atias Chr.** *Droit civil, les biens*, précité, p. 27.

¹⁰⁹³ Si le progrès du droit peut se mesurer de diverses manières, la plus grande netteté donnée à une définition en est une ; les autres étant : « *la découverte d'une série de décisions dont l'existence ou l'importance avaient été ignorées jusque là, l'élaboration d'une formulation ou d'une justification plus satisfaisantes, la séparation de deux concepts auparavant confondus en un seul* » ; **Atias Ch.**, « Progrès du droit et progrès de la science du droit », *RTDCiv.* 1983, p. 698

La définition des éléments objectifs caractérisant le savoir-faire traditionnel souligne la nécessité de rechercher à présent les éléments subjectifs, tant il est vrai, selon les réflexes éprouvés, que la personne juridique est l'élément essentiel de la notion de droit réel. N'a-t-on pas considéré dans ce sens que : « *la notion juridique de réalité d'un bien ne peut exister que par l'intermédiaire de la personnalité juridique* »¹⁰⁹⁴.

C'est dans le souci de se conformer à cette règle fondamentale du droit des biens que nous allons poursuivre cette étude qui va à présent s'intéresser à la titularité considérée comme le déterminant subjectif du savoir-faire traditionnel.

¹⁰⁹⁴ **Piedelièvre A.**, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », article précité, p.55

CHAPITRE 2. LA TITULARITE : DETERMINANT SUBJECTIF DU SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL

255. Le présent chapitre nous permettra de déterminer la différence spécifique du savoir-faire traditionnel. Pour ce faire, un premier réflexe peut être celui d'ériger les caractéristiques irréductibles du savoir-faire traditionnel en principes intangibles qui ne souffriraient aucun tempérament. Procéder avec une telle rigidité serait pourtant, donner l'illustration de ce que le Pr. MALAURIE dénonce sous l'appellation d' « *inspiration du droit par des comportements individuels* »¹⁰⁹⁵. De plus, le savoir-faire traditionnel semble se déployer jusqu'à présent dans un champ juridique clos sur lui-même. Autant il faut éviter l'éviction systématique des règles et normes relevant de la source coutumière, autant il faut pouvoir, quand on les prend en compte, les exempter de l'excès contraire. Il ne faut pas revenir « *au temps de la tour de Babel [avec la différence de ne plus travailler à un seul monument de confusion] et de bâtir, chacun sa tour à sa propre hauteur, selon sa force et sa taille* »¹⁰⁹⁶

La première session du Comité intergouvernemental de l'OMPI¹⁰⁹⁷ chargée de l'étude d'un régime satisfaisant de protection pour les savoir-faire traditionnels avait classé la question de la titularité comme l'une des « *questions conceptuelles les plus déterminantes* »¹⁰⁹⁸. Pour les membres de ce Comité : « *les savoirs [faire] traditionnels sont élaborés, transmis et partagés collectivement et le système de propriété intellectuelle sous la forme actuelle ne répond pas totalement aux besoins des communautés détentrices des savoirs [faire] traditionnels en matière de droits communautaires ou collectifs* »¹⁰⁹⁹.

256. Quand l'on invoque les éléments subjectifs qui concourent à la détermination de la nature du droit portant sur le savoir-faire traditionnel, certains termes tels que : « individuel », « collectif », « titulaire », « détenteur », « propriétaire » sont récurrents. Ils traduisent la volonté qui s'est confirmée le long des 10 sessions du Comité intergouvernemental de l'OMPI¹¹⁰⁰ de déterminer : « *l'identité des propriétaires, des détenteurs ou des gardiens de*

¹⁰⁹⁵ Malaurie Ph., « Notre droit est-il inspiré ? », *Defenois n°10/ 2002*, p. 642 et 643. La différence est qu'il ne s'agit pas d'intérêts individuels dans le cas du savoir-faire traditionnel mais cette différence importe peu, à y voir de plus près. En effet, les intérêts qui sont liés à la notion dont il s'agit de constater l'émergence, sont à tout le moins catégoriels.

¹⁰⁹⁶ Chateaubriand, *Mémoires d'Outre Tombe*, L XXII, Ch. 21, Pléiade, t. I, p. 898. Il convient encore moins de donner préséance à « *ses désirs, ses intérêts et sa communauté, voire ses pulsions* », ajouterait-on pour rendre compte de l'actualité de la préoccupation (Pr. Malaurie, loc. cit. p. 643)

¹⁰⁹⁷ Réunie à Genève en avril et mai 2001.

¹⁰⁹⁸ Document OMPI/GRTKF/IC/1/3, p.

¹⁰⁹⁹ Document OMPI/GRTKF/IC/1/3, p. 25

¹¹⁰⁰ Voir, par exemple, les documents WIPO/GRTKF/IC/2/5, WIPO/GRTKF/IC/3/7, WIPO/GRTKF/IC/3/9, WIPO/GRTKF/IC/4/7, WIPO/GRTKF/IC/4/8 et WIPO/GRTKF/IC/5/7, WIPO/GRTKF/IC/5/8 et WIPO/GRTKF/IC/6/4.

savoirs traditionnels ou d'autres bénéficiaires de la protection »¹¹⁰¹. Il est certain que la détermination du titulaire originel des droits portant sur le savoir-faire traditionnel ne relève pas à elle seule le défi de circonscription des éléments subjectifs de la notion de savoir-faire traditionnel. Elle représente pourtant une part non négligeable de l'effort, et c'est à ce titre que les Etats membres de l'OMPI ont justement perçu : « *la nécessité de mettre au point des solutions juridiques qui répondent aux besoins des communautés [et de leurs interlocuteurs bio prospecteurs] en ce qui concerne la connaissance de leurs droit collectifs vis-à-vis de leurs savoirs collectifs* »¹¹⁰². Il conviendra ainsi de rechercher dans un deuxième temps, les personnes qui sont susceptibles d'exercer de façon positive les prérogatives rattachées aux savoir-faire traditionnels.

Saisir le déterminant subjectif, c'est dénouer une difficulté majeure et toucher au particularisme de la notion de savoir-faire traditionnel. Comme l'écrit le Dr Silke Von LEWINSKI : « *c'est bien donc la nature collective et continue du développement du savoir traditionnel qui rend difficile l'identification d'un inventeur ou d'un auteur individuel ou d'un groupe de telles personnes.* »¹¹⁰³

L'importance ainsi accordée à la recherche d'une personne juridique, capable d'exercer les droits et prérogatives relatifs au savoir-faire traditionnel, conduit aussi à envisager le phénomène temporel qui marque spécifiquement ce dernier et qui détermine largement la durée de la protection qu'il conviendra d'octroyer.¹¹⁰⁴

Ceci conduit d'une part, à envisager la communauté traditionnelle en tant que titulaire de droits (Section 1) Ceci invite d'autre part, à voir dans les membres de la communauté traditionnelle, des titulaires de prérogatives (Section 2).

¹¹⁰¹ Pour la formulation la plus récente de cette préoccupation, v° WIPO/GRTKF/IC/10/5 document préparatoire à la 10^{ème} session (30 Novembre au 8 décembre 2006), intitulé « La protection des savoirs traditionnels : projet d'objectifs et de principes », p. 5.

¹¹⁰² Ibid. p. 25 *in fine*.

¹¹⁰³ Lewinski (Von) S., « Le folklore, les savoirs traditionnels et les ressources génétiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle », *Propriétés intellectuelles*, Janvier 2005, n° 14 p. 25.

¹¹⁰⁴ Sur la durée de la protection V° Document WIPO/GRTKF/IC/10/5, document préparatoire à la 10^{ème} session (30 Novembre au 8 décembre 2006), précité p. 54-56 ; V° aussi Lewinski (Von) S., « Le folklore, les savoirs traditionnels et les ressources génétiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle », *Propriétés intellectuelles*, Janvier 2005, n° 14 p. 25 ; Leistner M., « Traditional Knowledge », ainsi que Lucas-Schloetter A. « Folklore » ., *in Lewinski (Von) S. (sous la direction de), Indigenous Heritage and Intellectual Property : Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, précité respectivement p. 65 et p. 291s.

Section 1. La communauté traditionnelle en tant que titulaire de « droits » sur le savoir-faire traditionnel

257. Les droits de propriété intellectuelle sont au départ conférés au créateur, à celui qui a procédé à l'invention et/ou qui a procédé au dépôt du brevet, qui peut ensuite les céder dans le cadre de dispositifs contractuels ou légaux. Le détenteur originel des droits de propriété littéraire et artistique peut être constitué d'une pluralité de personnes. Le droit des brevets ignore une telle hypothèse, ne considérant que les cas des inventions concomitantes¹¹⁰⁵ et le cas des inventions des salariés¹¹⁰⁶. Il semble dans de telles conditions, utile de rechercher les ressorts théoriques nécessaires et aptes à cerner la question de la titularité en matière de savoir-faire traditionnel en dehors de la matière de propriété industrielle. Mieux, dans cette recherche qui jusqu'à présent, traitait de la praticité de la substance du savoir-faire traditionnel, l'on ne peut s'empêcher ici de faire appel à des mécanismes qui ressemblent fortement à ceux connus dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, sur la titularité collective de droits d'auteurs par exemple¹¹⁰⁷. Sur ce point en effet, la notion de savoir-faire traditionnel va beaucoup emprunter au droit d'auteur. Nous nous trouvons ainsi dans la situation peu habituelle où, pour cerner un objet dont la valeur est utilitaire nous ferons appel à des règles et mécanismes relatifs à la forme et à l'originalité. La tendance n'est pas nouvelle¹¹⁰⁸. Ainsi, conviendra-t-il de chercher à donner une identité juridique active à la communauté traditionnelle (Paragraphe 1). Ensuite, prenant appui sur cette recherche d'un sujet de droit, nous chercherons à établir le caractère communautaire du savoir-faire traditionnel (Paragraphe 2).

¹¹⁰⁵ Article L 611-6 al. 2 du Code de la Propriété Intellectuelle.

¹¹⁰⁶ Mousseron, J.-M., « Les inventions de salariés après la réforme des 13 juillet 1978, 4 septembre 1979 et 4 août 1980 », *RTDCom.* 1980, p.185 ; voir aussi Mousseron M. *Les inventions de salariés : la composition du droit des brevets et du droit du travail*, th. Montpellier, Litec 1995. Le régime spécial de ces inventions est organisé par la loi à travers l'article L 611-7 du CPI et étendu aux fonctionnaires et agents publics par les articles R 611-11 à R 611-14-1 du CPI. Ce régime supplétif s'applique « à défaut de stipulations contractuelles plus favorables au salarié ». Les inventions de salariés représentent aujourd'hui 90% des inventions brevetées. Il faut cependant noter que la question relève plus du droit du travail que du droit des brevets. Il n'empêche que le CPI a procédé à une classification en deux catégories : les inventions en mission et les inventions hors mission.

¹¹⁰⁷ Torsen M. « Indigenous communal moral rights », <http://www.ip-watch.org/weblog/index> , consulté le 14 décembre 2006 à 16h 20.

¹¹⁰⁸ Les frontières étaient déjà poreuses. Il suffit pour s'en convaincre de considérer les débats actuels sur la brevetabilité des logiciels (Colombet, S., « La brevetabilité des logiciels : un nouveau pont entre le droit d'auteur et la propriété industrielle », *JCP éd. E* 2001, aperçu rapide p. 1253- Bertrand A. et Deroisseaux G. « Le projet de Directive sur la brevetabilité des logiciels : la propriété industrielle peut-elle rester industrielle ? », *CCE* fév. 2000, Chron. 4 - Caron Ch., « Réflexions sur la coexistence du droit d'auteur et du droit des brevets sur le même logiciel » *RIDA* 2000, n° 184, p. 3 - Linant de Bellefonds, « La brevetabilité du logiciel ? », *A revoir, Com. élctr.* Janv. 2001, p ? 9). Il s'agit en l'occurrence de bien plus ; c'est un véritable abattage de cloison.

Paragraphe 1. Identification de la communauté traditionnelle.

Chercher à identifier la communauté traditionnelle en tant que personnalité juridique est en l'occurrence souhaitable mais pas nécessaire (A). Une telle recherche pose aussi la question de la transnationalité (B).

A. Une personnalité juridique souhaitable mais pas nécessaire.

La recherche d'une personnalité juridique dans le chef de la communauté traditionnelle, est soumise à certaines pesanteurs politique, ce qui contraint à adopter une conception fonctionnelle de la personnalité juridique de la communauté traditionnelle.

1. L'influence des pesanteurs politiques.

258. Une des propositions les plus largement relayées dans les discussions internationales a été de : « *faire de l'État le conservateur des intérêts et des droits des détenteurs de savoir-faire traditionnels, qu'il exercerait pour leur compte et dans leur intérêt; d'après certaines lois sur la concurrence déloyale et les indications géographiques, il appartient à l'État de faire directement valoir les intérêts des communautés* »¹¹⁰⁹. Le Projet de convention de l'UNESCO sur le patrimoine culturel immatériel porte le stigmate de cette volonté de mettre les communautés traditionnelles sous tutelle de l'Etat en ce qui concerne l'exercice des droits dont il s'apprête à reconnaître l'existence. L'on peut ainsi lire sous la plume de Mme LANKARANI, commentant ce projet de convention, qu'il n'était « *conféré aucun droit particulier aux communautés, hormis le droit à l'identification de leur patrimoine* »¹¹¹⁰.

Or, moins que des droits qui seraient conférés aux Etats par l'article 4 dudit Avant-projet de convention¹¹¹¹, ce sont une série d'obligations¹¹¹² qui sont mises à la charge des Etats. L'habilitation que leur donne le texte de l'UNESCO, peut être tout au plus considérée comme fondatrice d'un pouvoir que l'Etat va exercer sur le patrimoine culturel immatériel. Dans ce sens, l'Etat ne serait que

¹¹⁰⁹ Document WIPO/ GRTKF/IC/6/4 p. 35, issu de la Sixième session du Comité (Juillet 2004)

¹¹¹⁰ Lankarani L., « L'avant-projet de convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel, évolution et interrogations », précité p. 644.

¹¹¹¹ Qui dit entre autres que : « chacun des Etats partie reconnaît qu'il lui incombe d'assurer la sauvegarde du patrimoine culturel des communautés vivant sur son territoire... en ayant recours à ces propres ressources. »

¹¹¹² Ces obligations consistent en l'adoption de mesures dont la force contraignante effective, n'est pour l'instant pas décisive Cf. articles 1 et 5 qui suggèrent la qualification de *soft law* pour les dispositions concernées.

le conservateur des intérêts et des droits¹¹¹³ d'une personne qui lui est distincte et qu'il est en définitive ardu de caractériser.

259. La notion de peuple ne permet pas d'aller plus loin dans la recherche d'une personnalité juridique car en droit international, celle-ci se dissout dans l'Etat¹¹¹⁴. L'on aurait pu espérer une visibilité plus cohérente de cette notion, spécialement dans des textes relatifs aux droits de l'homme comme la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Il est à noter que cet instrument qui se singularise par des droits directement reconnus aux peuples ne permet pourtant pas une subjectivisation véritable du peuple. Tant et si bien qu'après avoir déployé des trésors d'interprétation et d'exégèse, M. Fatsah OUGERGOUZ, dans sa thèse consacrée à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, finit par conclure sur la notion de peuple¹¹¹⁵ qu'il « *ne peut valablement désigner que quatre types d'entités renvoyant chacun à une réalité différente : le peuple-Etat (ou l'ensemble des nationaux d'un Etat), la population d'un Etat (ou l'ensemble des habitants d'un Etat), l'ethnie (ou la communauté humaine intégrée dans un ou plusieurs Etats), et les peuples sous domination coloniale ou raciale.* »¹¹¹⁶ Le mot peuple, poursuit l'auteur, est un *terme-caméléon* qui serait dans la Charte africaine, « *une entité sociale à géométrie variable ; géométrie définie par le droit qu'il s'agit de mettre en œuvre* »¹¹¹⁷. Les peuples se voient pourtant reconnaître par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples¹¹¹⁸, un « droit à l'existence » qui ne peut « vraisemblablement »¹¹¹⁹ être que physique.

La Législation modèle de la même Organisation de l'Unité Africaine (OUA)¹¹²⁰ de 2000, ne semble pas conférer non plus une personnalité juridique à la communauté locale, bien qu'elle en propose une définition¹¹²¹ et qu'elle lui confère des droits¹¹²² sur des connaissances¹¹²³.

¹¹¹³ C'est nous qui soulignons.

¹¹¹⁴ Pour Cl. Nigoul et M. Torrelli : « le peuple est à l'état ce que la chrysalide est au papillon : une phase de métamorphose. Une fois celle-ci accomplie, il s'efface, l'Etatisation le sublime « ; voir aussi A-J. A. Salmon (*Droit des peuples et droit des états dans les réalités du droit international contemporain*, Reims CERL, 1977, p. 217 et s.) « le statut de peuple, pour les peuples colonisés apparaît comme une étape transitoire. Le peuple n'attend qu'une chose : c'est devenir un Etat, honneur suprême concrétisé par l'admission aux nations unies. » *Les mystifications du nouvel ordre international*, Paris PUF 1984, 53 p.109

¹¹¹⁵ En considérant à la fois : « la lettre, toute la lettre et l'esprit de cet instrument »

¹¹¹⁶ Ougergouz, F., *La charte africaine des droits de l'Homme et des peuples : une approche juridique des droits de l'Homme entre tradition et modernité*, 1^{ère} édition, PUF, 1993, p.138.

¹¹¹⁷ Ougergouz, F., précité, p. 139

¹¹¹⁸ Article 20 de la Charte ADHP : « Tout peuple a droit à l'existence ».

¹¹¹⁹ Ougergouz, F., précité p. 144

¹¹²⁰ Encore appelée Loi-Type africaine dans nos précédents développements.

¹¹²¹ Selon ce texte : « Local Community is a human population in a distinct geographical area, with ownership over its biological resources, innovations, practices, knowledge, and technologies governed partially or completely by its own customs, traditions or laws ».

¹¹²² Selon ce texte : « Community Rights are those rights held by local communities over their biological resources or parts or derivatives thereof, and over their practices, innovations, knowledge and technologies.

260. En droit interne français, le principe constitutionnel de l'indivisibilité du peuple¹¹²⁴ fait obstacle à la spécification d'une communauté traditionnelle qui soit titulaire de droits. Le droit à l'autodétermination¹¹²⁵ des peuples proclamé dans les Pactes onusiens incite pourtant à en adopter une conception inverse, même si l'idée fait de plus en plus son chemin, notamment en ce qui concerne les peuples autochtones, de reconnaître à ce droit, un contenu en totale conformité avec l'*impérium* de l'Etat¹¹²⁶. L'on a proposé ainsi d'en faire, au plan interne un principe de démocratie participative.¹¹²⁷

¹¹²³ Selon le même texte " *Community Knowledge or indigenous knowledge is the accumulated knowledge that is vital for conservation and sustainable use of biological resources and/or which is of socio-economic value, and which has been developed over the years in indigenous/local communities*".

¹¹²⁴ La décision du conseil constitutionnel du 9 mai 1991 « statut corse » a affirmé que la constitution ne « connaît que le peuple français composé de tous les citoyens français, sans distinction de race ou de religion ». Sans reprendre les controverses et les analyses auxquelles a donné lieu cette décision (voir cependant sur cette décision le dossier paru à la *Revue Française de Droit Constitutionnel* n°7-1991 p. 475 et s.), il suffit de remarquer que le conseil a fondé sa censure de l'expression « peuple corse » sur deux arguments : d'une part le « concept juridique de peuple français a valeur constitutionnelle » car il figure dans plusieurs textes constitutionnels actuellement en vigueur et il s'inscrit dans la même tradition constitutionnelle française. Le pouvoir législatif n'a donc pas compétence pour intervenir sur ce sujet. D'autre part, en se référant à l'article 2 al. 1 de la constitution qu'il cite intégralement, le conseil constitutionnel affirme qu'il n'y a qu'un seul peuple français nécessairement constitué de tous les citoyens français sans distinction de race, d'origine ou de religion. » (Favoreu L., et alii, *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 2^{ème} édition 1999, p. 482). La France en adhérant au PIDCP a émis une réserve de principe, s'agissant de l'article 27 qui dispose que « dans les états où il existe des minorités ethniques, religieuses ou ethniques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue. » Pour des raisons identiques l'article 30 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant a fait l'objet d'une réserve (publiée par le décret n° 90-917 du 8 octobre 1990)

Le statut des Kanak en Nouvelle-Calédonie, a nécessité pour les mêmes raisons, une modification constitutionnelle et l'on ne peut dire que l'avancée que constitue pour la France la signature de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires constitue une véritable avancée en la matière puisque cette charte a été encadrée par le Conseil constitutionnel Décision n° 99-412 DC du 25 juin 1999 qui considère que les principes constitutionnels « s'opposent à ce que soient reconnus les droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de langue ou de croyances »

Le conseil réaffirme cette position dans sa décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999 relative à la charte européenne des langues régionales ou minoritaires.

¹¹²⁵ Un droit « à contenu multiple » (Economidès, C., « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », *Revue Hellénique de droit international*, 1957, p. 295 ; un droit à propos duquel il convient plus de « rechercher la part du droit qu'à décrire dans tous ses détails un droit bien établi et fortement construit. » (Guilhaudis, J-F, le droit positif à l'autodétermination, in *Le droit à l'autodétermination*, actes du colloque international organisé par l'IEHEI, Saint Vincent 2-5 décembre 1979, Presses d'Europe 1980, p. 13) Il existe des conceptions plus optimistes. Dans ce sens voir : Calogeropoulos-Stratis, G. *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Bruylant, 1973. Sur le droit des peuples, on peut encore consulter Guilhaudis J-F, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, Presse universitaires de Grenoble, 1976 ; Fall, I, *Contribution à l'étude du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en Afrique*, Th. Paris 1, multigraphiée.

¹¹²⁶ Document E/CN.4/2000/84 « Questions relatives aux populations autochtones » du 6 décembre 1999 § 56 « Le représentant de l'Équateur a indiqué que la notion d'autodétermination, telle qu'elle figurait dans le projet, n'était pas équivalente au principe de l'autodétermination au plan international et n'impliquait pas le démembrement territorial des États. Il a noté que les déclarations des représentants autochtones avaient confirmé cette interprétation. Il reconnaissait que l'autodétermination constituait le moyen de préserver les cultures et les communautés autochtones ».

¹¹²⁷ Document E/CN.4/2000/84 « Questions relatives aux populations autochtones » du 6 décembre 1999 § 53 : « Le représentant du Brésil a noté que la notion d'autodétermination était en train d'évoluer pour s'adapter à un nouvel environnement. Son pays concevait l'autodétermination comme le droit des peuples autochtones de participer pleinement aux décisions qui les concernaient. Il a relevé les déclarations selon lesquelles la notion d'autodétermination respectait l'intégrité territoriale des États. » Voir aussi : Document E/CN.4/2000/84 « Questions relatives aux populations autochtones » du 6 décembre 1999 § 55. « Plusieurs représentants autochtones ont donné des exemples illustrant la manière dont leur communauté exerçait le droit à l'autodétermination sur le plan interne. Le représentant de la Nation navajo

Comme préalable à cette idée, il convient de pacifier les relations des peuples désirant exercer leur droit à l'autodétermination interne au sein de l'Etat. A ce propos, Mlle Armelle GUIGNIER¹¹²⁸ écrit : « *L'autodétermination interne se rapproche d'une autonomie gouvernementale, politique au sein même de la structure étatique existante* »¹¹²⁹. De même, pour les Nations Unies : « *La réalisation de ce droit ne devrait pas constituer une menace pour l'intégrité territoriale de l'Etat où sont situées les terres des peuples* »¹¹³⁰. La concrétisation d'une telle autonomie passerait ainsi par la création d'institutions juridiques, politiques et administratives propres, afin notamment de contrôler l'utilisation de leurs terres. C'est une manière de concrétiser les droits trop souvent réitérés mais non appliqués en raison de l'absence de structures et d'autorités leur assurant un pouvoir de décision et un certain contrôle. Cette dynamique s'inscrit ainsi pacifiquement dans le cadre étatique¹¹³¹.

Pourtant, cela ne suffit pas à calmer l'hostilité des Etats au concept d'autodétermination des peuples et communautés infra étatiques¹¹³². Tout au plus peut-on de ce point de vue, recourir au statut des minorités mais nous changerions là de grille de lecture car les savoir-faire traditionnels ne sont pas des réalités exclusives aux minorités¹¹³³. De plus, ces dernières ne sont pas plus que les peuples, dotées de la personnalité juridique¹¹³⁴. Tout au plus leur reconnaît-on des intérêts. Ainsi, pas plus que les précédentes, la notion de minorité ne nous permettra de caractériser une personnalité juridique. La crainte est persistante et « *la problématique des minorités secrète des comportements*

a fait savoir que ...ce droit était le fondement sur lequel reposaient tous les autres droits. Il a noté aussi que, sans autodétermination, les peuples autochtones ne pouvaient pas exercer réellement le droit de pratiquer leur religion, le droit de vivre en harmonie sur leurs terres et territoires et le droit de mettre en valeur et d'exploiter leurs ressources naturelles. Comme preuve de l'autodétermination, la Nation navajo disposait d'un traité avec les États-Unis d'Amérique, ratifié par le Sénat américain. Par cette mesure, le Gouvernement des États-Unis avait décidé d'avoir avec le peuple navajo des relations d'égalité ».

¹¹²⁸ Guigner, A., *Le rôle des peuples autochtones et des communautés locales dans le développement durable : figurants ou acteurs*, Mémoire présenté pour l'obtention du diplôme de DEA de droit de l'environnement, PULIM, 2004, p.127

¹¹²⁹ Fenet A., *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Editions Bruylant, 2^{ème} édition, 2000, p.68

¹¹³⁰ Recommandation relative à l'autonomie et à l'autogouvernement des autochtones, Réunion d'experts de l'ONU, Nuuk, 1991, citée p.25, Zinsser J., *Les peuples autochtones et le système des Nations unies, Un nouveau partenariat*, Editions UNESCO, 1996

¹¹³¹ Des avancées en ce domaine sont à noter, en particulier dans les pays circumpolaires (Canada et la création de la province du Nunavut en 1999 et la proclamation de l'autonomie gouvernementale des Inuits ; Laponie et création des parlements Sami en Norvège, Suède, Finlande, mais pas en Russie ; Groenland et autonomie des Kalatdlit en 1979) mais aussi en Amérique du Sud (Nicaragua, depuis 1987, la région atlantique a été scindée en deux provinces autonomes. La région nord est majoritairement habitée par des indiens Miskitos »

¹¹³² Christakis T., *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires, Université D'Aix-Marseille III, Edition Monde Européen et international, 1999, p.611

¹¹³³ Cf. Introduction et Chapitre 1 sur la définition des savoir-faire traditionnels.

¹¹³⁴ Rigaux F., « Mission impossible : la définition de la minorité », *RTDH 1997*, p. 155 et s. Pour une étude plus récente et plus générale des difficultés de définition des minorités : Albert S., *La condition des minorités en droit international*, Thèse Paris 1, janvier 2003. Voir également Verhoven J., « Les principales étapes de la protection internationale des minorités », *RTDH*, 1997, p. 177 et s.

juridiques et doctrinaux fortement contrastés qui confinent, pour ses partisans, au militantisme, pour ses détracteurs, à la négation pure et simple, et ce parce qu'elle tend à remettre en cause les standards de la démocratie et le mode traditionnel de construction juridique de la nation. »¹¹³⁵

261. A l'identique, et si l'on tire argument du caractère subjectif du droit de propriété qui porterait sur le bien qu'est le savoir-faire traditionnel¹¹³⁶, il n'est pas certain que la recherche de la personnalité juridique de la communauté traditionnelle soit un succès. L'existence de la personnalité juridique, structurée et permanente de l'Etat, semble à tout point de vue, faire obstacle à la recherche de celle de la communauté traditionnelle, ce d'autant qu'à la souveraineté politique séculaire du premier s'est ajoutée, une souveraineté économique¹¹³⁷.

262. Pour parler de bien en droit il faut parler de personne juridique. L'existence de la seconde semble être à la première, ce qu'une face de monnaie est à l'autre. Si nous devions revenir à des schémas de réflexion et à des réflexes civilistes nous rechercherions dans un premier temps à localiser la personne juridique dont l'existence légitimerait la qualification de bien que nous avons retenue pour le savoir-faire traditionnel.

A bien scruter les catégories spéciales de biens, l'on se rend assez vite compte que toutes les catégories de biens ne demandent pas l'existence d'une personne juridique déterminée. Ainsi en est-il par exemple des biens de la communauté qui appartiennent à une entité dont la personnalité juridique reste largement controversée¹¹³⁸. Voir dans la communauté, une propriété commune s'est avéré incompatible avec le droit français¹¹³⁹ qui a rejeté ce concept,

¹¹³⁵ Pierre-Caps, S., V° minorité in *Dictionnaire de culture juridique*, Alland D., et Rials S., (Dir), p. 1030.

¹¹³⁶ Pour les développements sur la réification du savoir-faire traditionnel, voir Chapitre 3 de la présente Partie.

¹¹³⁷ Alors que l'Etat fut longtemps associé à la souveraineté politique, un droit de souveraineté économique fut affirmé dès le milieu du 20^{ème} siècle, avec le mouvement de décolonisation. Corollaire du droit à l'autodétermination (droit des peuples à disposer d'eux-mêmes), le principe de souveraineté sur les ressources naturelles, annonce le début du Nouvel Ordre Economique. Trois textes sont fondamentaux. Ainsi, en 1952, les Nations Unies, dans leur Résolution 523 (VI) affirment le droit des Etats à disposer librement de leurs richesses naturelles, conforté par une Résolution du 21 décembre (Résolution 626 VII) qui réitère le droit des peuples à utiliser et exploiter librement leurs richesses naturelles. L'évolution se poursuit par la Résolution 1803 du 14 décembre 1962, sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Ainsi le droit de souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'Etat intéressé. La Charte des droits et des devoirs économiques des Etats de 1976, affirme dans son article 2§1 que chaque Etat détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer. La Cour internationale de justice dans son avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, y verrait un principe coutumier du droit international public. Ce principe de souveraineté découle de l'égalité souveraine entre les Etats, proclamée par l'article 2§1 de la Charte des Nations Unies.

¹¹³⁸ Il est cependant acquis que la communauté n'est plus la propriété du mari comme a pu le soutenir Troullier (*Le droit civil français suivant l'ordre du code : 1823*, t., XII, n° 76) ; Cass. Soc., 21 déc. 1951 : *JCP G* 1952, II, 7014 note Ourliac et de Juglart.

¹¹³⁹ Il a été proposé d'appliquer à la communauté le notion allemande de propriété en main commune « Gesamtte hand » (Massé, *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans les précédents*

principalement pour des raisons systémiques qui se résument à la double maxime: « *une personne, un patrimoine* »¹¹⁴⁰ et « *pas de bien sans titulaire* »¹¹⁴¹. Il est alors possible de se demander si de telles raisons systémiques ont encore leur force évictrice dans le contexte marqué par le double sceau de l'internationalité et de la spécificité du débat concernant les savoir-faire traditionnels. Si le trouble systémique n'est pas insupportable, s'il est cantonné aux savoir-faire traditionnels, il nous semble que le concept de « *Gesammte hand* » peut être d'une utilité certaine d'autant qu'il correspond à la relation juridique que les lois coutumières instaurent entre les individus composant la société et l'ensemble que constituent les savoir-faire traditionnels.

L'adéquation du concept évoqué de « *Gesammte hand* » passe par deux aspects :

- Il permet en premier lieu de différer la question de la propriété à la dissolution de la communauté ainsi reconnue.
- Il permet dans un deuxième temps, de n'envisager sur l'ensemble que constituent les savoir-faire traditionnels, qu'une organisation de pouvoirs, sauf cas exceptionnels où des droits de propriété intellectuelle traditionnels sont « reconnus » à la communauté. Dans ce dernier cas il conviendra de préciser tout de suite que ces droits, en dehors de la proclamation d'une propriété, ne sont en réalité qu'une série de pouvoirs qui sont conférés à des organes traditionnels. La loi Indienne semble montrer, sinon le caractère accessoire, du moins le caractère facultatif de la désignation d'un titulaire du droit lorsqu'elle se contente simplement de définir le terme « bénéficiaire » comme couvrant : « les créateurs et détenteurs de savoirs et d'informations relatifs à l'utilisation des ressources biologiques, innovations et pratiques associées à ces utilisations et

historiques, Paris Boyer 1902). Cette doctrine a été importée par Salleilles (Etude sur l'histoire des sociétés en commandite, Annales de droit commercial 1895, p. 10 et 49). L'expression même de propriété en main commune ne laisse pas deviner sa profonde originalité et l'on pourrait trop vite y voir une forme d'indivision dont il faut pourtant le distinguer. Sur ce point essentiel v° Massé, thèse précitée, p. 70. La « *Gesammte hand* » allemande n'a eu en droit français que peu d'échos principalement à cause du principe d'unicité du patrimoine qui s'en accommode fort mal. En droit allemand il était possible d'imaginer un ensemble de biens qui soit la propriété de plusieurs personnes sans rentrer dans leurs propres patrimoines. La communauté est tellement étrangère au patrimoine personnel que l'existence de rapports entre les deux était envisagée par M. Meynal (« Le caractère juridique de la communauté entre époux, RTDCiv. 1903 spéc. p. 818) et qu'en cas de décès d'un des copropriétaires, sa part n'était pas comprise dans sa succession mais profitait par accroissement aux autres copropriétaires. Cette analyse, on le conçoit bien n'est tenable que si on admet qu'une personne puisse détenir plusieurs patrimoines et puisse distinguer entre les biens qui entrent dans son patrimoine personnel et ceux qui font partie d'une communauté possédée à plusieurs.

¹¹⁴⁰ En effet les critiques qui ont été adressées à cette thèse sont tout, sauf décisives si l'on excepte le dogme de l'unicité de patrimoine. Pour un critique historique V° Carbonnier J., thèse précitée, p. 277 ; pour une critique fondée sur la position hégémonique du mari dans la communauté, V° Juliot de la Morandière, Droit civil, Dalloz 3^{ème} édition 1967, n° 117, p. 69.

¹¹⁴¹ Cette deuxième raison systémique a principalement permis d'écarter la thèse défendue par Boulanger, Planiol et Ripert (Traité pratique de droit civil français, 2^{ème} édition 1957, t. 8, n° 155-156) qui propose de ne voir dans la communauté qu'une méthode d'organisation des pouvoirs sur des biens communs, repoussant ainsi toute question de propriété au moment de la dissolution du régime. S'il est toujours possible de parler d'affectation de la communauté aux charges du ménage (v° en ce sens, Malaurie Ph., Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Cujas, n° 35), la doctrine confesse bien volontiers « qu'il n'est pas possible laisser un bien sans titulaire » (Monnet J. Jurisclasseur éd. civ., 2001, Art. 1400 à 1403, Fasc.10, p. 12)

applications »¹¹⁴². C'est dans ce sens aussi qu'abonde le Pr DUTFIELD lorsqu'il écrit : « *Perhaps the most significant word of all, though, is 'holders', which may not imply ownership but minimally suggests the existence of legal entitlements* »¹¹⁴³. L'auteur propose ici de retenir le mot "détenteur" en tant qu'alternative à propriétaire. L'avantage selon lui, de cette adoption terminologique est de pouvoir édulcorer la nature du lien entre les prérogatives ou droits à exercer et la personne qui les exerce. Ce ne serait plus une titularité du droit mais une simple habilitation à exercer de tels droits ou prérogatives.

Ainsi, cette difficulté fondamentale que constitue la prise en compte du phénomène étatique dans la recherche de la personnalité juridique de la communauté traditionnelle ouvre-t-elle la voie à une approche fonctionnelle de cette dernière.

2. La conception fonctionnelle de la personnalité juridique de la communauté traditionnelle.

264. Il est édifiant de constater la tergiversation terminologique de l'OMPI en la matière. Le Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore, dans ces travaux les plus récents, utilise encore cumulativement : « *titulaires, propriétaires, dépositaires ou bénéficiaires des droits* »¹¹⁴⁴ pour désigner la personne juridique que nous cherchons à identifier dans cette subdivision de notre étude. L'utilisation du conditionnel pour désigner le titulaire des droits originels est révélatrice d'un malaise dans lequel les instances internationales de discussion ainsi que la doctrine naissante se trouvent encore plongées par les différentes législations nationales et régionales. En règle générale, soutient le Comité, « *ce seraient donc les communautés, et non les individus, qui seraient investies des droits attachés aux savoir-faire traditionnels, bien que ces droits, y compris les droits classiques de propriété intellectuelle, soient reconnus individuellement aux auteurs d'innovations ou aux créateurs d'œuvres originales.* »¹¹⁴⁵ Ainsi, les savoir-faire sont-ils généralement considérés comme le produit collectif de la communauté détentrice, même si les auteurs d'innovation ou les détenteurs de savoir-faire

¹¹⁴² Loi sur la diversité biologique de 2002, art. 2.a

¹¹⁴³ Dutfield, G. "The Public and Private Domains: Intellectual Property Rights in Traditional Ecological Knowledge", WP 03/99, OIPRC *Electronic Journal of Intellectual Property Rights*, <http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0399.html> consulté le 10 avril 2006.

¹¹⁴⁴ Document WIPO/ GRTKF/IC/6/4 p. 35, issu de la Sixième session du Comité (Juillet 2004)

¹¹⁴⁵ Pour des observations techniques sur la détermination des titulaires de droits, voir les déclarations de l'Afrique du Sud (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 225), du Brésil (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 210), de la Communauté andine (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 240), de la Fédération de Russie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 144), du groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/3/5, annexe, page 5, par. 1.c), de la Thaïlande (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 135), du Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 216) et de la Zambie (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 232).

traditionnels peuvent individuellement et personnellement bénéficier de droits distincts au sein de la structure communautaire. Si l'on suit la logique de la déclaration, l'on ne peut nier qu'il existe dans la conception dominante, deux sortes de titulaires de droits portant sur le même objet qui pourtant, ne se confondent pas :

- Les titulaires originels de droits, les communautés traditionnelles qui **devraient** « être dotés¹¹⁴⁶ de la personnalité morale aux fins des procédures judiciaires, y compris pour faire valoir leurs droits »¹¹⁴⁷, et

- les titulaires individuels de droits, y compris les droits classiques de propriété intellectuelle, qui sont distincts des premiers.

Une seule de ces deux catégories de titulaires est effectivement dotée d'une capacité autonome et identifiée d'exercice des droits qui lui sont reconnus, puisque seuls les titulaires individuels sont dotés de la personnalité juridique. Les droits des titulaires individuels ou institutionnels sont ainsi à distinguer fondamentalement de ceux de la communauté traditionnelle. La défense des premiers correspondrait à celle d'un droit subjectif distinct du droit de la communauté traditionnelle. Pour qu'une personne ou une institution puisse exercer un droit, il faut qu'elle puisse justifier de la titularité de ce droit. Or, le droit portant sur le savoir-faire traditionnel étant collectif, est en tant que tel indisponible dans le patrimoine des individus. Ce qui fait que les individus et les institutions ne peuvent, en principe, agir en tant que titulaires du droit collectif sur le savoir-faire traditionnel. Ils peuvent en revanche agir pour défendre leur propre droit de propriété, que celui-ci soit intellectuel ou non¹¹⁴⁸.

Pour ce qui est de la personnalité juridique des communautés traditionnelles, la question est loin d'être tranchée. Elle est bien souvent éludée. La non reconnaissance d'une personnalité juridique aux communautés est un obstacle à une protection plus énergique de ce que, pourtant l'on s'accorde à appeler « *patrimoine culturel immatériel* »¹¹⁴⁹.

265. Afin de contourner cette difficulté, l'on soutient que lorsque le « droit » attaché aux savoir-faire traditionnels se résume essentiellement à celui de pouvoir demander certaines réparations et mesures judiciaires, il n'est pas toujours indispensable de désigner un titulaire particulier, et il est parfois

¹¹⁴⁶ Une telle dotation serait le préalable idéal à l'investiture des prérogatives dont il est question dans la note précédente.

¹¹⁴⁷ Document WIPO/ GRTKF/IC/6/4 p. 35, issu de la Sixième session du Comité (Juillet 2004).

¹¹⁴⁸ Il faut cependant excepter les cas où il n'est pas nécessaire que la propriété intellectuelle soit détenue séparément par des titulaires de droits distincts. Les marques collectives et les marques de certification peuvent être protégées au nom d'un groupe de bénéficiaires. Certaines formes de protection de la propriété intellectuelle, telles que les indications géographiques, n'exigent pas non plus de propriétaires « distincts » et peuvent être administrées par l'État, au nom de groupes de producteurs remplissant les conditions requises.

¹¹⁴⁹ Lankarani L., « L'avant-projet de convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel, évolutions et interrogations », *AFDI* 2002, pp. 225-256 et la très riche documentation citée.

possible de déterminer les parties intéressées ou lésées qui ont qualité pour entreprendre des poursuites. Les normes internationales illustrent cette approche lorsqu'elles font état des obligations de prévoir « *les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher* » certaines actions¹¹⁵⁰ et de « *prévoir des mesures pour permettre aux syndicats et associations ... d'agir en justice ou auprès des autorités administratives* »¹¹⁵¹. Il en est de même pour les législations nationales sur les savoirs traditionnels qui ne définissent pas toujours les bénéficiaires de la protection comme les titulaires de droits de propriété incorporelle distincts, bien que certaines établissent des droits distincts, soit par l'enregistrement soit par la protection automatique. L'on peut noter dans ce sens que certaines lois¹¹⁵² désignent les titulaires de droits par des formules telles que « *communautés locales* », « *peuples autochtones* » ou une association de celles-ci.

Le règlement chinois sur la protection des variétés de la médecine traditionnelle chinoise fait uniquement état des « *fabricants* »¹¹⁵³. La loi indienne de son côté, paraît plus pertinente car elle contourne l'obstacle en ne définissant pas les titulaires de droits mais les « *bénéficiaires* », terme qui selon ses dispositions, englobe les « *créateurs et détenteurs de savoirs et d'informations touchant aux ressources biologiques* ». D'autres lois comportent des définitions non limitatives telles que : « *toute personne ayant fait enregistrer ses droits de propriété intellectuelle sur des données médicinales traditionnelles thaïlandaises* »¹¹⁵⁴ et « *toute personne physique ou morale, tant publique que privée, portugaise ou étrangère* »¹¹⁵⁵. Dans le domaine de la désignation d'un titulaire des droits portant sur le savoir-faire traditionnel, la loi du Costa Rica se distingue notablement des autres en ce qu'elle dispose que la titularité des droits de propriété intellectuelle *sui generis* des communautés est déterminée par un processus participatif. Sous cette expression en apparence anodine se cache une illustration de la conception réticulaire du droit et des normes juridiques soutenue dans le chapitre 2 de la présente partie. Ce processus participatif n'est, en réalité, autre chose qu'un moyen politique d'organiser une représentation de la communauté traditionnelle. C'est surtout un moyen de prendre en compte les modalités traditionnelles de désignation ou de représentation des communautés traditionnelles.

¹¹⁵⁰ Article 22 de l'Accord sur les ADPIC.

¹¹⁵¹ Article 10ter de la Convention de Paris.

¹¹⁵² Al'instar de la loi Brésilienne qui parle de « **communautés autochtones et locales** » (art. 8 et 9). Elle en donne la définition suivante: « un groupe humain qui se distingue par ses caractéristiques culturelles, s'organise traditionnellement à travers des générations successives et selon ses propres coutumes et préserve ses institutions sociales et économiques » (art. 7.III)).

¹¹⁵³ Loi sur les brevets de 2000 et le règlement sur la protection des espèces de la médecine chinoise traditionnelle.

¹¹⁵⁴ Loi Thaïlandaise précitée.

¹¹⁵⁵ Loi Portugaise précitée.

266. La porte serait-elle dans ce cas laissée ouverte à des modes totalement atypiques d'organisation et de représentation de la communauté traditionnelle?

L'obligation de conformité objective à laquelle se trouvaient jusque là confrontées les représentations qualifiées d'inopérantes vont-elles se retrouver validées grâce à la raison pratique qui ici n'est plus celle du champ juridique de destination (le droit de propriété intellectuelle, le droit civil et leurs mécanismes de représentation) mais bien celle de la communauté traditionnelle et des règles coutumières qui la gouvernent?

Ces interrogations semblent devoir recevoir une réponse affirmative; et dans ce cas, la réception/reconnaissance¹¹⁵⁶ par le champ juridique du droit civil et plus précisément de la propriété industrielle peut paraître surprenante. Elle constituerait en effet, une sorte de frontière ouverte et sans contrôle. Le système juridique de destination en tant que complexe cohérent et ordonné qui s'autoperennise s'en trouverait menacé si ce mode de réception devait se multiplier et se généraliser. Cependant, l'existence en tant que telle de ce mode de réception n'est pas aussi anachronique et inconcevable que cela peut paraître. La chambre criminelle de la Cour de cassation française vient d'en donner une illustration fort intéressante à l'occasion d'un arrêt rendu le 3 janvier 2006 dans une affaire qui concernait la preuve de la désignation du représentant d'un parti politique en vue d'agir en justice.¹¹⁵⁷ A la faveur d'un renouveau¹¹⁵⁸ au sein de la chambre civile de la thèse de la « réalité de la personnalité morale », la chambre criminelle vient de consacrer une totale liberté des partis politiques en l'occurrence de désigner leurs représentants en justice. L'essentiel des faits ayant conduit au litige est le suivant: s'estimant victime de propos injurieux, reproduits sur un site internet et attribués au Président du CRIF, lors d'une réunion publique, la LCR a chargé un de ses membres désigné selon des modalités qui lui sont propres de porter plainte en son nom et de se constituer partie civile.

267. Devant les juridictions, l'auteur des propos incriminés a soutenu que la constitution de partie civile était irrecevable à défaut d'un mandat régulier de représenter la personne morale visée par les propos injurieux. Cet argument a convaincu la chambre de l'instruction qui a estimé en substance que dans le silence des statuts du parti politique sur la délivrance des mandats pour l'exercice d'une action en justice, il convenait d'appliquer le droit commun du mandat exigeant un écrit.

¹¹⁵⁶A l'inverse d'une réception/validation

¹¹⁵⁷Cass. Crim., 3 janvier 2006, Ligue Communiste Révolutionnaire c/ Conseil Représentatif des Institutions juives de France. Pourvoi n° 04-85.991

¹¹⁵⁸Cass. Civ., 1ère 18 janvier 2005, *Dr. Sociétés* 2005, comm. N° 86, note F-X Lucas, *JCP G.* 2006. I. 115, n° 10 obs. J-J Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker.

Sur pourvoi formulé contre cette décision d'irrecevabilité de la chambre de l'instruction, la haute juridiction a jugé que : « *la vérification de la qualité de cet organe représentatif se fait par tous moyens selon les règles propres de fonctionnement dudit parti.* » Cette solution a été approuvée sans ambages par le Pr Jean-François BARBIERI qui y a vu l'affirmation que : « *le représentant est un organe interne que la personne morale a spécialement investi du pouvoir de s'exprimer en son nom* ». ¹¹⁵⁹ Les critères d'une telle solution sont selon l'auteur : l'existence d'une personne morale et le silence de la loi quant à la désignation de son représentant.

Or, dans le cas de la communauté traditionnelle, cette personnalité morale semble faire défaut. Ceci ne rend pas l'espèce totalement irrelevante par rapport à notre problématique. En effet, une lecture combinée des deux critères ci-dessus mentionnés révèle d'abord une lacune de la loi dans l'organisation d'une structure, le parti politique, dont l'existence est cependant reconnue par le système juridique ¹¹⁶⁰. Elle révèle aussi une acceptation du juge de prendre en compte une situation juridique qui s'est constituée en violation des dispositions de la loi qu'il est chargé d'appliquer. La chambre criminelle a en cela suivi l'argumentation du pourvoi qui estimait que « *le processus interne de désignation du représentant de la personne morale n'intéresse qu'elle et ses membres qui ont seuls qualité pour contester éventuellement une désignation non conforme à ce processus.* » ¹¹⁶¹ En se refusant une telle compétence de contrôle, le juge judiciaire dénie par là même qualité à tout tiers pour élever une protestation dès lors que cette désignation ne leur occasionne aucun grief particulier ¹¹⁶². Cette vision contractuelle de l'univers interne du parti politique autorise une transposition du raisonnement *mutatis mutandis* à la communauté traditionnelle qui pourrait par le biais de cette acceptation sélective désigner, selon des modalités qui lui sont propres et selon les nécessités de la protection recherchée, les titulaires des droits pouvant porter sur les savoir-faire traditionnels.

Ainsi, bien que le titulaire originel de droit, la communauté traditionnelle ne possède pas la personnalité juridique, il lui est possible d'organiser une sorte de **représentativité ad hoc** pour défendre son droit, qu'il soit de propriété intellectuelle ou qu'il soit d'une autre nature. De plus l'énumération un peu

¹¹⁵⁹ Barbiéri, J-F., « La représentation d'un parti politique en justice relève des règles propres au fonctionnement de ce parti et non du droit du mandat », *Petites Affiches* n° 93 du 10 mai 2006, p. 12.

¹¹⁶⁰ Les partis politiques sont en effet des groupements qui jouissent de la liberté de formation et d'exercice que proclame l'article 4 de la constitution française. Sa personnalité juridique propre est quant à elle organisée par la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 qui consacre en son article 7 une reconnaissance expresse et sans besoin d'accomplir une quelconque formalité.

¹¹⁶¹ Barbiéri, J-F., Chronique précitée, *Petites affiches*, du 10 mai 2006, p. 13

¹¹⁶² Ce faisant, le pourvoi, suivi en cela par la chambre criminelle consacre la vision tirée de l'article 1165 du code civil qui considère que « La création de la personne morale et son fonctionnement s'imposent aux tiers comme un fait juridique. Il ne leur appartient pas de s'immiscer dans ce fonctionnement, pas davantage que dans l'exécution d'un contrat dont il ne résulte aucun grief pour eux. »

désordonnée des titulaires originels de droits portant sur les savoir-faire traditionnels, entretient l'illusion que ceux-ci peuvent être de natures diverses. Or, il n'en est rien car cette titularité est collective et ne correspond pas toujours à un droit de propriété intellectuelle.

Pourtant, la question de la titularité demeure vivace dans les esprits et questionne même parfois les limites matérielles de l'Etat.

B. La question de la transnationalité.

La question de la transnationalité, encore évoquée sous l'expression savoir-faire régionaux sera dans un premier temps présentée avant que nous tentions de la résoudre.

1. Position du problème de la transnationalité.

268. Elevée au rang de question conceptuelle par le Comité intergouvernemental de l'OMPI, le problème des « *savoirs régionaux* »¹¹⁶³ correspond à une hypothèse spécifique assez répandue dans la réalité à cause du caractère collectif du savoir-faire traditionnel.

Dans les faits, les communautés traditionnelles débordent souvent des strictes limites d'un seul Etat¹¹⁶⁴. Il arrive aussi que les communautés d'un même pays se voient reconnaître des droits qui éventuellement se chevauchent sur le même savoir-faire traditionnel. Comment traiter des revendications concurrentes à l'égard de savoir-faire traditionnels identiques ? Comment départager deux communautés par exemple qui revendiquent des droits sur des savoir-faire similaires.

Les données du problème demandent d'être précisées dans ce contexte où nous recherchons à cerner l'identité du ou des titulaires des prérogatives afférentes au savoir-faire traditionnel. Ainsi pouvons-nous continuer un recensement des interrogations juridiques qui émergent des situations envisagées. Une autre variante du problème est le cas assez fréquent où « *les éléments du savoir traditionnel sont communs à plusieurs pays dont certains peuvent être*

¹¹⁶³ Pour reprendre la formulation contenue dans le document OMPI/GRTKF/IC/1/3 p. 26

¹¹⁶⁴ Le découpage de l'Etat étant le fruit du hasard et de la force, rares sont les frontières qui correspondent à des limites ethniques ou à des limites de volonté. En glosant sur le mot « peuple » F. Capotorti cité par Héraud G., (« Modèle pour une application générale du droit d'autodétermination » in *Le droit à l'autodétermination*, actes du colloque international organisé par l'IEHEI, Saint Vincent 2-5 décembre 1979, Presses d'Europe 1980, p. 56), incline à refuser à ces derniers la qualité de peuples au sens du droit international public mais de simples « fragments de peuples »

*partie à un traité international sur la protection des savoirs traditionnels et d'autres non ».*¹¹⁶⁵

Quel est le critère déterminant pour prendre en charge de telles situations? Faut-il par exemple partir de l'objet revendiqué et considérer que tous ceux qui le détiennent à l'identique sont *de facto* des copropriétaires? Doit-on se contenter, dans un pareil cas, d'un savoir-faire similaire, en faisant ici application de la théorie de l'équivalent¹¹⁶⁶ connue par ailleurs pour ses effets protecteurs¹¹⁶⁷? Comment déterminer les critères et procédures à appliquer pour déterminer si un élément du savoir traditionnel est national ou régional? Quels sont les moyens permettant de résoudre les litiges susceptibles de naître de ce type de décisions.¹¹⁶⁸

269. Les problèmes juridiques relatifs à la recherche d'un titulaire, que l'on vient d'évoquer se doublent de difficultés liées à l'application uniforme des règles coutumières.

En effet, la question de la transnationalité vient faire partiellement échec à l'application des usages coutumiers qui doivent faire face à une limite importante que M. Brendan TOBIN restitue en ces termes: « *Le droit coutumier permet certainement de régler l'utilisation locale des ressources et des savoirs traditionnels. Toutefois, il est très clair qu'il existe des limites à l'application du droit et des usages coutumiers en dehors des zones qui sont sous le contrôle des communautés autochtones et locales, et que cela réduit l'efficacité avec laquelle le droit coutumier peut protéger les droits sur les savoirs traditionnels* »¹¹⁶⁹.

La multiplicité et les spécificités localisées des règles coutumières font que leur application est rendue délicate à un point tel que certaines organisations chargées de la promotion des intérêts des communautés traditionnelles ont dû à la réalité de reconnaître que : « *Les peuples autochtones possèdent leurs propres systèmes de jurisprudence, particuliers à chaque localité, en ce qui concerne le*

¹¹⁶⁵ « La protection des savoirs traditionnels en Afrique », *Revue de l'OMPI*, janvier 2002, p. 15.

¹¹⁶⁶ Dont les mécanismes sont basés sur les articles L 613-12 du code de la propriété intellectuelle française, et 69 de la convention sur le Brevet européen. Ce dernier texte bénéficie d'un protocole interprétatif qui vise à fournir les indications sur l'application de cet article et sur sa transposition dans les lois nationales. D'un maniement très délicat, la théorie de l'équivalent, telle qu'appréhendée par la Conférence diplomatique en vue de la révision de la convention sur le brevet Européen qui s'est tenue à Munich le 29 novembre 2000 a remis en cause les critères de l'équivalence tels qu'appliqués traditionnellement par la jurisprudence française. Celle-ci, à l'occasion d'un arrêt de la Cour d'Appel de Paris, avait invité les diplomates à : « faire part de leurs observations sur l'application éventuelle aux faits de l'espèce des critères d'appréciation de l'équivalence ci-dessus mentionnés » (CA Paris, 29 septembre 2000, *Affaire Babyrelax contre Ampafrance France*)

¹¹⁶⁷ Notamment matière d'appréciation de la contrefaçon de brevet ou plus largement de droits de propriété intellectuelle.

¹¹⁶⁸ Ibidem.

¹¹⁶⁹ Tobin, B. « Le droit coutumier comme fondement du consentement préalable en connaissance de cause des communautés locales et autochtones », *Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation, Compte rendu des discussions*, p. 228 Cuernavaca, Mexique, 24- 27 octobre 2004. CONABIO et Environnement Canada, Mexique. Courriel : tobin@ias.unu.edu

classement des différents types de savoir, les procédures appropriées à suivre pour l'acquisition et le partage des connaissances, et les droits et les devoirs qui s'attachent à la possession des connaissances, chacun de ces aspects trouvant une expression unique enracinée dans chaque culture et dans sa langue.»¹¹⁷⁰.

La recherche d'une spécificité dans les règles coutumières en tant que « donné » juridique apparaît ainsi comme une entreprise vouée à demeurer localisée et partant, non généralisable à la notion que l'on tente de construire¹¹⁷¹. En revanche, considérer la source coutumière comme une « source concourante »¹¹⁷² à la caractérisation de la notion de savoir-faire traditionnel permet de donner une amplitude créatrice à la méthode aristotélicienne. Une telle démarche nous met à même de n'emprunter à la source coutumière, cette fois entendue au sens générique, que les caractéristiques essentielles¹¹⁷³, qui fédèrent les savoir-faire traditionnels au delà de toute considération de lieu¹¹⁷⁴. Un niveau de généralité suffisant à la construction d'une notion pourrait être atteint si l'on remontait au niveau des: « *principes sous-jacents du droit et des usages coutumiers qui pourrai(en)t faciliter la définition des notions générales, qui pourraient à leur tour aider à définir un ensemble de principes équitables sur lesquels il serait possible de s'appuyer* »¹¹⁷⁵ pour régler des questions ultérieures telles que le partage des avantages résultant de l'exploitation¹¹⁷⁶ ou encore le consentement préalable donné en connaissance de cause¹¹⁷⁷ ou « *Prior informed consent* » en anglais. Des problèmes administratifs et de répartition de bénéfices peuvent également se poser que nous renvoyons à nos développements sur l'exploitation des savoir-faire traditionnels.¹¹⁷⁸

¹¹⁷⁰ Le Conseil des points Cardinaux, cité par Tobin, B., « Le droit coutumier comme fondement du consentement préalable en connaissance de cause des communautés locales et autochtones », loc. cit. p.229.

¹¹⁷¹ Voir Lewinski (von) S., Article précité *Propriétés intellectuelles*, Janvier 2005, n° 14, qui estime que : « la très grande diversité du droit coutumier qui varie selon les communautés concernées ne facilite pas la recherche d'une solution satisfaisante prenant en compte tant les intérêts des indigènes que ceux des industries occidentales » ; Voir à l'égard des aborigènes australiens, Ellinson, D., « *Unauthorised reproduction of traditional Aboriginal art* », *UNSW Law journal* 1994, vol. 17, n° 2, p. 338.

¹¹⁷² Ce que Silke Von Lewinski (Article précité p. 28) appelle encore : « *en tenir compte dans le domaine du droit applicable au sens large* ».

¹¹⁷³ Au sens strict : ce qui participe de l'essence.

¹¹⁷⁴ Une notion a pour vocation de constituer le genre prochain d'une prochaine différenciation définitoire. Pour cela, elle a une obligation épistémologique de fédérer ou du moins de contenir une pluralité de réalités. Celles-ci, le moment arrivé, seront autant de point de départ pour la création de sous catégories. Cette vision cytologique de la définition en droit trouve ici une illustration particulière.

¹¹⁷⁵ Tobin, B. « Le droit coutumier comme fondement du consentement préalable en connaissance de cause des communautés locales et autochtones », Communication présentée lors de l'*Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation, Compte rendu des discussions*, Mexique 2004, p. 231 Courriel : tobin@ias.unu.edu

¹¹⁷⁶ Johnson, M. "Research on Traditional Environmental Knowledge: Its Development and Its Role". In M. Johnson (ed.) *Lore: Capturing Traditional Environmental Knowledge* (IDRC, Ottawa), 1992.

¹¹⁷⁷ Voir entre autres sur la question, Barber, C., Johnston S. et Tobin B., *User Measures: Options for Developing Measures in User Countries to Implement the Access and Benefit-sharing Provisions of the Convention on Biological Diversity*, 2e éd., UNU-IAS Report 2003.

¹¹⁷⁸ La 2^{ème} partie de cette monographie sera l'occasion de traiter des questions telles que : 1- l'établissement de règles et règlements administratifs régissant les procédures lorsque plusieurs

Du reste, les questions qui se posent semblent pouvoir s'inscrire, au moins partiellement, dans le cadre de la réflexion qui a cours en doctrine sous le triptyque de « *Immatériel, territorialité et Etat* »¹¹⁷⁹. C'est donc en considération de ce triptyque qu'il convient d'y rechercher une solution.

2. La solution envisagée.

270. Dès le début des années 1990, l'Etat en tant que structure d'organisation de la société et des populations, a été questionnée par la doctrine internationaliste¹¹⁸⁰. L'éclatement du bloc de l'Est et l'émergence concomitante de plusieurs petits Etats a relancé la réflexion sur la pertinence des découpages territoriaux et surtout sur la relation qui doit exister entre l'Etat et les peuples qui constituent sa population¹¹⁸¹. Ces interrogations ont eu, entre autres, pour effet de rapprocher la doctrine internationaliste classique des préoccupations des pays du tiers monde qui se « *débatent [depuis les années 1960 pour ce qui est des pays africains] dans de grandes, sinon d'inextricables difficultés politiques et économiques* »¹¹⁸² dues à un découpage arbitraire des frontières. Malgré ces interrogations, force est de constater que le modèle étatique continuait à séduire en même temps qu'il montrait ses évidentes limites¹¹⁸³. La mondialisation¹¹⁸⁴, l'internationalisation¹¹⁸⁵ et la globalisation¹¹⁸⁶ sont pour la structure étatique des épreuves certaines.

communautés voire plusieurs pays sont concernés, 2- définition de la répartition des redevances éventuelles provenant des exploitations commerciales entre les différentes communautés traditionnelles.

¹¹⁷⁹ Nous reprenons là, le titre d'un article du Pr **Hélène Ruiz Fabri** in *Arch.phil. droit*, t. 43, Sirey 1999, pp. 187-212.

¹¹⁸⁰ Revue *Droits* n° 14 et 15 de l'an 1993 ont été consacrées notamment à la question. Voir aussi, **S. Sur** « sur quelques tribulations de l'Etat dans la société internationale », *R.G.D.I.P.* 1993/4, pp.881-900 ; **H. Ruiz Fabri**, « Genèse et disparition de l'Etat à l'époque contemporaine » *A.F.D.I.* 1992pp. 153-178.

¹¹⁸¹ Société Française de Droit International (SFDI), *L'Etat souverain à l'aube du 21^{ème} siècle*, Paris Pedone, 1994, 318p ; **Burdeau, G. et Stern B.**, (dir.) *Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est*, Paris, Monchrestien, Cahiers internationaux, n° 9, 402 p. ; **Decaux, E. Pellet, A.**, *Nationalité, Minorités et succession d'Etats en Europe de l'Est*, Paris, Monchrestien, Marchés internationaux, n° 11, 176 p.

¹¹⁸² **Ruiz Fabri, H.**, « Immatérialité, territorialité et Etat », article précité, p.188.

¹¹⁸³ **Charpentier, J.**, « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines », *S.F.D.I.*, op. cit. p. 11et s.

¹¹⁸⁴ « Etats, entreprises, territoires et médias à l'épreuve de la mondialisation », *Regards sur l'actualité* n° 234, sept-oct, 1997 ; **Dollfus, O.**, *La mondialisation*, Paris, Presses de science Po, La bibliothèque du citoyen, 1997, 167p ; « La mondialisation en débats », *Sciences Humaines*, Hors série n° 17 juin-juillet 1997 ; « Démocratie ou mondialisation » dossier in *Pétitions*, n° 2, 1998, pp. 8-144 ; **Sallah Mohamed, Mahmoud**, « Mondialisation et souveraineté de l'Etat » *J.D.I.* 1996/3, pp. 611-662 ; **Frison-Roche M.A.**, « Le versant juridique de la mondialisation », *Revue des deux mondes* 1997 pp. 45-53 ; **Paulet, J-P**, *La mondialisation*, Paris, Armand collin, *Synthèse géographie*, 1998, 96p.

¹¹⁸⁵ **Badie, B., Smouts, M-C.**, (Dir.) « L'international sans territoire », *Cultures et conflits*, n°21/22, 1996, 422 p., **Badie, B.**, *La fin des territoires-Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Fayard 1995, 276 p.

¹¹⁸⁶ **Arnaud, A.-J.**, « La globalisation: repenser le droit », in *Entre modernité et mondialisation -Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, LGDJ, Droit et société, n° 20, pp. 20-40 ; **Tita, A.**, « Globalization, a new political and economical space requiring supranational governance », *JWT*, 1998, n° 3 pp.47-55.

C'est ainsi, dans la multiplicité des remises en cause de l'institution étatique, que vont s'inscrire les défis lancés par les savoir-faire traditionnels. Le savoir-faire traditionnel, relevant de la catégorie des choses immatérielles interpelle plus spécifiquement la souveraineté étatique et la territorialité de son pouvoir. Les identités traditionnelles et autochtones semblent rétives aux considérations strictes de frontières, poussant inexorablement à « *une autre lecture de l'espace et du temps* »¹¹⁸⁷.

271. La plus ancestrale des conquêtes de l'esprit humain pose paradoxalement au droit, les mêmes questions fondamentales que les prouesses technologiques d'aujourd'hui que sont l'internet et les réseaux de communication¹¹⁸⁸.

Ces derniers, pourtant, ne posent problème vis à vis des frontières de l'Etat que quand ils sont envisagés comme des flux c'est-à-dire des informations et des valeurs circulantes. A les prendre comme tels, ils sont la manifestation la plus concrète de « *la porosité du territoire* »¹¹⁸⁹ à des mouvements que l'Etat ne contrôle plus. Les savoir-faire traditionnels quant à eux, ne se contentent pas de défier les frontières étatiques par leur capacité à circuler librement et sans contrainte. Ils semblent pousser le défi plus loin par une sorte d'ubiquité qui fait qu'ils peuvent émerger dans leur formation d'un côté ou de l'autre de la frontière d'un Etat. Ceci, sans que dans l'esprit des détenteurs de ces savoir-faire il y ait une rupture dans le sentiment d'appartenance à une même communauté.

Non seulement le sentiment est présent, mais aussi la réalité de la géographie le confirme. Ils peuvent à l'inverse, émerger au sein de plusieurs communautés situées à l'intérieur de la même entité étatique, et être considérés par ces dernières comme des biens qui leur sont propres. Ces deux situations sont diamétralement opposées mais elles sont la traduction d'une seule et même caractéristique des savoir-faire traditionnels, qui fait que ces derniers, par leur mode d'élaboration sont souvent un défi à l'exclusivité territoriale. Le territoire qui a été patiemment inventé¹¹⁹⁰ ne donne dans son acception habituelle qu'une satisfaction marginale.

¹¹⁸⁷ Bonnemaison, J., Cambresy, L., « Le lien territorial entre frontières et identité », *Géographie et cultures*, n° 20, 1996 ; Delmas-Marty, M., *Trois défis pour un droit Mondial*, Seuil, essais, 1998, p. 100 et s. ; Hassner, P., « Ni sang ni sol ? Crise de l'Europe et dialectique de la territorialité », in Badie et Smouts, (dir.), op. cit. p. 115-131 ;

¹¹⁸⁸ Sorbier L., « Quand la révolution numérique n'est plus virtuelle », in *Que nous réserve le numérique?* *Revue Esprit* mai 2006, p. 169 et s.

¹¹⁸⁹ Qui se traduit selon M. Merle par la « quasi-instantanéité des communications d'un bout à l'autre de la planète, par la fluidité des marchés de capitaux et de marchandises, la stratégie des réseaux, qui manipulent, souvent au service de leur cause, l'argent et les hommes à travers les frontières. (« Un système international sans territoire » in Badie, B. et Smouts, M-C (dir) op.cit. p.293). Pour un inventaire des réseaux et de ce qu'ils représentent ainsi que de ce qui peut s'échanger par leur intermédiaire, Voir Danzin, A., « Défense nationale, inforoute et mondialisation », *Défense nationale*, juil. 1996, n° 7, p. 46.

¹¹⁹⁰ Alliès P., *L'invention du territoire*, Presses universitaires de Grenoble, Coll. Critiques du droit, 1980, 184p.

Considérer qu'il existe un « *territoire culturel* »¹¹⁹¹ qui rassemblerait ces entités artificiellement éclatées sur plusieurs Etats, est une conception difficilement conciliable avec le fait qu'il va falloir, pour un seul et même objet de protection, solliciter auprès de deux ou plusieurs Etats des protections juridiques qui risquent de ne pas être les mêmes, sauf à considérer que ces Etats sont liés par des accords régionaux. Quel *imperium* étatique va déterminer les titulaires de prérogatives relatives au savoir-faire traditionnel ?

272. Un problème se pose qui convie à rechercher une autre conception aux frontières.

Les frontières étatiques qui sont considérées par la doctrine dominante comme « intangibles » sont-elles appelées à évoluer ? Peut-on trouver dans les éléments énumérés ci-dessus une raison suffisante pour donner crédit à une autre vision du territoire que l'on pourrait nommer la « théorie des frontières d'intérêts » ? Cette théorie aurait pour trait principal de considérer comme frontière, le lieu où se cristallisent les intérêts de l'Etat. Théorie révolutionnaire, anarchiste et *belligère*¹¹⁹² s'il en est, elle ne permet pas pour autant de résoudre la question car il suffit que les intérêts des Etats se croisent pour que la perplexité originelle renaisse. Le remède serait à coup sûr, pire que le mal. Voilà pourquoi une telle théorie relèvera pour nous, plus de l'utopie que du souhaitable.

Nous n'osons¹¹⁹³ pas imaginer les bouleversements et les remises en cause profondes et désastreuses que signifierait une telle approche des relations inter étatiques¹¹⁹⁴. Les aspects de droit international public, ne retiendront pas plus longtemps notre attention. Il convient cependant de noter à ce propos, que la notion de « *ressource partagée* », exprime bien la nécessité d'effacer « *les conséquences des compartimentages frontaliers lorsque l'assise de la ressource est distribuée entre plusieurs territoires étatiques* »¹¹⁹⁵. L'idée au fond, n'est pas nouvelle, de prestigieuses plumes faisant autorité l'ont esquissée puis confirmée en ces termes: « *la solidarité géographique impose de véritables règles d'abolition fonctionnelle de la frontière* »¹¹⁹⁶.

¹¹⁹¹ Alland, D., « Les représentations de l'espace en droit international public », *Arch. Phil.droit* , 1986, pp. 163-178.

¹¹⁹²Son application a par exemple conduit les pays limitrophes de l'ancien Zaïre (Ouganda, Rwanda) à envahir cette dernière pour sécuriser leurs régimes intérieurs, leurs « intérêts supérieurs ».

¹¹⁹³ En fait, nous ne le pouvons, de peur de nous entendre dire, et avec raison sans doute : « *Ne sutor ultra crepidam* » à l'instar du peintre Appelle s'adressant au cordonnier qui prétendait apprécier la qualité de son tableau. La question des collectivités autochtones a été au demeurant largement abordée par des spécialistes notamment : Kharpe, Ph, *Le droit des collectivités autochtones*, th., 2001, Nancy II. De plus la question ne se pose pas en des termes similaires une fois l'étape de la contestation du modèle étatique dépassé que l'on se place d'un point de vue privatiste ou publiciste..

¹¹⁹⁴ Pour l'expression d'inquiétudes similaires voir, Badie, B. et Smouts, M-C, Introduction , in « *L'international sans territoire* », précité, pp. 9-18, spéc. P.16

¹¹⁹⁵ Rémond-Gouillod M., « ressources naturelles et choses sans maître », *D.*, 1985, Chron. p.30

¹¹⁹⁶ Dupuy P-M, Technologie et ressources naturelles « nouvelles » et « partagées », in *Droit et libertés à la fin du 20^{ème} siècle, Etudes en l'Honneur de C.A. Colliard*, 1984, p. 212.

273. Quand l'efficacité de la protection recherchée l'ordonne, il est en effet des occasions où les Etats, par voie conventionnelle, arrivent à abolir les frontières¹¹⁹⁷. Mais ceci ne peut être un principe extra conventionnel de droit international. Il est cependant utile de nous intéresser aux défis lancés par les savoir-faire traditionnels au principe de territorialité¹¹⁹⁸ qui est un des principes marquants du droit de la propriété industrielle. Il vaut en réalité pour toutes les propriétés intellectuelles, et consiste à tenir pour compétente sur un territoire donné, la seule loi de ce pays. En droit des brevets, le principe de territorialité limite géographiquement la portée du monopole et a pour corollaire le principe d'indépendance des brevets¹¹⁹⁹ qui veut que : ce qui advient d'un brevet dans un pays (nullité déchéance, licence forcée, etc...) n'a aucune répercussion sur le brevet délivré dans un autre pays pour la même invention.

Deux explications ont été proposées à l'existence du principe de territorialité en matière de propriété intellectuelle, dont une seule pourtant semble être valable. Il a été avancé et presque aussitôt rejeté¹²⁰⁰ par la doctrine que le principe de territorialité pouvait s'expliquer par des considérations d'ordre public spécialement quand un service public intervient dans la reconnaissance du droit. Une telle formule ne peut évidemment pas être retenue quand on considère le mécanisme de l'ordre public sous l'angle du droit international privé. En effet l'ordre public ainsi entendu est un mécanisme d'éviction de la loi normalement compétente et qui non seulement est désignée mais aussi connue. Ce n'est pas un mécanisme de désignation.

274. Il est alors plus satisfaisant de considérer qu'un tel principe trouve son explication dans les circonstances historiques qui ont présidé à la naissance des systèmes de propriété intellectuelle. En effet, même si elles s'en sont démarquées¹²⁰¹ très tôt, les propriétés intellectuelles sont d'abord « nées » sous la forme de privilèges¹²⁰² octroyés par des monarques¹²⁰³. Quoi qu'il en soit,

¹¹⁹⁷ Nous citerons ici les exemples de la commission du Rhin instituée en 1831. La Convention de Mayence comme la quasi-totalité des traités du 19^{ème} siècle portant sur des fleuves internationaux se préoccupe surtout de liberté de navigation (Colliard, C. A., *La pollution des fleuves en droit international, Aspects juridiques de la pollution trans-frontière*, OCDE, 1977, p. 275) ; on peut aussi citer les conventions internationales sur les espèces d'oiseaux migrateurs (Klemm, B. « La gestion internationale des populations d'animaux migrateurs », *Rev. Jur. De l'Environnement*, n° 3-4, 1976, p.115).

¹¹⁹⁸ Sur la notion de territorialité Voir Bouche N. *Le principe de territorialité de la propriété industrielle*, th. Dijon 1998 où l'auteur distingue entre principe de territorialité de limitation (qui signifie que tout droit subjectif de propriété intellectuelle limite son existence et ses effets sur le territoire de l'ordre juridique qui l'a créé) et principe de territorialité de conflit de lois (qui exprime une règle de conflit de lois qui prévoit l'application de la loi du pays sur le territoire duquel sont revendiqués l'existence et les effets du droit subjectif de propriété intellectuelle.) quel Voir aussi : Polluau-Dulian F., *Droit de la propriété industrielle*, Moncherstien, Coll. Domat droit privé, 1999, n°s : 96, 489, 521, 1570.

¹¹⁹⁹ Article 4bis de la Convention d'Union de Paris.

¹²⁰⁰ Voir notamment : Vivant, M., (dir.) *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, Paris 1997, p. 109.

¹²⁰¹ « Le système des privilèges constitue une première étape, un terreau favorable à l'apparition future de véritables droits de propriété intellectuelle, mais pour autant, les privilèges royaux restent très loin de la conception du brevet et contribuent peut-être même aujourd'hui à en obscurcir le sens. »

¹²⁰² Ils sont de simples moyens de développer l'industrie, une simple faveur attribuée selon son bon vouloir et de façon ponctuelle par l'autorité publique en fonction de ses objectifs. Ce ne sont nullement des droits

l'essence nationale du droit de la propriété intellectuelle permet aux autorités de se ménager une grande marge d'adaptation. Ainsi a-t-on pu considérer s'agissant de l'affinage du régime juridique des savoir-faire traditionnels que : « *la définition d'autres caractéristiques permettant de préciser la portée de l'objet de la protection est, bien entendu, une question qui doit être examinée dans le cadre des législations nationales. Des limitations seront prévues en fonction des objectifs généraux de la protection* ». ¹²⁰⁴ Il a été ainsi jugé conforme aux objectifs généraux de la protection voulue qu'un brevet français soit soumis à la loi française comme la marque allemande est soumise à la loi allemande. Par application de ce principe, le savoir-faire traditionnel par exemple au Togo sera soumis à la loi togolaise. L'application du principe de territorialité ne pourrait être, à le considérer seul, qu'une solution partielle et en définitive insatisfaisante car le bien immatériel est doté d'ubiquité et il peut se trouver en de multiples endroits ; il n'a souvent pas de localisation réelle et, franchissant aisément les frontières, il a vocation à se diffuser. Le droit qui le couvre reste quant à lui, d'essence territoriale. La sédentarité du droit, et le nomadisme de l'objet de la protection tracent un cadre spécifique où ce double aspect explique le besoin particulièrement fort d'une protection adaptée ¹²⁰⁵.

Certaines législations nationales ont essayé de juguler le problème de la transnationalité des savoir-faire traditionnels en proposant des critères fédérateurs qui ne font que déplacer l'aléa. L'on ¹²⁰⁶ a ainsi pu soutenir qu'une autre manière de prendre en compte le défi lancé par les savoir-faire traditionnels régionaux ou transnationaux est de déterminer par les lois, le domaine technique auquel l'objet protégé se rapporte. Ainsi pourrait-on n'accorder la protection qu'aux savoir-faire traditionnels, liés aux ressources génétiques ou biologiques ¹²⁰⁷ ou aux médecines traditionnelles ¹²⁰⁸ ou encore, ne

reconnus aux inventeurs par exemple en fonction de critères objectifs. Selon Plasseraud et Savignon, « *ce qui caractérise la pensée du mercantilisme de la monarchie absolue par rapport à celle des libéraux ce n'est pas un attachement de principe aux privilèges, mais bien plutôt la conviction que les objectifs industriels doivent être fixés par la puissance publique comme un des éléments de la politique générale de l'absolutisme et soutenu par une politique d'intervention de l'Etat. Devant une telle conception de l'intérêt public, tous les autres principes n'occupaient qu'un rang subordonné,...* »

¹²⁰³ Les privilèges devaient se limiter aux territoires du monarque. De nos jours cette idée se retrouve dans les limites de l'imperium d'un Etat à ses frontières. Le principe de territorialité repose sur une mise en compétition de différents acteurs. Une telle philosophie ne correspond pas à l'hypothèse des savoir-faire traditionnels.

¹²⁰⁴ Par exemple, les législations nationales peuvent accorder une protection aux savoirs qui sont détenus seulement par certaines communautés. Dans le même ordre d'idée, la législation peut limiter la protection des savoirs traditionnels détenus par des communautés autochtones. Voir les articles 1 et 2.a) de la loi n° 27.811 du 10 août 2001 du Pérou.

¹²⁰⁵ Foyer J. « L'internationalisation du droit de la propriété intellectuelle brevets, marques et droits d'auteurs », *Mélanges Plantey*, 1994, p. 261 ; Schmidt-Szalawski J., « L'avenir international de la propriété industrielle », *Mélanges J-J Burst*, 1997, p. 571.

¹²⁰⁶ Le comité Intergouvernemental lors de sa 5ème session.

¹²⁰⁷ Le décret-loi n° 118/2002 du Portugal, du 20 avril 2002, protège les savoirs traditionnels liés à l'utilisation commerciale ou industrielle des variétés locales et d'autres matériels endogènes ayant une valeur effective ou potentielle pour l'agriculture, la sylviculture et les activités d'aménagement du

protéger que ceux qui sont susceptibles d'une exploitation commerciale¹²⁰⁹. Dans ce cas, l'objectif général serait uniquement de régler les problèmes liés à l'exploitation commerciale du savoir-faire traditionnel.

Quel que soit le mode de protection retenu, il semble convenir dans l'hypothèse des savoir-faire régionaux de recourir le plus fréquemment possible à la coopération interétatique ou du moins collective à travers un organe représentatif. Sur ce point, la personnalité juridique des différentes communautés étant absente, les mécanismes de représentation de ces derniers n'en seront que plus utiles. L'expérience du Pacte Andin est assez édifiante à cet égard.

Paragraphe 2. Le caractère communautaire du savoir-faire traditionnel.

Le caractère communautaire du savoir-faire traditionnel que nous tenterons ici de construire, avant d'en évaluer les conséquences, est diffusément conçu comme le résultat d'un agrégat d'influences qui imposerait selon certains une vision holistique¹²¹⁰. La réalité de ce caractère nous semble bien plus simple.

A. La construction du caractère communautaire.

275. Le caractère communautaire qu'il conviendra de reconnaître au savoir-faire traditionnel à l'issue des présents développements, ne procède pas d'une proclamation d'autorité ni d'une déclaration péremptoire. Il est certes possible à une loi ou à une convention internationale de déclarer que le savoir-faire traditionnel est intimement lié à sa source traditionnelle. L'on n'y verrait aucune innovation car les textes en la matière et les travaux y afférents, expriment clairement¹²¹¹ le lien privilégié qui existe ou doit exister entre le droit¹²¹², l'objet de droit¹²¹³, et le sujet de droit¹²¹⁴. Pourtant, il a été impossible de doter cette relation que l'on cerne intuitivement d'une cohérence juridique. Le droit de la propriété intellectuelle est incapable de donner du sens juridique à

paysage, y compris les variétés locales et le matériel spontané (article 3.1)). La loi n° 27.811 du Pérou protège les savoirs collectifs des peuples autochtones liés aux ressources biologiques (article 3).

¹²⁰⁸ Voir la loi relative à la protection et à la promotion des savoirs médicaux traditionnels thaïs.

¹²⁰⁹ Voir l'article premier de la loi n° 20 du 26 juin 2000 du Panama relative au régime particulier de propriété applicable aux droits collectifs des communautés autochtones à la protection de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels.

¹²¹⁰ Sur l'approche holistique voir entre autres le Document WIPO/GRTKF/IC/10/5, Session n° 10 (30 novembre -8 décembre), page 266, n° 16 et suivants.

¹²¹¹ Cf. les définitions qui ont été avancées des savoirs traditionnels (chap. 1).

¹²¹² Dont la chair est constituée par toute une série de prérogatives et de facultés.

¹²¹³ La praticité qui se concentre dans le savoir-faire traditionnel et dont on a recherché le caractère réel dans le précédent chapitre.

¹²¹⁴ Entité difficilement saisissable dans son corps et dont en revanche, les intérêts sont clairement lisibles.

une telle relation car il achoppe entre autres, sur la détermination précise et exacte d'un titulaire à qui des droits puissent être octroyés. C'est donc vers le droit commun qu'il faudra se retourner pour faire appel au « *mécanisme de l'affectation* »¹²¹⁵.

Ce mécanisme rend, non seulement toute sa cohérence à une relation jusque là rétive à toute conceptualisation en droit¹²¹⁶, mais il offre aussi au savoir-faire traditionnel ainsi fondé¹²¹⁷, un potentiel de diffusion non négligeable dans les différents ordres et systèmes juridiques. Ainsi convient-il d'en envisager successivement l'adéquation et l'application.

1. L'adéquation du mécanisme de l'affectation.

276. En droit français, le droit public est le berceau de la technique de l'affectation. C'est en effet, cette branche du droit qui l'a vu naître au début du 19^{ème} siècle, pour apporter une réponse à la nécessaire distinction entre domaine public et domaine privé. Les auteurs et la jurisprudence administrative sont unanimes pour considérer que l'affectation comme critère du domaine public doit être entendue comme *la soumission d'un bien à un usage déterminé* à savoir l'usage du public¹²¹⁸ ou du service public¹²¹⁹. André de LAUBADERE donne la définition suivante de l'affectation dans son traité de droit administratif : « *c'est l'acte ou le fait à la suite desquels est donnée au bien sa destination particulière* » une telle définition illustre l'ambiguïté que relevait Lucien SIORAT avant d'admettre que l'affectation consistait à : « *destiner et à appliquer une chose à un certain usage.* » Cette approche que fait la doctrine publiciste de l'affectation n'est pas démentie par les ouvrages non juridiques que sont les dictionnaires, qui insistent sur l'idée de but et sur la notion d'usage. Ainsi, le

¹²¹⁵ Voir sur la question, et principalement, Guinchard, S., *L'affectation des biens en droit privé français*, thèse Lyon 1974.

¹²¹⁶ On a cru ainsi longtemps pouvoir se contenter d'une justification en sociologie et en ethnologie en considérant le savoir-faire traditionnel comme faisant partie d'une sorte de « masse critique identitaire » des populations concernées.

¹²¹⁷ Par le passé il a été tenté de fonder certaines institutions du droit privé sur l'affectation mais sans succès. Ainsi en a-t-il été de la subrogation réelle ou personnelle, de la théorie du patrimoine, et de l'immobilisation par destination (Gulphe, P. *L'immobilisation par destination*, thèse Paris 1943).

¹²¹⁸ Ce premier critère de la domanialité a été présenté par V. Proudhon en ces termes : « le domaine public embrasse tous les fonds qui, étant asservis à l'usage ou destinés à la défense de tous, ne peuvent appartenir privativement et exclusivement à personne. » (Proudhon, *Traité du domaine de propriété*, n° 816 p. 52)

¹²¹⁹ Ce deuxième critère qui a été apporté par la doctrine est essentiellement l'œuvre de Maurice Hauriou (*Précis de droit administratif*, 10^{ème} édition 1921, Librairie du recueil Sirey, p. 635 et s.) voir aussi Roland, *Précis de droit administratif*, n° 501 ; Auby, J-M, Le problème de la domanialité publique des immeubles affectés à un service public, *Mélanges Marcel Laborde-Lacoste*, p. 11. Son émergence a donné lieu à une proposition de distinction tripartite : domaine public, domaine sur service public et domaine privé (Duverger, *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*, Thèse Bordeaux 1942 ; Maroger, G., *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, Sirey, 1942) qui n'a pas retenu longtemps l'attention de la doctrine.

dictionnaire Robert nous apprend que : « *l'affectation est l'application à un certain usage* »¹²²⁰. Elle est aussi perçue comme étant la décision par laquelle, une autorité destine ou assigne quelque chose ou quelqu'un à un usage ou à un emploi précis ».¹²²¹

277. En droit privé français, le mécanisme de l'affectation n'a été véritablement étudié *per se*¹²²² que vers la fin du siècle dernier. En effet le Pr. Serge GUINCHARD dans sa thèse¹²²³ sur « *L'affectation des biens en droit privé français* »¹²²⁴ a proposé de voir en ce mécanisme à la fois « *un instrument d'exploitation des biens* »¹²²⁵ et « *un instrument de protection des personnes* »¹²²⁶. Le mécanisme de l'affectation qui venait de faire l'objet d'une étude systématique en droit privé était pourtant de droit positif depuis le Code civil¹²²⁷ car de façon tout à fait fragmentaire, on pouvait le remarquer dans la pratique¹²²⁸ et dans la doctrine¹²²⁹.

L'affectation, parce qu'elle peut être « réelle » comme elle peut être « personnelle », consacre « *l'apparition d'une communauté d'intérêts, donc l'idée de personne* »¹²³⁰ dans le domaine du droit des biens. Cette idée a été conçue, par d'autres auteurs, comme le corollaire indispensable de la catégorie même des biens¹²³¹.

¹²²⁰ Le Robert en 7 volumes, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, V° Affectation

¹²²¹ Trésors de la langue française. Dictionnaire de langue du 19^{ème} et du 20^{ème} siècle publié sous la direction de Paul IMBS, CNRS éd. Paris, T 1 V° affectation sens 3.

¹²²² Pour les études incidentes du mécanisme d'affectation : Henri, A. De la subrogation réelle conventionnelle et légale, Thèse Nancy, 1913 ; Lauriol, M., La subrogation réelle, thèse Alger, 1952, T. 2 n° 418. V. aussi la critique de la notion classique de patrimoine, Gazin, Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique, thèse Dijon, 1910.

¹²²³ Cet ouvrage qui fait autorité en la matière a été honoré d'une subvention du secrétariat d'Etat aux Universités et de l'université Jean Moulin. Il a reçu à Lyon, en outre, le Prix de thèse de la faculté de droit de Lyon (1974) et le Prix de thèse de l'Association Nationale des docteurs en droit (section de Lyon 1974).

¹²²⁴ Guinchard, S., *L'affectation des biens en droit privé français*, Préface de Roger Nerson, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit Privé, 1974, 380 p.

¹²²⁵ Guinchard, S, op. cit. p. 47.

¹²²⁶ Guinchard, S. op. cit. p. 95.

¹²²⁷ On citera l'exemple de l'article 2114 du code civil « l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. »

¹²²⁸ Notamment en matière de voies d'exécution (D'Albaud, *Nature juridique et application de l'affectation spéciale en matière de saisie-arrêt*, Thèse Paris, 1932.) cité par Guinchard dans sa thèse note 47.

¹²²⁹ Qui ne lui a pas toujours été favorable à l'instar de Saleilles (« Etude pour l'histoire des sociétés en commandite », *Annales de droit commercial*, 1895 p. 10 et 1897, p. 28 et s.) qui écrivait : « l'idée d'affectation ne s'appliquait guère qu'à des édifices et à des biens consacrés à un service public » et « dans un sens moins précis on parlait volontiers de l'affectation comme synonyme de fondation ». V° aussi (Préface à la thèse de Gonzalve Goubeaux, *Etude sur la clause d'indivision forcée et perpétuelle en droit français*, Nancy 1910) où François Geny considère la notion d'affectation comme trop vague pour être utile.

¹²³⁰ Guinchard, S., op. cit. p. 365

¹²³¹ Voir Zénati F., et Revet Th., *Droit de biens*, précité, introduction, p.15 ; voir plus spécialement Piedelièvre A. « Le matériel et l'immatériel : essai d'approche de la notion de bien », article précité qui soutient que « la notion juridique de réalité d'un bien ne peut exister que par l'intermédiaire d'une personne juridique » ; ainsi que Libchaber R., *Rep. Civ. Dalloz*, sept. 2002, « Les biens » n°4, où l'auteur ne pense pas pouvoir esquisser une définition de la notion de chose en droit sans en ramener la conception à « l'élément central de l'édifice juridique pour qui est tout entier construit : les personnes. » « Les biens ne sont pas des personnes et ils peuvent même être très précisément définis comme ce qui est extérieur aux personnes », poursuit le Pr. Libchaber.

L'ambivalence de l'affectation a été démontrée par le Pr. GUINCHARD qui en a ainsi mis en lumière, le caractère « *finalisé* »¹²³² c'est-à-dire la relation que la personne juridique établit entre le bien et un objectif. L'affectation est dans ce sens, un mécanisme triangulaire tourné essentiellement vers la réalisation d'un but¹²³³.

278. Fonder le caractère communautaire du savoir-faire traditionnel sur l'affectation, ne veut pas dire dans notre esprit que ce caractère soit dû au mécanisme invoqué. En effet l'affectation telle qu'elle intervient ne peut pas avoir d'influence sur la nature du droit mais peut à coup sûr interférer dans le régime de celui-ci¹²³⁴. Ainsi c'est un mécanisme qui intervient pour donner une lisibilité juridique à une situation ou à un droit qui lui préexiste. Cette impossibilité d'influencer la nature même du droit en question s'explique par la logique et la chronologie du mécanisme de l'affectation. Le mécanisme de l'affectation en tant que moyen de liaison ou d'asservissement a besoin, pour déployer son effet, d'un objet et d'un but. L'objet peut être une chose ou un droit¹²³⁵ mais toujours un bien. Le but quant à lui, est souvent l'intérêt d'une chose ou d'une personne mais jamais la personne ou la chose elle-même. Selon que cet intérêt est collectif ou individuel, le droit qui lui est affecté devient individuel ou collectif par l'objet auquel il s'applique. Il faut ainsi distinguer deux sortes d'objets :

- D'une part, l'objet du mécanisme d'affectation dont il s'agira de soumettre l'usage à un but déterminé. Ce premier peut être un droit comme il peut être une chose matérielle ou immatérielle. Ainsi, reste-il possible, bien que nous n'ayons pas retenu comme hypothèse de discussion, celle de l'existence d'un droit de propriété intellectuelle sur le savoir-faire traditionnel, de prendre en compte cette hypothèse si les tentatives de construction d'un tel régime venaient à être couronnées de succès¹²³⁶.

- D'autre part l'objet du droit qui va être soumis à l'affectation : l'intérêt qu'il s'agit de servir. Cette deuxième catégorie d'objet, s'il est rapporté au mécanisme d'affection, en constitue le but, la finalité. Selon le Pr.

¹²³² Selon Guinchard (l'affectation des biens en droit privé français, th. Précitée p. 22-23), il existe une finalité générale et une finalité spéciale. Ces deux s'entendant en dehors de toute considération philosophique ou morale.

¹²³³ Libchaber R., *loc. cit.*, dit à ce propos en parlant des biens, qu' « ils n'en sont pas moins rattachés à elles en tant qu'ils sont l'objet de leurs désirs. »

¹²³⁴ Garron, R., « L'influence de la destination sur le régime juridique des droits », *D. S. 1965*, chron. 191 et s.

¹²³⁵ Ce serait notamment le cas si l'on venait à reconnaître un droit de propriété intellectuelle qui porterait sur le savoir-faire traditionnel. Il ne faut en effet pas oublier que de tels droits sont des biens et que dès lors ils peuvent tout à fait valablement faire l'objet d'un asservissement par le biais du mécanisme de l'affectation.

¹²³⁶ Ce dont une partie de la doctrine se défie compte tenu de la limitation dans le temps qui en serait le corollaire.

GUINCHARD¹²³⁷, il existe une finalité générale et une finalité spéciale, ces deux s'entendant en dehors de toute considération philosophique ou morale.

279. La finalité générale consiste à dire que, tout bien est destiné à satisfaire les légitimes désirs de son possesseur. L'on notera ici l'utilisation du terme possesseur et non de propriétaire. La possession étant une situation de fait que vient seulement sanctionner le droit, l'on entre-verra l'intérêt du mécanisme d'affectation pour le savoir-faire traditionnel dont il n'est pas certain pour l'heure, qu'il fasse l'objet d'un droit de propriété. C'est dans le même ordre d'idée de distinction des finalités que SALEILLES a pu écrire : « *les biens appartenant à l'Etat ont une affectation générale qui est de servir à l'intérêt commun* »¹²³⁸. Cette finalité n'a cependant pas été retenue par l'auteur pour deux raisons dont la seconde seulement convainc : Elle ne permet pas de distinguer le biens entre eux et elle est trop générale pour être utile.

La finalité spéciale qui reçoit l'adhésion du Pr. GUINCHARD est celle : « *suffisamment originale et individualisée pour distinguer le bien affecté des autres biens du patrimoine. Cette finalité étant très précise, elle variera d'un bien à l'autre et il faut parler des finalités spéciales par opposition à la finalité générale.* » Ainsi l'affectation entendue comme la soumission d'un bien à un usage déterminé implique que ce but, cet usage soit envisagé d'un point de vue concret et limité. »¹²³⁹

Ce sont là autant de caractères de l'affectation qui révéleront leur adéquation, une fois appliqués au savoir-faire traditionnel.

2. Application du mécanisme de l'affectation.

280. En fait d'application il s'agira de tenter de comprendre et de cerner juridiquement la relation spécifique qui existe entre le savoir-faire traditionnel et les détenteurs de prérogatives portant sur lui. Cette relation fonde par certains de ses aspects, le caractère « holistique » que l'on s'accorde à reconnaître au savoir-faire traditionnel.

Ce ne sont là que des constats car la question importante est de savoir la nature de ce lien spécifique qui conditionne si grandement le régime juridique de l'objet. Pour cela, il nous faut un objet à affecter, mais surtout une finalité valable. L'objet ayant été trouvé dans la « praticité » à laquelle nous nous

¹²³⁷ *L'affectation des biens en droit privé français*, th. Précitée 1976, p. 22-23.

¹²³⁸ Salleilles, note sous Lyon 10 juillet 1894, S. 1895, 2, 185. On sait que Salleilles (*idem*) concevait à côté du pouvoir dans la limite du propriétaire sur les choses du monde extérieur, « d'autres formes de la propriété, une forme de propriété limitée, c'est-à-dire enchaînée à une destination supérieure, dominée par la nécessité d'une affectation spéciale qui fasse du propriétaire une sorte d'intermédiaire ou de garant dont la mission légale soit d'employer suivant leur destination les choses qu'il possède. ».

¹²³⁹ Guinchard S., *Th.* Précitée p.23.

sommes intéressés plus haut¹²⁴⁰, il nous revient maintenant de rechercher la finalité. « *Étant donné que sa création, sa préservation et sa transmission reposent sur des traditions culturelles, le savoir-faire traditionnel est de nature culturelle et enraciné essentiellement dans une culture; il fait partie intégrante de l'identité culturelle du groupe social dans lequel il est utilisé et préservé* » a-t-on pris l'habitude de soutenir. Récemment encore, le Pr. GALLOUX, reprenant la définition proposée par le Comité intergouvernemental de l'OMPI écrivait, à propos des savoir-faire traditionnels qu'ils « *sont associés de façon intime aux cultures indigènes.* »¹²⁴¹ Une telle opinion est le résultat de nombreuses missions d'enquêtes qui ont toujours mis en exergue une réalité unanimement partagée par les communautés traditionnelles interrogées et depuis, largement représentés¹²⁴² aux travaux du Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoirs traditionnels et le folklore. Si l'on se place sous l'angle de la culture de la communauté d'origine de son savoir-faire traditionnel, chacun des éléments de ce savoir-faire peut contribuer à définir l'identité propre de la communauté en question. Cette caractéristique peut sembler évidente en ce qui concerne les expressions du folklore et l'artisanat, mais elle s'applique aussi à d'autres domaines des savoir-faire traditionnels comme la connaissance des plantes médicinales et l'agriculture¹²⁴³. Le marquage identitaire du savoir-

¹²⁴⁰ Chapitre précédent.

¹²⁴¹ Galloux J.-C. « Propriété industrielle » *RTDCom. Avr./Juin 2004*, p. 287.

¹²⁴² Association brésilienne de la propriété intellectuelle (ABPI), Association Tamaynut, Bureau Benelux des dessins ou modèles (BBDM), Bureau des ressources génétiques (BRG), *Call of the Earth, Canadian Indigenous Biodiversity Network (CIBN), Central and Eastern European Copyright Alliance (CEECA)*, Centre de documentation, de recherche et d'information des peuples autochtones (DoCIP), Centre d'études internationales de la propriété industrielle (CEIPI), Centre international pour le commerce et le développement durable (ICTSD), Centre pour le droit international de l'environnement (CIEL), Centre de recherche en droit international de l'environnement (IELRC), Chambre de commerce internationale (CCI), Commission des autochtones et des insulaires du Détroit de Torres (ATSIC), Comité consultatif mondial de la Société des Amis (QUAKERS) et de son bureau auprès de l'Office des Nations Unies, Confédération internationale des éditeurs de musique (CIEM), Conférence circumpolaire Inuit (CCI), Conseil indien d'Amérique du Sud (CISA), Conseil SAME, *Consumer Project on Technology, Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA), CropLife International*, Déclaration de Berne, Fédération ibéro-latino-américaine des artistes interprètes ou exécutants (FILAIE), Fédération internationale des conseils en propriété industrielle (FICPI), Fédération internationale de l'industrie du médicament (FIIM), Fédération internationale des musiciens (FIM), Fédération internationale des semences (FIS), Fédération internationale des organismes gérant des droits de reproduction (IFRRO), Fédération mondiale des collections de cultures (FMEM), Fondation Rockefeller, *Foundation for Aboriginal and Islander Research Action (FAIRA), Fundación Nuestro Ambiente (FUNA), Genetic Resources Action International (GRAIN), Global Education and Environment Development Foundation (GEED-Foundation)*, Groupement européen des sociétés de gestion des droits des artistes interprètes (ARTIS GEIE), *Indigenous Peoples Program*, Industrie mondiale de l'automédication responsable (WSMI), Institut des mandataires agréés près l'Office européen des brevets (EPI), Institut international des ressources phytogénétiques (IPGRI), Institut Max Planck de droit fiscal, de la concurrence et de la propriété intellectuelle, *Institute of Social and Cultural Anthropology, International Indian Treaty Council (IITC), International Institute for Environment and Development (IIED), Kaska Dena Council (KDC)*, Ligue internationale du droit de la concurrence (LIDC), *Mejlis of the Crimean Tatar People*, Mouvement indien *Tupaj Amaru* (Bolivie et Pérou), Organisation nationale de la santé autochtone (ONSA), Programme de santé et d'environnement, Promotion des médecines traditionnelles (PROMETRA International), *Third World Network*, Union internationale des éditeurs (UIE), Union mondiale pour la nature (IUCN).

¹²⁴³ Par exemple, la connaissance par une communauté d'Amérique du Sud des vertus d'une combinaison donnée de plantes médicinales est nécessairement différente de la connaissance acquise par une communauté africaine utilisant des plantes semblables. Cela s'explique par le fait que la connaissance des

faire traditionnel est mis en lumière dans une hypothèse de revendications concomitantes. Ce qui est valable pour les revendications de brevets de la recherche et développement ne l'est pas forcément pour des revendications relatives au savoir-faire traditionnel.

En effet, il n'est pas rare que les deux inventions apparaissent comme étant très semblables, ce qui, sur le plan du droit des brevets, peut donner lieu à des procédures de collision ou à d'autres procédures juridiques qui débouchent sur l'attribution de la propriété à l'un ou l'autre des demandeurs¹²⁴⁴. Les revendications concurrentes pour des inventions qui se recoupent se règlent sans qu'il soit fait référence au cadre culturel qui a donné naissance à ces inventions non seulement parce que les demandeurs ne manifestent pas la volonté de protéger ainsi leurs découvertes mais surtout parce que le droit des brevets n'offre aucun mécanisme destiné à prendre en charge une telle protection. À l'inverse de ce qui se passe en matière de droit des brevets, la composante « identité culturelle » du savoir-faire traditionnel pourrait être très importante dans le futur cadre juridique de la protection car, étant un moyen d'identification culturelle, la protection du savoir-faire traditionnel cesse d'être une simple question liée à l'économie ou aux droits exclusifs sur les techniques à proprement parler. Ce qui a fait dire au Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoirs traditionnels et le folklore que : « *la protection des savoirs traditionnels a une composante droits de l'homme, car elle touche à des questions concernant l'identité culturelle et la dignité des communautés traditionnelles* »¹²⁴⁵. Sans rejeter la pertinence d'une telle analyse il nous semble plus utile de la considérer comme une protection de fond destinée à cimenter une protection plus active par le droit commun et ses mécanismes.

281. La finalité à laquelle le savoir-faire traditionnel peut être affecté se dessine mais il demeure encore assez flou et l'on ne peut dire s'il est d'une spécialité suffisante. Il est cependant acquis que l'objectif, la finalité sera un mélange de : protection de l'identité culturelle des communautés¹²⁴⁶ traditionnelles, et de non atteinte aux intérêts économiques de la communauté.

vertus des plantes médicinales acquise par des communautés traditionnelles, malgré son caractère principalement technique, répond non seulement à un certain besoin pratique, mais aussi à des conceptions et des croyances culturelles. Voir pour une opinion légèrement différente, **Fleurentin J.** (Plantes de médecines traditionnelles : vers une thérapeutique moins iatrogène, précité.), qui écrit qu' : « un autre phénomène curieux est celui des convergences d'usage chez des populations qui a priori n'ont eu aucun échange culturel. C'est le cas du figuier de Barbarie (*Opuntia ficus indica*) dont les feuilles (raquettes) coupées longitudinalement sont appliquées en cataplasme au Yémen pour soigner les blessures. Le manuscrit aztèque de **Manuel de la Cruz** décrit l'*Opuntia* avec des indications similaires. L'effet purgatif, drastique et toxique pour les enfants des graines de *Jatropha curcas* est connu de la même manière par les tradipraticiens du Yémen et de la Forêt Guyanaise ».

¹²⁴⁴ La loi relative à la protection et à la promotion des savoirs médicaux traditionnels thaïs admet des procédures de collision dans le contexte de l'enregistrement des savoirs traditionnels.

¹²⁴⁵ document WIPO/GTRKF/IC/4/8, p14.

¹²⁴⁶ Le fait que le savoir-faire traditionnel soit créé dans un cadre culturel particulier entraîne une autre conséquence importante qui relève cependant de la sociologie et de l'ethnologie. L'on a pu considérer de

L'idée de l'affectation est encore plus soulignée lorsqu'on considère le caractère personnel du droit moral¹²⁴⁷ en droit d'auteur. En effet, comme en témoignent les travaux de la 4^{ème} session du Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoirs traditionnels et le folklore : « *On a pu établir un parallèle avec la notion de « droit moral » qui existe dans le droit d'auteur, plus précisément de droit au respect et à la paternité de l'œuvre, en ce sens qu'il pourrait être jugé nécessaire de protéger le savoir-faire traditionnel contre une utilisation qui heurte les sensibilités culturelles ou contre d'autres formes non économiques d'utilisation jugées abusives. Certaines mesures de réparation, telles que des dommages-intérêts supplémentaires, peuvent être également prévues lorsque l'utilisation du matériel protégé heurte les sensibilités culturelles* »¹²⁴⁸.

La principale conséquence de l'application du mécanisme de l'affectation pour soutenir et démontrer le caractère communautaire du savoir-faire traditionnel tient au fait que ce mécanisme est une mise en relation. En effet, il relie la praticité qui constitue la substance du savoir-faire traditionnel avec la communauté traditionnelle. Ce faisant, l'affectation soumet une interrogation qui consiste à rechercher un agent juridique traduction d'une individualisation nécessaire des droits dont reste titulaire la communauté traditionnelle.

B. Les conséquences du caractère communautaire.

Le caractère communautaire du savoir-faire traditionnel détermine fortement l'identification de la personne physique ou morale habilitée à exercer les prérogatives découlant des droits collectifs reconnus aux communautés traditionnelles, il faudra faire appel à la notion de pouvoir pour consacrer le nécessaire agent juridique. Il rend surtout impossible la reconnaissance d'un droit

ce point de vue que pour comprendre juridiquement la nature exacte du savoir-faire traditionnel ou même simplement le fixer ou le définir, il sera peut-être nécessaire de comprendre auparavant les influences culturelles qui l'ont façonné. Peu importe que le savoir-faire traditionnel soit créé ou non dans le cadre d'une tradition formelle ou systématique ou dans un cadre plus informel ou ponctuel, il tend à être élaboré d'une façon qui est étroitement liée à l'environnement immédiat dans lequel vivent les communautés traditionnelles, et à s'adapter à l'évolution de la communauté en question.

¹²⁴⁷ Le caractère personnel de ce droit suggère un rapprochement avec les droits de la personnalité (Lusac-Schloetter A., *Droit moral et droit de la personnalité. Etude de droit comparé Français et Allemand*, th. Panthéon Sorbonne 2000 ; H-J et A. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, précité p. 303 n° 367), une catégorie juridique qui est en train d'interroger la doctrine moderne (Goubeaux G. *Les personnes, Traité de droit civil*, sous la direction de Ghestin J., LGDJ, 1989, n° 268). Ce rapprochement assez ancien dans la doctrine (Silz, « La notion juridique de droit moral en droit d'auteur », *RTDCiv.* 1933, p. 331) reste un chantier d'actualité (Pollaud-Dulian F., *Droit Moral et droit de la personnalité*, *JCP G.* 1994, I., 3780 ; Caron C., *L'abus de droit et droit d'auteur*, publication de L'IRPI, vol. 17, Litec 1998, n° 128 et s.). Ce rapprochement se justifie par l'idée que l'œuvre de l'esprit est avant tout une émanation de la personnalité (il convient de rappeler ici l'article 1^{er} de la Loi Hellénique de 1993 qui définit le droit moral de l'auteur comme le « droit de protection de son lien personnel envers l'œuvre » ; V° aussi dans ce sens la Loi Italienne de 1941 qui parle de « Protection des droits sur l'œuvre au point de vue de la défense de la personnalité de l'auteur ».)

¹²⁴⁸ Document OMPI/GRTKF/IC/4/8 p. 14

privatif à la communauté traditionnelle ; poussant par là même, l'agent juridique à l'exercice d'un droit privatif inopérant.

1. La consécration d'un agent juridique.

Cette consécration impose que l'on recoure à la notion de pouvoir qui seule semble s'accorder avec caractère passif de la communauté traditionnelle.

a. La notion de pouvoir

282. La notion de pouvoir dès son élaboration a directement représenté un défi pour les poutres maîtresses de la théorie générale du droit français. Le Pr. GAILLARD écrivait à ce propos que : « *pour être pleinement cohérente, la distinction des droits subjectifs et des pouvoirs implique que l'on ait pris parti sur plusieurs constructions essentielles de la théorie générale du droit. A poser la question en ces termes, on s'apercevra qu'aujourd'hui encore la thèse de la dissociation des droits subjectifs et des pouvoirs n'a pas pénétré nos conceptions de façon aussi profonde que l'on pouvait s'y attendre ou qu'on l'affirme parfois.* »¹²⁴⁹ Selon l'auteur, la menace qui pèse sur l'édifice du droit français est « *le renversement de plusieurs constructions reçues* »¹²⁵⁰.

Cette menace qui a justifié une utilisation très limitée de la notion, ne semble pas être de mise dans la présente occurrence où au contraire, la notion de pouvoir permet une lecture claire d'une situation jusque là rebelle à la conceptualisation. Lorsqu'on parle de pouvoir, le terme de droit subjectif s'invite à l'esprit et pourtant ces deux termes sont distincts. Alors que le droit subjectif se définit comme : « *la prérogative juridique reconnue à son bénéficiaire dans son intérêt propre, le pouvoir, au contraire se caractérise par le fait qu'il est confié à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien.* »¹²⁵¹ L'idée de la séparation des droits en deux catégories distinctes, soumises chacune à un régime propre est une constante du 20^{ème} siècle¹²⁵². La notion naissante de pouvoir n'a pas échappé à la querelle doctrinale entre

¹²⁴⁹ Gaillard E., op. cit. p. 24.

¹²⁵⁰ *Idem.*

¹²⁵¹ Gaillard E., *Le pouvoir en droit privé*, Economica, coll. Droit privé, 1985, p. 21. C'est en effet en s'opposant aux droits subjectifs que la notion de pouvoir s'est affirmée dans le champ juridique français. La division binaire des prérogatives juridiques en droits subjectifs et en pouvoirs constitue le support essentiel de la découverte de la notion.

¹²⁵² Dès 1929, M. David constate que « les droits dont la jouissance est reconnue aux individus se divisent en deux catégories », « les **droits-pouvoirs**, avant tout dans l'intérêt de certains individus qui en sont les titulaires » et « les **droits-fonctions**, reconnus à des individus moins dans leur intérêt personnel que dans celui d'autres personnes », ces derniers étant les seuls susceptibles d'un contrôle du type de celui du détournement de pouvoir connu du droit administratif. Il faut cependant noter, afin d'éviter toute confusion que le terme pouvoir correspond à la notion de droit-fonction plutôt qu'à celle de droit-pouvoir. C'est d'ailleurs dans ce sens que l'entend le Pr. Gaillard dans sa thèse précitée, p. 20

JOSSERAND et RIPERT¹²⁵³, même si ces derniers n'ont pas cru bon de croiser véritablement la plume à son sujet, se contentant l'un et l'autre de mentionner la distinction. Une distinction qui a eu pour premier effet bénéfique de permettre d'exprimer la spécificité de l'abus de droit qui était encore d'approche délicate. La distinction entre droit subjectif et pouvoir, malgré sa proclamation récurrente, n'a pas fait l'objet d'une vision tranchée tout comme elle ne s'est jamais vue reconnaître une portée absolue¹²⁵⁴. Pourtant ce ne sont pas les oppositions de termes qui ont manqué pour approcher la distinction : « *droits à finalité individuelle* » et « *pouvoir* »¹²⁵⁵, les « *droits intérêt* » et « *les droits fonction* »¹²⁵⁶, « *pouvoirs égoïstes* » et « *pouvoirs simples* ».

283. Pour CAPITANT, les pouvoirs ne méritent pas le qualificatif de droit. Au-delà de la brutalité de l'assertion, la distinction qui se dessine entre droit et pouvoir introduit dans cette déclinaison terminologique une notion qui jusque là, était utilisée pour donner un contenu à la fois aux définitions de droit et à celles de pouvoir : les prérogatives¹²⁵⁷.

Il convient alors de se référer à la synthétique proposition de thèse qui clôtura le travail doctoral du Pr. Emmanuel GAILLARD, pour retrouver la place exacte des notions. La première de ces propositions est dénuée d'équivoque : « *le droit positif connaît deux catégories de prérogatives juridiques par essence distinctes : les droits subjectifs abandonnés au libre arbitre de leur titulaire, le sujet de droit*¹²⁵⁸, ...*les pouvoirs conférés à leur titulaire, l'agent juridique*¹²⁵⁹, *dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien, et susceptible à ce titre d'un contrôle judiciaire pour détournement de pouvoir.* »¹²⁶⁰ Les droits subjectifs

¹²⁵³ Jossierand (*De l'esprit des droits et de leur relativité*, n° 308-313) parle de « droits à esprit égoïste » et de droits à « esprit altruïste » alors que Ripert (« Abus ou relativité des droits », *Rev. Crit.* 1929, pp. 39-69) se demande s'il n'a pas lieu de rechercher en droit civil s'il n'y a pas une distinction à faire entre le droit et le pouvoir » dont la puissance paternelle serait l'exemple.

¹²⁵⁴ Après avoir énoncé le principe, les auteurs insistent bien volontiers sur « les limites inhérentes à toute classification (Dubouis L., *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, th. éd. LGDJ, 1962, p. 298), à moins qu'ils n'avouent qu'il s'agit là d' « une distinction plus intuitive que raisonnée » qui n'a aucune vocation à « être parfaitement nette » (Lemée, J., *Essai sur la théorie de l'abus de droit* ; th. Paris 12^{ème} 1977, n° 654)

¹²⁵⁵ Gaillard Emile, op.cit ; comp. Légal A. et Brethe de la Gressaye J., op. cit., p. 18 et s.

¹²⁵⁶ Legal A. et Brethe de la Gressaye, J., op. cit., pp. 35-36.

¹²⁵⁷ Dictionnaire de culture juridique, Alland D. et alii, V° prérogative. Pour éviter toute confusion, nous écarterons l'acception anglo saxonne de prérogative qui y voit : « non seulement une compétence mais aussi un pouvoir discrétionnaire permettant de combler les lacunes juridiques, de faire primer l'esprit sur la lettre de la loi ou de violer cette dernière si cela est nécessaire ». Voir cependant dans ce sens, et pour des développements juridiques philosophiques et théoriques : Allen J., *Recherches sur l'origine et l'accroissement de la prérogative royale en Angleterre*, Paris, 1834. - Chitty J., *A Treatise on the Laws of the Prerogative and the relatives Duties and Rights of the Subjects*, Londres, 1820. - Combe C., « Le pouvoir de dispense du roi : la prérogative dans l'Angleterre des XIIIe-XVIIe siècles », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, no 25, avril 1997, p. 46. - Dunn, J, *La Pensée politique de John Locke*, Paris, PUF, 1991. - Holdsworth W. S., *A History of English Law*, Londres, 10 vol., 1903-1938. - Locke J., *Second traité du gouvernement civil*, Paris, PUF, 1993. - Wotmuth F. D., *The royal Prerogative, 1603-1649*, New York, Cornell UP, 1939.

¹²⁵⁸ C'est nous qui soulignons.

¹²⁵⁹ C'est nous qui soulignons.

¹²⁶⁰ Gaillard E., *Le pouvoir en droit privé*, Th. précité, p. 232 (proposition de thèse n° 1)

comme les pouvoirs seraient constitués de prérogatives exercées dans un cas par des sujets de droit et dans l'autre par des agents juridiques. Ici, guette un danger : « *il n'est jamais souhaitable, en effet de bouleverser un usage acquis pour une simple question de mots. C'est risquer d'ajouter à la confusion et souvent se condamner au solipsisme.* »¹²⁶¹ La distinction qui est faite entre pouvoir et droit subjectif d'une part, et sujet de droit et agent juridique d'autre part, est d'autant plus utile qu'il apparaît qu'en matière de savoir-faire traditionnel, celui qui exerce les prérogatives s'apparente plus à un agent juridique qu'à un sujet de droit, exerçant des droits subjectifs. Il est ainsi utile de donner une assise juridique à la discrimination des hypothèses dans lesquelles l'agent juridique est un simple représentant agissant au nom d'un véritable sujet de droit de celles dans lesquelles, il ne peut se voir attribuer une telle qualité, par défaut des conditions de personnification¹²⁶².

284. Un agent juridique¹²⁶³, titulaire de pouvoirs et non de droits, est une réalité rencontrée tant en droit public que privé, tant en droit national qu'en droit étranger¹²⁶⁴. L'on se souviendra que la 1^{ère} édition du Vocabulaire Capitaine nous enseigne que le mot agent signifie dans un sens très large, « *mandataire ou préposé* »¹²⁶⁵. Quoi qu'il en soit, deux termes que sont la volonté et l'intérêt apparaissent dans la structure des hypothèses de pouvoir¹²⁶⁶.

La situation que préfigure l'introduction de la notion de pouvoir dans le débat sur les prérogatives portant sur le savoir-faire traditionnel est la suivante :

- il y aurait, d'un côté, un titulaire du droit subjectif de propriété qui porte sur le bien juridique que constitue le savoir-faire traditionnel. Ce titulaire de droits qui est la communauté traditionnelle serait frappé d'une incapacité juridique de les exercer car il ne possède pas la personnalité juridique¹²⁶⁷.
- Il y aurait de l'autre, un titulaire de pouvoirs portant sur l'ensemble des savoir-faire traditionnels, doté de prérogatives qui ont pour but de servir l'intérêt de la communauté.

¹²⁶¹ Gaillard E., *Le pouvoir en droit privé*, Th. précité, p. 45.

¹²⁶² Cf. développements sur : l'existence souhaitable mais pas nécessaire d'une personne juridique.

¹²⁶³ Dans son ouvrage d'Introduction à la science du droit, M. Rigaux consacre un chapitre à l'agent juridique qu'il définit cependant par référence à l'acte juridique (F. Rigaux, ...chapitre 5 pp. 16-18 et p.21.)

¹²⁶⁴ On retrouve ainsi la terminologie du droit anglais (Sur l'Agency, voir David R., *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 1973) qui conçoit sous le terme générique de « agency » toutes mes relations juridiques existant entre un « principal » et un « agent » chargé de traiter avec les tiers au nom du principal, indépendamment de la source conventionnelle ou légale de ces hypothèses qui correspondent grossièrement au droit français de la représentation.

¹²⁶⁵ De même trouve-t-on sous la plume de MM. Hebraud et Verdot, qui examinent dans l'article qu'ils ont consacré à l'acte juridique, le cas des « actes de fonction » passés dans un intérêt autre que celui de l'agent investi de la compétence ou du pouvoir de le faire, l'utilisation du terme agent au sens de titulaire de pouvoirs (*Rep. Civ. Dalloz*, v° Acte).

¹²⁶⁶ Gaillard E., th. précitée, n° 309.

¹²⁶⁷ Pour une vision inversée qui considère que la capacité d'exercice du droit est le critère de la personnalité juridique : Voir Dupuy, *Droit international public*, 5^{ème} édition, 2000, p. 200, n° 195 où il est écrit : « La capacité d'agir est le critère déterminant de la personnalité juridique ».

- Il y aurait enfin, un intérêt suffisamment structuré et digne d'être juridiquement protégé.

La personnalité juridique de la communauté « sujet de droit » n'est pas indispensable au mécanisme invoqué étant donné que la notion d' « intérêt », par la technique de la personnification peut se substituer à elle. La seule personne juridique essentielle est celle qui va exercer les prérogatives qui constituent son pouvoir.

b. L'adéquation de la notion de pouvoir.

285. Bien que les droits portant sur le savoir-faire traditionnel soient généralement considérés sous l'angle de droits d'affectation communautaires, ils peuvent néanmoins « être conférés » à des individus dans un système de gestion traditionnelle.

Pourtant, plusieurs participants aux travaux du Comité Intergouvernemental ont souligné que les expressions du folklore et les expressions culturelles traditionnelles sont en général considérées comme étant d'origine collective et sont détenues collectivement de sorte que tout droit sur ce matériel doit être dévolu à des communautés, plutôt qu'à des individus¹²⁶⁸.

Dans ce sens, le droit coutumier peut permettre de déterminer les modalités d'attribution des prérogatives au sein de la communauté. La loi panaméenne offre un exemple d'intégration du droit coutumier dans un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels¹²⁶⁹. La loi brésilienne quant à elle, offre une possibilité d'attribuer la titularité des savoir-faire traditionnels détenus par des individus à la communauté même lorsqu'un seul membre en est possesseur¹²⁷⁰. Cette disposition qui semble contribuer à nier l'existence d'une titularité individuelle de droit de propriété sur un savoir-faire traditionnel particulier, constitue un mécanisme de désignation qui peut compliquer prodigieusement la tâche dans le cas de savoir-faire régionaux¹²⁷¹. Elle traduit surtout la réticence de la loi brésilienne à considérer l'existence d'un droit individuel sur le savoir-faire traditionnel.

¹²⁶⁸ GRULAC (page 5 de l'annexe II du document OMPI/GRTKF/IC/1/5), SAARC (paragraphe 26 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), Indonésie (paragraphe 29 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13). Selon les défenseurs de cette thèse les droits communautaires peuvent avoir deux dimensions : - des droits et des intérêts communautaires coutumiers sur les expressions sous-jacentes du folklore *stricto sensu* pourraient être reconnus et protégés au sens de la propriété intellectuelle, et - des droits et des intérêts communautaires coutumiers sur une œuvre qui est aussi protégée par le droit d'auteur au nom d'un auteur individuel pourraient être reconnus et protégés.

¹²⁶⁹ Voir l'article 15 de la loi n° 20 du Panama.

¹²⁷⁰ Tout savoir traditionnel associé peut être détenu par la communauté, même si ce savoir n'est détenu que par un seul membre de la communauté (art. 9, paragraphe unique).

¹²⁷¹ Cf. infra développements sur la transnationalité.

Il convient de se rappeler les mots du Pr. Graham DUTHFIELD qui renonce à la constitution d'un véritable droit de propriété pour soutenir au minimum l'existence d' « *une habilitation légale* »¹²⁷². L'auteur écrit: « *Perhaps the most significant word of all, though, is 'holders', which may not imply ownership but minimally suggests the existence of legal entitlements* »¹²⁷³. Une autre partie de la doctrine estime, à l'instar de Mme Kelly BANNISTER,¹²⁷⁴ que « la titularité » en matière de savoir-faire traditionnels est un « *ensemble de fonctions* » qui peuvent être ventilées selon les cas entre la collectivité et les individus composant cette communauté. Ainsi, Pour Mme BANNISTER, le « *Prior Informed Consent* »¹²⁷⁵ de la communauté » peut être assimilé à une fonction de « gardien d'accès » exercée par un sous-groupe au sein de la communauté autochtone. Quelquefois, il s'agit d'une entité politique respectée, d'un groupe d'Aînés ou d'autres membres de la communauté¹²⁷⁶.

286. Des tribunaux ont bien voulu reconnaître des intérêts communautaires sur une œuvre protégée par le droit d'auteur¹²⁷⁷. Le droit d'auteur communautaire pourrait aussi faire l'objet d'une disposition *sui generis* particulière dans la législation sur le droit d'auteur. Ainsi, l'Australie, dans la logique des jurisprudences *Mundford* et *Milpururru*¹²⁷⁸ étudie la possibilité d'accorder aux communautés le droit d'exercer les prérogatives du droit moral afin de se protéger contre toute utilisation inappropriée, malveillante ou susceptible de heurter leur sensibilité culturelle de matériel protégé fondé sur la tradition¹²⁷⁹. Le Ministre de la justice Australien a annoncé l'intention de son Gouvernement de présenter au parlement les modifications nécessaires à la loi sur le droit d'auteur avant la fin de 2003¹²⁸⁰. Le projet de loi issu de cette initiative, déjà passé devant la chambre des représentants, pourrait devenir loi dès le 1er trimestre 2007¹²⁸¹.

¹²⁷²C'est nous qui traduisons l'expression "legal entitlement".

¹²⁷³ **Dutfield, G.** "The Public and Private Domains: Intellectual Property Rights in Traditional Ecological Knowledge", WP 03/99, *OIPRC Electronic Journal of Intellectual Property Rights*, <http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0399.html> consulté le 10 avril 2006.

¹²⁷⁴ **Bannister, K.**, Attachée de recherche au projet POLIS sur la gouvernance écologique et professeure adjointe à la School of Environmental Studies (Université de Victoria, Canada).

¹²⁷⁵ Le droit de donner un consentement éclairé en connaissance de cause contenu dans l'article 8j de la CDB de 1992.

¹²⁷⁶ **Bannister, K.**, « Les enseignements utiles en matière d'accès et de partage des avantages : politiques universitaires, protocoles communautaires et consentement préalable en connaissance de cause de la communauté » in *Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation, Compte rendu des discussions, Mexique 2004*, p. 240

¹²⁷⁷ Voir **Janke, T.**, *Minding Culture - The Protection of Traditional Cultural Expressions*, étude commandée par l'OMPI, *passim*.

¹²⁷⁸ *Foster c. Mountford* (1976) 29 FLR 233, *Milpururru c. Indofurn Pty Ltd* (1995) 30 IPR 209, *Bulun Bulun & Milpururru c. R & T Textiles Pty Ltd* (1998) 41 IPR 513 et *Bulun Bulun c. Flash Screenprinters* (affaire examinée dans (1989) EIPR Vol 2, pp. 346-355), Précités, cf. Chap.1, p.

¹²⁷⁹ Intervention de la délégation de l'Australie (par. 131 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15).

¹²⁸⁰ Onzième colloque biennal sur la pratique et la législation du droit d'auteur, 2003, Sydney, 21 et 21 novembre 2003.

¹²⁸¹ Revue Internationale de Droit d'Auteur, Chronique de Sam Ricketson juillet 2006, www.la-rida.com/chr.

287. Certaines législations *sui generis* autonomes portent aussi l'affirmation de droits collectifs. Tel est le cas par exemple de la loi des Philippines qui prévoit des droits pour les « *communautés culturelles autochtones ou peuples autochtones* » et de la loi du Panama qui prévoit la protection des « *droits collectifs des peuples autochtones* » et les demandes d'enregistrement de ces droits doivent être effectuées par « *les congrès généraux ou les autorités traditionnelles autochtones* ».

La disposition la plus intéressante à notre avis se trouve dans le cadre régional du Pacifique qui confère des « *droits culturels traditionnels* » aux dépositaires traditionnels, définis comme « *le groupe, le clan ou la communauté de personnes, ou un individu qui est reconnu par un groupe, un clan ou une communauté de personnes comme étant l'individu à qui a été confiée la garde ou la protection des expressions culturelles, conformément à la législation et aux pratiques coutumières de ce groupe, de ce clan ou de cette communauté* »¹²⁸². Ces droits s'additionnent à toute propriété intellectuelle qui peut subsister sur les expressions de la culture mais n'affectent pas cette propriété intellectuelle.

En effet, et par principe, cette loi a pour but de « *compléter les droits de propriété intellectuelle et non leur être contraire* », tout en ayant pour objet de « *protéger les droits des propriétaires traditionnels sur leurs savoirs traditionnels, de permettre la créativité et l'innovation à partir du fonds de la tradition et de commercialiser les œuvres ainsi produites sous réserve du consentement préalable et éclairé des propriétaires traditionnels et du partage des avantages* ». ¹²⁸³ Au-delà du fait que la législation régionale du Pacifique s'en remet aux mécanismes traditionnels de désignation des titulaires ou personnes habilitées à exercer les prérogatives rattachées au savoir-faire traditionnel ; elle nous fournit un indice de ce que ces prérogatives ne sont nullement l'expression d'un droit dont seraient titulaires les personnes agissantes. En effet, en disposant que le titulaire des prérogatives est celui : « *à qui a été confiée la garde ou la protection* »¹²⁸⁴ *des expressions culturelles, conformément à la législation et aux pratiques coutumières de ce groupe, de ce clan ou de cette communauté* », elle indique que le titulaire du droit n'est jamais celui qui exerce les prérogatives.

Même si ce titulaire de prérogatives, dans le cas d'organes représentatifs de la communauté, se confond partiellement avec le titulaire du droit, l'altérité

¹²⁸² Cette loi-type est déjà considérée comme une avancée significative et un excellent instrument. Elle définit les droits culturels traditionnels et jette les bases, en autres, d'une procédure d'obtention du « consentement préalable éclairé des propriétaires traditionnels » devant toute utilisation de savoirs traditionnels. Elle pose également une répression des infractions et institue une structure d'arbitrage, dite autorité culturelle. Source : *Les Nouvelles calédonniennes*, livraison du Mardi 17 septembre 2002 : www.lnc.nc.webpress/articles/20020917/A37709.asp

¹²⁸³ *Les Nouvelles calédonniennes*, livraison du Mardi 17 septembre 2002 : www.lnc.nc.webpress/articles/20020917/A37709.asp consulté la 10/09/2004.

¹²⁸⁴ C'est nous qui soulignons.

nécessaire du titulaire des prérogatives portant sur le savoir-faire traditionnel caractérise l'une des composantes essentielles de la notion de pouvoir. En effet, la représentation est selon le Pr. GAILLARD : « *le mécanisme qui transforme l'usage d'un pouvoir en l'exercice d'un droit subjectif* »¹²⁸⁵ Pouvoir et représentation apparaîtraient comme « *deux techniques concurrentes d'imputation des effets d'un acte passé par un individu dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien.* »¹²⁸⁶

S'il fallait malgré tout parler de droit pour caractériser la situation de celui qui exerce ou est habilité à exercer les prérogatives portant sur le savoir-faire traditionnel, ce dernier ne pourrait être que personnel compte tenu de l'idée de délégation ou de représentation qui se trouve en permanente concurrence avec la notion de pouvoir.

288. Toutefois, la plupart des législations nationales prévoient actuellement une protection *sui generis* des expressions culturelles traditionnelles. Elles sont fondées sur les dispositions types et la loi type de Tunis qui attribuent « *des droits* » à l'État ou à un organe statutaire, ou au moins prévoient, ce qui est plus conforme à la réalité juridique de la situation, que ces droits « *doivent être gérés et exercés* » par l'État¹²⁸⁷.

La situation décrite ci-dessus qui fonde les prérogatives ayant pour objet le savoir-faire traditionnel sur la notion de pouvoir, déniant du coup à ceux qui exercent ces prérogatives la qualité de titulaire de droits est-elle applicable *in integrum* au cas de l'individu qui ferait une invention au sens civil et intellectuel du terme ou qui ferait œuvre de création à partir d'un savoir-faire traditionnel ?

En d'autres termes, ne peut-il pas exister, relativement aux savoir-faire traditionnels, des droits dont pourraient être titulaires les personnes qui exercent les prérogatives ? Il est un fait, et les États l'ont aussi noté, que des individus mettent au point des savoir-faire traditionnels et créent des expressions du folklore et des expressions culturelles traditionnelles et que les droits qu'ils détiennent au titre du droit d'auteur et d'autres droits de propriété intellectuelle comme le brevet doivent être reconnus. Certains font valoir que reconnaître ces droits est essentiel pour encourager et promouvoir la créativité fondée sur les traditions. C'est précisément ainsi, considèrent-ils, que le système de la propriété intellectuelle est censé fonctionner : son rôle ne consiste pas à récompenser la

¹²⁸⁵ Gaillard E., *Th. Précitée*, V° plus spécialement les relations de la notion de pouvoir et de représentation les n° 5-7 ; 250 et s.

¹²⁸⁶ *idem*, p. 233.

¹²⁸⁷ Elles prévoient que l'autorisation d'utiliser des expressions du folklore doit être obtenue auprès d'une entité (une "autorité compétente") créée par l'État (cette option crée la fiction juridique que l'État est l'"auteur" ou le "titulaire" des droits sur ces expressions) ou auprès de la "communauté concernée" (article 10.e)). La loi type de Tunis exige que des droits sur le folklore soient exercés par une autorité nommée par le gouvernement (article 6). Dans la plupart des cas, le produit de la délivrance de titres de protection est affecté à des programmes liés au patrimoine national, au bien-être social et à la culture.

préservation du passé ce qui correspondrait à « *l'esprit de musée* » tant décrié, mais plutôt à le revitaliser et à stimuler la créativité fondée sur les traditions aux fins de la croissance économique¹²⁸⁸. Il est aussi souligné que tout droit d'auteur sur une œuvre dérivée ne porte que sur le matériel nouveau et laisse le matériel sous-jacent en l'état.

298. Ce principe se résume à la reconnaissance d'un droit de propriété intellectuelle sur des objets nouveaux. Il peut aussi s'appliquer aux inventions qui peuvent être l'assiette de droits appartenant cette fois-ci à l'inventeur. Cette propriété du droit portant sur l'invention nouvelle ne préfigure en rien celle du droit portant sur le savoir-faire traditionnel qui demeure hors de la portée de l'individu. Ces deux droits étant distincts, et relevant de deux titulaire distincts, le nouvel inventeur ou le créateur ne sont théoriquement pas à l'abri d'une revendication émanant des titulaires de prérogatives portant sur le savoir-faire traditionnel. Il est probable que les créateurs et inventeurs appartenant à la communauté traditionnelle, ne se trouvent que très rarement confrontés à un tel cas de figure. Rien en théorie pourtant, ne les met à l'abri d'une telle occurrence.

Ainsi, la question qui reste posée est celle de savoir s'il faut, et comment il faut réglementer les œuvres dérivées créées par des individus, en particulier lorsqu'ils n'ont aucun lien avec les traditions et le matériel culturel qu'ils ont adaptés ou dont ils ont emprunté la praticité. Que l'on soit personne physique ou morale, les droits de propriété intellectuelle dont on peut être titulaire sur une invention ou une création doivent être considérés comme distincts des droits qui peuvent exister originellement et relativement au savoir-faire traditionnel. C'est dans ce sens que semblent abonder l'Accord de Bangui et les autres systèmes *sui generis* et lois nationales qui sont en général dépourvues de ces restrictions. Les dispositions types par exemple, ne prévoient pas de droit d'adaptation et comprennent une large « exception d'emprunt ».

Or, c'est souvent l'adaptation et la commercialisation d'éléments traditionnels par des personnes étrangères à la communauté traditionnelle qui peuvent causer le plus de tort culturel et de dommage économique. Une proposition rigoureusement insoutenable est celle qui veut que le droit d'auteur et les autres droits de propriété intellectuelle sur les créations inspirées des traditions qui sont le fait d'étrangers à la communauté ne soient pas reconnus¹²⁸⁹. L'on se demande ce qui pourrait fonder cette interdiction si ce

¹²⁸⁸ Communauté européenne (document WIPO/GRTKF/IC/3/11), Égypte (par. 34 du document WIPO/GRTKF/IC/1/13), document soumis par le groupe des pays africains (document WIPO/GRTKF/IC/3/15).

¹²⁸⁹ Voir Document WIPO/GRTKF/IC/10/5, Annexe, page 281 p. 4 point 5 des objectifs généraux de protection qui envisage de : « donner aux détenteurs de savoirs traditionnels les moyens de protéger leurs savoirs en prenant pleinement en considération le caractère distinctif de ces systèmes et la nécessité

n'est la préexistence d'un droit de propriété fut-elle intellectuelle ou de droit commun, qui serait reconnu à la communauté traditionnelle à titre collectif.

291. Pour ce qui est des droits d'auteur, le code de la propriété intellectuelle est flou sur la question de savoir si une personne morale pouvait se voir reconnaître la qualité d'auteur¹²⁹⁰. L'on peut cependant déduire sa position de la formulation de l'article L 111-1 al. 3 qui dispose : « *l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance (...)* », et surtout du travail de la doctrine qui a conduit à la reconnaissance progressive de *l'inaptitude essentielle d'une personne morale à être titulaire originaire des droits sur une œuvre* »¹²⁹¹. Avant d'exposer la position que l'on peut déduire du droit positif français, qui viendra souligner le caractère inacceptable d'une telle proposition, notons simplement qu'elle est injustifiée. Peut être n'est-elle que la traduction maladroite de ce que l'originalité des œuvres inspirées par les savoir-faire traditionnels doit s'analyser en étroite relation avec le contenu de ces savoir-faire. Cette possibilité ne saurait se traduire par une interdiction de principe de constituer un droit de propriété intellectuelle sur une partie des savoirs traditionnels si celle-ci satisfait aux conditions expresses d'une telle protection. Nous le disions plus haut, les personnes physiques ou morales qui présentent un lien particulier d'appartenance avec la communauté traditionnelle n'en ont pas moins la possibilité de requérir et d'obtenir un droit de propriété intellectuelle distinct du droit de la communauté qui ne porte que sur la propriété de l'objet juridique qu'est le savoir-faire traditionnel. Cette interdiction de principe ne peut donc être recevable mais la question n'est pas pour autant évacuée : est-il possible que la communauté traditionnelle exerce un droit de propriété intellectuelle concurrent de celui que pourrait requérir une personne qui lui serait extérieure ? Un tel postulat, en dehors de tout système national *sui generis*, est passablement soutenable en droit de la propriété intellectuelle où la personne morale comme la titularité collective de droits est parcimonieusement reçue.

d'élaborer des solutions adaptées à leur caractère distinctif, tout en gardant à l'esprit que ces solutions doivent être équilibrées et équitables, garantir la mise en œuvre des systèmes classiques de propriété intellectuelle de manière à favoriser la protection des savoirs traditionnels contre une appropriation illicite, et donner aux détenteurs de savoirs traditionnels des moyens concrets d'exercer dûment leurs droits et d'avoir la maîtrise de leurs propres savoirs».

¹²⁹⁰ Nous essayons ici de démontrer par l'absurde l'incapacité des communautés traditionnelles à s'opposer à la constitution d'un droit de propriété intellectuelle en se fondant sur un droit antérieur de propriété intellectuelle dont elles seraient titulaires. Cette démonstration fait délibérément fi de ce que la communauté autochtone ne possède pas la personnalité juridique. Elle s'adresse au cas où la communauté traditionnelle exerce par le truchement d'un représentant, personne morale, une action en contrefaçon par exemple.

¹²⁹¹ Sur cette inaptitude essentielle et les différences qu'elle induit avec le régime de copyrights des USA voir Piriou F.-M., *Personne morale et droits d'auteur en France et aux Etats-Unis*, th. Paris 2, 2001.

Au-delà de la capacité des communautés traditionnelles à être « titulaire » d'hypothétiques droits de propriété intellectuelle, c'est la question de l'existence même de ces droits de propriété intellectuelle traditionnelles en dehors de toute construction *sui generis*, qui se pose¹²⁹².

292. Au total, et quel que soit le mécanisme invoqué, l'issue du contentieux qui peut s'élever dépendra partiellement du droit requis et acquis au nom de la communauté traditionnelle. Sauf à faire état d'une propriété intellectuelle préconstituée, rien n'empêche en effet que de nouveaux droits soient reconnus à d'éventuels nouveaux demandeurs. En l'absence d'une telle formalité constitutive de droits de propriété intellectuelle, ne subsisterait sur les savoir-faire traditionnels qu'un droit de propriété garanti par des prérogatives que peuvent exercer les personnes physiques comme les personnes morales investies de ce pouvoir. Il est alors possible de comprendre l'approche que l'on trouve dans le cadre régional du Pacifique, qui est de ne pas dénier le droit d'auteur ou d'autres droits de propriété intellectuelle aux « œuvres ou inventions dérivées » émanant de créateurs ou d'inventeurs non traditionnels mais d'imposer à ces créateurs extérieurs ou inventeurs, des obligations vis-à-vis de la communauté concernée¹²⁹³.

Ainsi, la notion de pouvoir appliquée aux savoir-faire traditionnels nous permet de distinguer :

- le titulaire des droits portant sur l'objet immatériel qu'est le savoir-faire traditionnel : la communauté traditionnelle, une « *protopersonne* »¹²⁹⁴ dont la signification juridique peut se résumer à un centre intérêt¹²⁹⁵ digne d'être juridiquement protégé.
- Les titulaires de droits de propriété intellectuelle qui peuvent être des personnes physiques comme des personnes morales¹²⁹⁶
- Le bénéficiaire de l'individualisation de l'exercice du droit qui est titulaire des prérogatives portant sur le savoir-faire traditionnel.

Au vu de cette triple catégorisation, l'on appréhende un peu mieux les relations qui peuvent se nouer entre les communautés autochtones, les individus

¹²⁹² Nous aurons l'occasion, dans la section suivante, d'évaluer les grandes lignes des régimes *sui generis* qui sont proposés par les différentes législations. Seule nous intéressera pour l'heure, la question de la titularité individuelle ou collective des droits.

¹²⁹³ Ces obligations, pouvant prendre la forme de : accession à la co-titularité (pour les brevets et autres propriétés industrielles), reconnaissance de la communauté comme source, partage des avantages découlant de l'exploitation du droit d'auteur ou respect d'une certaine forme de droit moral à l'égard des traditions sous-jacentes utilisées.

¹²⁹⁴ Au sens du mot grec qui signifie : « premier, primitif, rudimentaire » ; V° le mot in *Le Petit Robert*. 1996, p. 1809 ; Voir également sur cette acception du terme, **Henri Cottet**, *Dictionnaire des structures du Vocabulaire savant*, Les usuels du Robert, 1989, p. 350.

¹²⁹⁵ Voir article « entre les personnes et les choses, les centres d'intérêt ». RTDCiv. 2000, pp.

¹²⁹⁶ Avec une légère nuance pour les droits d'auteur.

appartenant à ces communautés traditionnelles, et les personnes étrangères à ces communautés sans qu'apparaisse dans cette triple distinction une quelconque idée de ségrégation.

La communauté traditionnelle reste « titulaire » de droits qu'elle ne peut pourtant exercer de façon autonome.

Les personnes physiques appartenant à ces communautés traditionnelles et les personnes morales qui en sont les organes représentatifs ne sont investies quant à l'exercice des droits dont est « titulaire » la communauté traditionnelle, que de pouvoirs. En attestent justement les articles 83 et 84 de la Loi du Costa Rica qui disposent que : « *Le titulaire des droits de propriété intellectuelle sui generis des communautés est déterminé par un processus participatif impliquant les communautés autochtones et de petits paysans, qui doit être défini par la Commission nationale de gestion de la biodiversité* ». Le processus participatif dont il est question aboutit à habilitier des personnes juridiques déterminées à agir afin de défendre le savoir-faire traditionnel en question dans l'intérêt de la communauté traditionnelle.

293. Individuellement, les personnes physiques et morales, selon qu'elles appartiennent à la communauté traditionnelle, ou pas, sont libres si elles remplissent les conditions, de requérir et d'obtenir des droits de propriété intellectuelle sur différents aspects individualisés des savoir-faire en question. Si de tels droits venaient à être reconnus, il ne s'agirait plus là de droit appartenant à la communauté traditionnelle mais bel et bien de droits dont les titulaires seront les personnes physique et/ou morale qui les ont requis.

La faculté qui serait ainsi laissée aux personnes physiques et morales de demander et d'obtenir des droits de propriété intellectuelle sur les savoir-faire traditionnels, laisse entières, les possibilités de contestation de ces droits de propriété intellectuelle qui sont habituellement reconnues aux communautés¹²⁹⁷. Le fait que ces personnes appartiennent à la communauté traditionnelle devrait être indifférent de ce point de vue. Dans cette optique, tous les moyens de destruction de la nouveauté en matière de brevets peuvent être utilisés par ces dernières. La marge de manœuvre sera plus réduite en matière de droits d'auteur, ceux-ci ne requérant aucune formalité pour exister.

Ainsi, les personnes physiques et morales, lorsqu'elles requièrent des droits de propriété intellectuelle sur des aspects des savoir-faire traditionnels dont ils sont possesseurs, se retrouvent dans la même situation d'altérité par rapport à la communauté traditionnelle. La seule différence qui peut subsister dans la pratique sera la propension moins grande des communautés à diligenter des actions contre leurs propres ressortissants. Mais il ne s'agit là que d'une

¹²⁹⁷ Conf. principalement les méthodes défensives.

différence pratique ; dans la théorie, les possibilités d'attaque demeurent entières.

Comme conséquence de ce qui précède, il est permis de soutenir que les personnes physiques ressortissant des communautés traditionnelles ont une double casquette : celle d'agent juridique, titulaire de pouvoirs sur l'objet qu'est le savoir-faire traditionnel et celle, le cas échéant, de titulaire de droits de propriété intellectuelle distincts.

294. La clarté de ce schéma est parfois remise en cause par une catégorie de contentieux qui oppose deux entités non traditionnelles à propos de la reconnaissance de droit exclusifs sur des ressources génétiques traditionnelles et des savoir-faire associés. C'est le cas de deux organismes de recherche qui conduisent des travaux concomitants et parallèles qui aboutissent à des demandes de brevet.

2. Une individualisation trompeuse : le cas de l'Etat et des organismes de recherche gouvernementaux.

295. Il est utile de partir d'un exemple concret : L'Université de Toledo¹²⁹⁸ s'est emparée du travail de chercheurs éthiopiens sur "Endod", une plante locale connue pour ses effets mortels sur les poissons. Ces chercheurs ont découvert que cette plante agissait sur des mollusques et pouvait être utilisée pour combattre la Bilharziose. Les brevets 5,252,330 et 5,334,386 déposés par l'Université de Toledo ont par la suite été opposés aux chercheurs éthiopiens¹²⁹⁹. Dans une procédure de contestation inverse l'on peut citer le cas du « *Lepidium* ». Les brevets portant sur *Lepidium meyenii* (aussi appelé « maca ») illustrent une fois de plus comment le système des brevets étrangers peuvent mettre en présence des acteurs dont on ne vérifie que très légèrement les habilitations et les compétences. Lorsqu'il s'agit d'une action en contestation de brevets ou en annulation de brevets, les demandeurs à l'action peuvent apparaître à tort comme exerçant un DPI Traditionnel. Les prérogatives qui peuvent dans de telles situations, être exercées par les laboratoires nationaux ou d'autres organismes de recherche étatiques sont tout au plus fondées sur leur intérêt à agir et ne peuvent valablement reposer sur l'existence d'un quelconque droit qui se serait constitué sur le savoir-faire traditionnel en question.

Ceci n'a pas empêché d'affirmer, dans le cas de *Lepidium* qu'« *il s'agit de ressources sur lesquelles le Pérou*¹³⁰⁰ (en tant que pays d'origine) *détient une*

¹²⁹⁸ Etat de l'Ohio, Etats-Unis.

¹²⁹⁹ Il leur a été réclamé une licence de 50 000 dollars (plus 2,5% de royalties et de charges légales, (*Letter from John M. Kane, Technology Transfer Specialist, University of Toledo, to Dr. Aklilu Lemma, President, Endod Products, Inc., 9 March 1995.*)

¹³⁰⁰ Cette situation n'est en aucun cas propre au Pérou. En effet, divers pays dotés d'une très grande diversité biologique pouvant être industrialisée ou commercialisée souffrent exactement du même

*série de droits*¹³⁰¹ qui ne sont ni pris en considération, ni respectés. Il est question ici de savoirs¹³⁰² qui, bien que difficiles à étayer, ont été largement utilisés par les anciens Péruviens pendant longtemps. Cet état de choses s'explique par le fait que de nombreuses utilisations alimentaires, nutritionnelles¹³⁰³ ou médicinales (action sur la fertilité¹³⁰⁴, aphrodisiaque¹³⁰⁵ et anticancéreux¹³⁰⁶) de la maca, revendiquées dans ces brevets, reviennent traditionnellement aux peuples autochtones du Pérou. »

Une large concertation¹³⁰⁷ a précédé la phase de contestation du brevet pour des raisons qui ne manquent pas de surprendre. En effet, si les autorités

problème lorsqu'il est question de l'utilisation qui est faite du système de propriété intellectuelle en général et des brevets en particulier.

¹³⁰¹ C'est nous qui soulignons.

¹³⁰² *Idem*

¹³⁰³ Les racines hypocotyles fraîches de la maca contiennent 80% d'eau et, lorsqu'elles sont sèches, ont une valeur nutritive semblable à celle du maïs, du riz et du blé. Sa composition comprend 55 à 60% de carbonate hydraté, 10 à 12% de protéines, 8 à 9% de fibres et 2 à 3% de lipides. La maca contient de grandes quantités d'acides aminés essentiels et présente un niveau élevé de fer et de calcium. Elle contient aussi des acides gras, parmi lesquels l'acide linoléique, l'acide palmitique et l'acide oléique sont les plus importants. Elle contient aussi des stérols et des alcaloïdes (Quiros, C. 1999. « *Genética de la maca y especies relacionadas* » ; *Curso Taller Internacional de la maca. Universidad Nacional Agraria La Molina, del 14 al 18 de julio de 1999. Lima, Perú.*).

¹³⁰⁴ La propriété la plus importante connue dans la tradition andine est son effet sur la fertilité; ceci est la qualité principale attribuée à la maca depuis le XVI^e siècle, qui est considérée comme l'un des facteurs d'augmentation de la population dans les zones les plus élevées du Pérou. On l'utilise aussi pour traiter la frigidité, l'impuissance sexuelle et la débilité mentale (León, C. 1986. *Un proyecto en marcha. A project underway.* AgroNoticias No. 83. September 1986. Lima, Perú. Pp 22-23.; Obregón, L. 2001a. "Maca" (*Lepidium meyenii* WALP, *Lepidium peruvianum*). First International Symposium of Medicinal Plants and Phytotherapy FITO 2001. American Phytotherapy Institute. Lima, Perú. Pp 47-50). Les effets de la maca sur la fertilité ont été vérifiés sur des rats chez lesquels on a constaté une augmentation de la spermatogenèse, un mûrissement des follicules et une multiplication de leur progéniture après leur avoir administré un extrait alcaloïde de maca (Chacón de Popovici, G. 1997. La importancia de *Lepidium peruvianum* Chacón (Maca) en la alimentación y salud del ser humano y animal, 2000 años antes y después de Cristo y en el siglo XXI. Servicios Gráficos Romero. Lima, Perú. 137 pp.); ceux qui avaient été alimentés avec de la maca sèche ou en poudre ont vu augmenter leur fertilité (100%) tout comme leur progéniture ; chez les moutons alimentés avec 80 g de maca pendant 15 jours, on a constaté une augmentation du volume du sperme, de la concentration spermatique et de la mobilité des spermatozoïdes; chez les vaches stériles, la fertilité est revenue après une alimentation par la maca (Pulgar, 1978). Il existe aussi des rapports sur l'utilisation de recettes traditionnelles pour traiter la stérilité chez les femmes et les hommes (García et Chirinos, 1999). Les propriétés de la maca dans le domaine de la fertilité peuvent être dues à la présence d'isothiocyanates biologiquement actifs dérivés de l'hydrolyse de glucosinolates, spécifiquement due à l'isothiocyanate de methoxybenzyl et à l'isothiocyanate de p-methoxybenzyl (Li, G., Ammermann, U. y Quirós, C. 2001. Glucosinolate contents in maca (*Lepidium peruvianum* Chacón) seeds, sprouts, mature plants and several derived commercial products. *Economic Botany* 55(2): 255-262.).

¹³⁰⁵ La maca est aussi connue comme aphrodisiaque, soignant la frigidité chez les femmes et l'impuissance chez les hommes (Pulgar, J. 1978a. La Maca y el uso agrícola de la puna IV. Periódico "Expreso", 29 de mayo de 1978. Lima, Perú. p. 12.). On trouve de nombreux témoignages sur le traitement réussi, par la maca, de cas de frigidité, d'impuissance et de stérilité dans une Clínica folklórica de Junín (León, C. 1986. *Un proyecto en marcha. A project underway.* AgroNoticias No. 83. September 1986. Lima, Perú. Pp 22-23). Cette propriété de la maca pourrait être due à la présence de prostaglandines et de stérols dans la racine hypocotyle et à des amides d'acides gras polyinsaturés.

¹³⁰⁶ Une autre propriété médicinale attribuée à la maca est son effet anticancéreux (Quiroz y Aliaga, 1997). Toutefois, il existe de nombreux articles scientifiques qui se réfèrent à l'effet anticancéreux du glucosinolate et de l'isothiocyanate de benzyl de différentes espèces de la famille *Brassicaceae*, à laquelle appartient aussi la maca (Wattenberg, LW. 1981. *Inhibition of carcinogenic-induced neoplasia by sodium cyanate, tert-butyl isocyanate, and benzyl isothiocyanate administered subsequent to carcinogen exposure.* *Cancer Research*, August 1981, 41(2): 2991-2994. Summary only ;). Depuis que Johns (1980) a isolé des isothiocyanates d'extraits de maca, il est très possible que l'on arrive à la conclusion que la maca a aussi un effet anticancéreux.

¹³⁰⁷ Début 2002, certaines associations telles que Asociación ANDES, PROBIOANDES, ETC GROUP, et quelques institutions du secteur public ont attiré l'attention sur les brevets délivrés par les États-Unis d'Amérique

péruviennes se sont insurgées contre les brevets américains, c'est parce que disent-elles :

« Ces initiatives compromettent toute possibilité d'exportation de produits élaborés à partir de la biodiversité péruvienne, car, étant considérés comme de nouveaux aliments ou de nouvelles plantes médicinales, il faut en prouver l'innocuité pour le consommateur, ce qui serait très coûteux et difficile pour notre pays. Ce point particulier ne traite pas de manière ponctuelle de l'objet des brevets, mais il s'ensuit un effet cumulatif - biopiraterie d'un côté, restrictions commerciales de l'autre. En substance, les possibilités de commerce durable, qui cherchent précisément à valoriser la biodiversité et, partant, à encourager la conservation et une meilleure utilisation, s'en trouvent diminuées. En dernier ressort, les engagements d'actions politiques et normatives découlant de la Convention sur la diversité biologique sont menacés, dans la mesure où concrètement, la limitation des options empêche des pays tels que le Pérou de remplir simplement leur mandat. »¹³⁰⁸

296. Il n'en demeure pas moins que les actions envisagées pour la défense du *lépidium*, le sont par l'Etat du Pérou, qui fonde ici, son action sur la souveraineté qu'il exerce sur le matériel génétique tangible. Cette souveraineté ne saurait être remise en cause, pour autant, le fait qu'elle couvre le matériel tangible ne présage en rien du droit que pourrait avoir l'Etat ou les laboratoires de recherche relevant de son autorité sur le savoir-faire traditionnel qui, rappelons le, est intangible. L'existence d'un droit relativement au savoir-faire traditionnel, sur lequel l'Etat ou ses services pourrait fonder une action demeure donc difficile à affirmer en dehors de dispositions *sui generis* qui confèreraient expressément et automatiquement un tel droit à l'Etat sur les savoir-faire traditionnels.

A notre connaissance, une telle disposition ne figure dans aucune des lois *sui generis* répertoriées. Il en est de même pour le droit français qui en est dépourvu. Il convient de ne pas se laisser influencer par le droit que l'Etat tire de

pour des inventions portant sur la maca. Compte tenu d'éventuelles atteintes aux droits du Pérou en tant que pays d'origine, de la concession de droits aux peuples autochtones du Pérou en tant que détenteurs de savoirs ancestraux sur différentes utilisations de la maca et des répercussions commerciales éventuelles de ces brevets pour les producteurs et les exportateurs de maca péruviens, l'Institut national pour la défense de la concurrence et la protection de la propriété intellectuelle (INDECOP) a pris l'initiative, vers le milieu de l'année 2002, de convoquer un groupe de travail afin d'examiner les brevets délivrés et les demandes en cours d'examen portant sur *Lepidium meyenii*, d'analyser leurs conséquences et d'évaluer les solutions permettant de faire face à cette situation.

¹³⁰⁸ Document, intitulé « Brevets portant sur *Lepidium Meyenii* (maca) : réponse du Pérou soumise par la délégation du Pérou le 9 mai 2003, vue de la cinquième session du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI, Conclusion.

sa souveraineté sur la biodiversité tangible pour en déduire, en l'absence de toute disposition spéciale, un droit préconstitué sur le savoir-faire traditionnel associé.

297. L'inexistence de ce droit n'empêche cependant pas, l'Etat ainsi que les services relevant de son autorité de diligenter et de conduire différentes actions telles que l'annulation de brevet. Ceci serait en adéquation avec son pouvoir général d'encadrement et de protection et l'intérêt à agir à cet effet existe. De tels contentieux sont loin d'être simplement illustratifs. Ils nous renseignent sur une individualisation de l'exercice des prérogatives portant sur le savoir-faire traditionnel qui ne saurait être considérée comme le reflet d'un droit constitué sur les savoir-faire associés au matériel génétique en question. Ils constituent surtout de fertiles antécédents qui ont permis au Pérou d'arracher en décembre 2005 lors, d'une négociation ultérieure d'un accord de libre échange avec le Etats-Unis, la mention de pratiques telles que : consentement préalable et éclairé, partage des avantages, utilisation de l'outil contractuel comme moyen privilégié de protection de la biodiversité. Même si les engagements en question ont été pris dans une lettre séparée, ils ne semblent pas, de l'avis des officiels américains, moins contraignants¹³⁰⁹.

Dans le 1^{er} cas, celui du brevet sur le « endod » Ethiopien, les chercheurs gouvernementaux qui sont face à un brevet américain ont un statut qui n'est pas clair. En effet trois situations sont possibles : soit ils agissent en vertu d'un Droit de Propriété Intellectuelle traditionnel ou alors ils font état d'un droit de brevet. Hors de ces deux premières hypothèses de contestation, l'action menée par le laboratoire Ethiopien ne peut se fonder que sur une procédure d'annulation¹³¹⁰, manifestant une prétention individuelle de la personne morale.

Sans se prononcer pour l'instant sur la validité d'une telle individualisation, il convient de remarquer qu'elle est révélatrice d'un vide structurel que viennent souvent remplir les laboratoires gouvernementaux, les chercheurs qui y travaillent et les autres organes de l'Etat. Les laboratoires en question sont bien souvent l'interface par laquelle passent les savoir-faire traditionnels. Mais sont-ils pour autant titulaires en tant qu'individus, d'un quelconque droit sur ces savoir-faire traditionnels ? Pour se faire une idée exacte de l'individualisation, il faut que l'on prenne la précaution de vérifier un certain nombre de circonstances. Celles-ci en premier, découlent du fait que l'Etat exerce une souveraineté incontestée sur les territoires sous sa juridiction.

De ce fait, les laboratoires de recherche relevant de l'autorité étatique ne sauraient être raisonnablement qualifiés d'usurpatrices des prérogatives dont elles se prévalent dans le contentieux les opposant à l'université de Toledo.

¹³⁰⁹ **Vaughan, M.**, *"US-Peru includes first ever traditional knowledge provisions"*, [www. ip-watch.org/weblog/](http://www.ip-watch.org/weblog/) consulté le 19 décembre 2006 à 16h34.

¹³¹⁰ Qui ne peut aboutir qu'à l'anéantissement partiel ou total du brevet américain.

L'Etat possède en effet un pouvoir d'encadrement et de protection tant sur le matériel tangible qu'intangible. Cependant, il s'agit là d'un pouvoir et non d'un droit quelconque. Cette hypothèse n'est vérifiée que si la collecte du matériel et du savoir-faire a été faite avec le consentement éclairé des communautés traditionnelles. Ainsi, tant que cette « police de la collecte » n'est pas respectée, on se trouvera en face d'un laboratoire, fut-il national, qui sera un faux interlocuteur des exploitants étrangers en tant qu'il prétendra exercer un droit. Il conviendra même, pour fonder son pouvoir vis-à-vis de l'objet intangible que sont les savoir-faire traditionnels associés, de vérifier l'existence d'un accord préalable entre le laboratoire national et les communautés traditionnelles tout comme il est nécessaire de vérifier vis-à-vis du laboratoire américain si les lignes directrices de Bonn ont été entre autres respectées. Le laboratoire national et le laboratoire étranger se retrouvent ainsi dans une situation identique en cas de collecte frauduleuse, et peuvent de ce fait être pareillement inquiétés par les actions des représentants mandatés de la communauté autochtone.

Cette situation est particulièrement protectrice pour les communautés traditionnelles qui verront ainsi leur rôle consolidé dans la compétition qui ne manquera pas de les solliciter. Dans le cadre de la loi type africaine et dans l'hypothèse où l'Ethiopie ne possède pas de texte spécifique relatif aux savoir-faire traditionnels associés aux ressources génétiques, les titulaires des droits ne peuvent être que les « *communautés locales*¹³¹¹, *y compris les groupes professionnels traditionnels, en particulier les praticiens traditionnels* »¹³¹² à condition d'avoir accompli les formalités d'enregistrement¹³¹³. Ainsi, en l'absence d'un droit de propriété intellectuelle constitué sur les connaissances associées au matériel génétique en question¹³¹⁴, le laboratoire de recherche gouvernemental de même que l'Etat ne peut agir en qualité de titulaire d'un quelconque droit de propriété intellectuelle traditionnelle. Dans des circonstances similaires, les approches peuvent fondamentalement différer selon que l'on se trouve en Chine, au Portugal ou en Thaïlande, trois Etats qui se sont dotés de législations relatives aux savoir-faire traditionnels et plus spécifiquement aux savoir-faire appliqués en médecine traditionnelle. Pour la loi portugaise : « *Le titulaire des droits peut être une personne physique ou morale, tant publique que privée, portugaise ou étrangère, qui représente les intérêts de la zone géographique*¹³¹⁵ dans

¹³¹¹ On entend par « communauté locale » « une population humaine dans une zone géographique donnée qui jouit de la propriété sur ses ressources biologiques, innovations, pratiques, connaissances et technologies partiellement ou totalement gouvernées par ses propres coutumes, traditions ou lois » (art. 1 de la loi type).

¹³¹² Article 23.1 de la loi type.

¹³¹³ Toutefois, l'article 23.3 précise que le non enregistrement de tout savoir traditionnel ne signifie pas que ce dernier n'est pas protégé par les droits intellectuels de la communauté.

¹³¹⁴ Et dans ce cas la police de la collecte demande à être contrôlée.

¹³¹⁵ C'est nous qui soulignons.

laquelle une variété locale est la plus répandue ou dans laquelle un matériel indigène spontané présente la plus grande variabilité génétique. Dans le cas d'un savoir traditionnel, le détenteur doit représenter les intérêts de la région d'où le savoir en question est originaire »¹³¹⁶. Le préambule prévoit que les personnes demandant l'enregistrement juridique de variétés locales ou de matériel indigène spontané « peuvent être des personnes morales publiques ou privées, telles que des collectivités locales, des associations d'agriculteurs ou de développement régional ainsi que des personnes physiques ». Comme on peut le voir dans ce cas, c'est le mécanisme de la représentation dont on sait désormais qu'il transforme l'exercice d'un pouvoir en celui d'un droit subjectif¹³¹⁷, qui est le fondement de cette titularité si largement offerte. Il est possible d'imaginer qu'une personne morale puisse être titulaire d'un droit traditionnel *sui generis* mais seulement dans la mesure où ce dernier est conditionné par les intérêts de la région ou de la zone géographique¹³¹⁸ dont est issu le savoir-faire en question.

298. Dans l'article 3 de la loi thaïlandaise, il est dit que l'expression « détenteur de droit » s'applique à « toute personne ayant fait enregistrer¹³¹⁹ ses droits de propriété intellectuelle sur des données médicinales traditionnelles thaïes ». Les détenteurs de droits sont des ressortissants thaïlandais ou, conformément à l'article 43 de cette loi, des étrangers qui permettent à des ressortissants thaïlandais de bénéficier de la protection prévue par les droits de propriété intellectuelle sur la médecine traditionnelle thaïe. Conformément à cette disposition de la loi, les personnes physiques ou morales, peuvent librement procéder à l'enregistrement qui sera constitutif de leurs droits. L'option individualiste des droits conférés est ici clairement marquée.

Pour autant, les droits ainsi consacrés ne se retrouvent pas totalement déconnectés de la communauté traditionnelle puisque le seul mode de transmission d'un tel droit est « la voie successorale »¹³²⁰. Cette dernière a ici une acception particulière qu'il convient de préciser. Par « héritier d'une préparation

¹³¹⁶ Article 9 de la Loi.

¹³¹⁷ Cf. Gaillard E., thèse précitée.

¹³¹⁸ Ici le critère n'est plus communautaire, il devient purement géographique.

¹³¹⁹ La procédure d'enregistrement peut se résumer ainsi sommairement : Les droits sont acquis par dépôt d'une demande d'enregistrement auprès du directeur de l'enregistrement, conformément aux règles, procédures et conditions prescrites par règlement ministériel (art. 20). L'article 24 régit l'examen de la demande. Lorsque la demande n'est pas conforme au règlement ministériel, le déposant peut être invité, par le directeur de l'enregistrement, à procéder à des changements dans un délai de 30 jours, étant entendu qu'à défaut, le droit est enregistré selon le principe du premier déposant (art 26). La procédure d'enregistrement prévoit une possibilité d'objection par des tiers (art. 29). En l'absence d'objection, le directeur de l'enregistrement donne l'autorisation d'enregistrer le droit de propriété intellectuelle sur la donnée de médicinale thaïe au bénéfice du déposant, étant entendu que le formulaire d'enregistrement doit être conforme au règlement ministériel. Le directeur de l'Institut de la médecine traditionnelle thaïe est le principal directeur de l'enregistrement, les chefs de centres sanitaires en province ayant la qualité de directeurs de province de l'enregistrement (art. 13). L'article 22 énonce deux interdictions d'enregistrement.

¹³²⁰ « Le droit de propriété intellectuelle sur la médecine traditionnelle thaïe, tel que prévu par cet article, ne peut être cédé à des tiers sauf par voie successorale » (art. 35).

de médicaments traditionnels thaïs ou d'un texte sur la médecine traditionnelle thaïe », on entend au sens de cette loi, « les personnes qui ont obtenu par voie successorale le texte en question sur la médecine traditionnelle thaïe ou la formule du médicament traditionnel thaï à l'origine détenue par la personne qui a inventé, qui a amélioré ou qui a mis au point la substance, ou les personnes qui en ont eu connaissance de génération en génération par la personne qui a découvert, amélioré ou mis au point la substance, ou encore les personnes à qui des tiers ont remis les textes ou médicaments susmentionnés »¹³²¹. Cette voie successorale ne nécessite cependant pas que le titulaire originel soit décédé, ainsi est-il prévu à l'art. 32, une « cotitularité » des droits de propriété intellectuelle sur la médecine traditionnelle thaïe.

299. Pour ce qui est du Règlement d'application de la loi sur la protection des variétés de la médecine traditionnelle chinoise, les titulaires des droits qui seront conférés sont les « fabricants ». Une formule résumée qui traduit à la fois la volonté d'éviter le plus possible la reconnaissance de droits collectifs ou communautaires et celle de mettre les industries, les personnes physiques et les laboratoires de recherche que ceux-ci soient public ou privés, dans une situation de fausse égalité et en définitive inéquitable. Ces droits sont en effet acquis, selon la Loi sur les brevets du 25 Août 2000¹³²², par dépôt d'une demande de brevet. Au total, aucun droit n'est reconnu sur les savoir-faire traditionnels relatifs à la médecine traditionnelle dans la législation chinoise. La protection juridique dont il s'agit ici est la conséquence de l'application du régime des brevets. C'est là au sens propre un véritable processus de « vampirisation » des connaissances traditionnelles sans que les acteurs de son élaboration soient mis à même de s'en défendre. Une partie de la doctrine chinoise dont Madame Xuan LI, *research fellow* à la World Trade Institute de Berne en Suisse, et le Professeur Zhang Tao¹³²³, de la Beijing University of Chinese Medicine, souligne à juste titre cette lacune de la loi Chinoise qui justifie la tentative de révision dont elle fait l'objet actuellement¹³²⁴. Madame LI¹³²⁵ pense pouvoir améliorer la situation des détenteurs de savoir-faire traditionnels en matière de médecine traditionnelle en proposant un système d'enregistrement en deux parties. Une première partie

¹³²¹ Article 3.

¹³²² Chapitre III

¹³²³ Selon ce dernier, le système tel qu'il existe actuellement ne résorbe nullement le fossé entre le droit de la Propriété industrielle moderne et les savoir-faire traditionnels relatifs aux plantes médicinales. Ses propres mots sont les suivants: "The Regulation on TCM Prescription Protection is an attempt to offset the insufficiency of modern IP system in preserving intellectual property of TCM, but neither the original rule nor the current revision draft has met this goal" (www.ip-watch.org "Updating Chinese Traditional Medicine Policy Proves Problematic" par Jia Hepeng consulté le 24 janvier 2007 à 20h 17mn.)

¹³²⁴ Le projet d'amendement soumis en juin 2006 est actuellement l'objet de commentaires divers.

¹³²⁵ Li Xuan., "Researcher Proposes System To Promote And Protect TK In China", www.ip-watch.org consulté le 21 décembre 2006, à 17h 23mn.

consacrée à l'identification des détenteurs de savoir-faire traditionnels¹³²⁶, et une seconde partie, à la sélection des *savoir-faire traditionnels de haute qualité*¹³²⁷. Elle dénonce dans le même temps, les appropriations illicites domestiques dont sont victimes les détenteurs de savoir-faire traditionnels¹³²⁸ tout en soulignant la volonté de 77%¹³²⁹ des détenteurs interrogés de collaborer au besoin avec d'autres entités juridiques, au processus d'innovation dans le domaine des médicaments en Chine¹³³⁰.

Plusieurs « sujets » émergent, qui doivent jouer un rôle quant aux savoir-faire traditionnels. La communauté traditionnelle qui jusque là focalisait l'attention, voit émerger une deuxième catégorie de personnes juridiques investies parfois de droits distincts et d'autres fois de pouvoirs finalisés relativement aux savoir-faire traditionnels. L'individualisation de l'exercice des prérogatives portant sur le savoir-faire traditionnel à travers la notion de pouvoir, ne manquera pas d'imprimer sa marque au régime et aux modes d'exploitation qui seront applicables.

300. Au-delà du fait que les actes seront susceptibles de contrôle, l'on pourrait, dès à présent soutenir le défaut de qualité pour concéder individuellement et *solo consensu* des droits sur la praticité qui fait la substance du savoir-faire traditionnel en dehors d'un droit de propriété intellectuelle établi. Ceci présage de la collaboration nécessaire des talents individuels dans les concessions de savoir-faire traditionnels. Mais de tout cela, nous aurons l'occasion de nous expliquer tout au long de la deuxième partie de cette étude. Pour l'heure, et après avoir examiné l'individualisation en tant que 1^{ère} conséquence du caractère communautaire des « droits » portant sur les savoir-faire traditionnels, nous essayerons de voir quelle peut être l'influence de ce même caractère sur la reconnaissance d'un droit privatif en la matière.

3. L'agent juridique exerçant un droit privatif inopérant.

Reconnaître des droits de propriété intellectuelle aux communautés traditionnelles semble œuvre improbable. Ainsi, qu'il s'agisse des droits de

¹³²⁶ Cette première catégorie ne serait soumise à aucune condition d'accès.

¹³²⁷ Selon la terminologie retenue « *high-quality traditional knowledge* ».

par l'auteur lors de la présentation du 14 décembre 2006 de son « *Optimal sui generis system to promote Traditional Knowledge innovation* » in China, Li Xuan, *loc cit*.

¹³²⁸ Li Xuan, *loc cit* : « *Misappropriation of traditional knowledge, or biopiracy, is a problem faced by traditional knowledge holders even within the Chinese border, making them wary of the traditional chain of traditional knowledge innovation such as a TK-based new drug, with no collaboration between the knowledge holders, research institutes and pharmaceutical firms* ».

¹³²⁹ Selon un enquête conduite par l'auteur dans la province du sud-est Guizhou dans le courant de l'année 2006.

¹³³⁰ Dont le marché en Chine, connaît une croissance de plus de 20% par an depuis les années 1990.

propriété intellectuelle traditionnelle (DPIT) consacrés dans le cadre de lois *sui generis* ou d'une tentative d'application des droits de propriété intellectuelle modernes, l'opération est ardue pour l'agent juridique, personne physique ou personne morale.

a. Le droit de propriété intellectuelle traditionnelle (DPIT) : une invention juridique à parfaire.

301. Les législations qui, adoptant la forme de la propriété intellectuelle, se sont évertuées de l'adapter à l'objet de la protection, ont, du même coup inventé une protection protéiforme qui demeure encore sur le métier.

Certaines législations nationales¹³³¹, suivies en cela par une partie de la doctrine ont proposé et parfois consacré des droits de propriété intellectuelle relevant d'un régime dérogatoire qu'il est convenu de nommer Droit de propriété intellectuelle traditionnelle (DPIT). Trois lois nationales ou régionales qui consacrent des régimes *sui generis* doivent ici être mentionnées. La loi type africaine, la loi panaméenne et la loi du pacifique. Le souci premier est celui de faire face à la complexité en combinant les mécanismes et les logiques.

302. Au chapitre de la combinaison des mécanismes : « *la plupart des mesures sui generis relatives aux savoirs traditionnels associent deux principaux concepts juridiques en ce qui concerne l'utilisation des savoirs traditionnels : la réglementation de l'accès aux savoirs traditionnels et l'octroi de droits exclusifs sur les savoirs traditionnels* »¹³³².

La combinaison de ces deux concepts correspond assez précisément aux deux grands cadres juridiques dans lesquels la plupart des mesures sont adoptées et mises en œuvre : les systèmes de propriété intellectuelle et les accords d'accès

¹³³¹ Mais pas seulement. On peut aussi citer les lois *sui generis* suivantes : Brésil : Mesure provisoire n° 2186-16 de 2001 réglementant l'accès au patrimoine génétique, la protection des savoirs traditionnels associés et l'accès à ces savoirs; Chine : Loi sur les brevets de 2000 et le règlement sur la protection des espèces de la médecine chinoise traditionnelle; Costa Rica : Loi n° 7788 de 1998 sur la biodiversité; États-Unis d'Amérique : Loi sur les arts et l'artisanat indien de 1990 et autres mesures pertinentes; Inde : Loi sur la diversité biologique de 2002; Pérou : Loi n° 27 811 de 2002 établissant le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques; Philippines : Loi sur les droits des peuples autochtones de 1997; Portugal : Décret loi n° 118 de 2002 établissant le régime juridique s'appliquant à l'enregistrement, à la conservation, à la protection légale et au transfert des végétaux indigènes; Thaïlande : Loi B.E 2542 relative à la protection et à la promotion des connaissances médicinales thaïes traditionnelles; Union africaine : Législation modèle africaine pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des obtenteurs et pour la réglementation de l'accès aux ressources biologiques de 2000. (Source : Document *WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4*, Annexe p.1).

¹³³²C'est le cas de sept des dix mesures communiquées au groupe de travail sur les savoirs traditionnels et décrites dans l'annexe du présent document. Voir la législation modèle africaine de 2000; la mesure provisoire n° 2186-16 de 2001 du Brésil; la loi sur la biodiversité n° 7788 de 1998 du Costa Rica; la loi sur la diversité biologique de 2002 de l'Inde; la loi n° 27 811 de 2002 du Pérou; la loi sur les droits des peuples autochtones de 1997 des Philippines et le décret-loi n° 118 de 2002 du Portugal.

et de partage des avantages. Souvent, la réglementation de l'accès aux savoirs traditionnels fait partie de schémas d'accès et de partage des avantages plus larges qui s'appliquent aussi aux ressources génétiques ou biologiques.

303. A celui de la combinaison des logiques, l'on notera simplement que : « *les mesures sui generis associent plusieurs instruments théoriques et de politique générale pour adapter la protection juridique aux savoirs traditionnels. Ces instruments incluent la réglementation de l'accès aux savoirs traditionnels, l'octroi de droits exclusifs sur les savoirs traditionnels, des notions tirées de la législation sur la lutte contre la concurrence déloyale et des références au droit coutumier des communautés autochtones et locales.* » Cette activité conjuguée a abouti dans la majorité des cas à la proposition de droits « concurrents » à ceux de la propriété intellectuelle telle qu'on la connaissait jusque là.

Certains auteurs dont l'Avocat Henri Philippe SAMBUC, ont effet, soutenu l'existence de droits de propriété intellectuels traditionnels (DPIT) qui seraient « *reconnus internationalement et traités sur le même pied que la propriété intellectuelle moderne.* »¹³³³ Au soutien de cette assertion il est rapporté une déclaration de la conférence des parties à la CDB qui estime que : « *les connaissances traditionnelles devraient se voir accorder la même valeur et le même respect que les autres formes de connaissances et être considérées comme aussi utiles et nécessaires.* »¹³³⁴

Outre le fait qu'il convient de distinguer entre « accorder une valeur égale » et appliquer un régime mimétique, le droit de propriété intellectuelle traditionnelle qui est proposé présente plusieurs motifs d'insatisfaction qui sont autant de lacunes. En effet, ce droit est défini en des termes trop généraux, ses conditions d'existence sont très laxistes et les effets qui lui sont attachés sont excessifs même s'ils sont atténués par « un droit exclusif imparfait ».

La généralité des termes : il s'agirait d'un droit afférent à une activité intellectuelle (connaissance intellectuelle¹³³⁵ ou savoir-faire) dans les domaines scientifique, industriel, littéraire ou artistique dont la titularité et la transférabilité sont fixées par la loi coutumière locale ou l'usage dans le cas où la communauté aurait perdu son caractère traditionnel. Une telle définition est avant tout très large et poreuse, mais surtout elle consacre un droit qui n'est pas de propriété intellectuelle.

En effet, le droit de propriété intellectuelle a cela de particulier qu'il est un droit portant sur un autre droit. Une lecture stricte nous conduirait à dire qu'il n'a pas vocation à porter directement sur un objet non juridique, un objet qui peut

¹³³³ Sambuc H-P. *La protection internationale des savoirs traditionnels*, précité p. 202

¹³³⁴ Cité in Sambuc H-P. *La protection internationale des savoirs traditionnels*, précité note 359, p.202

¹³³⁵ Nous noterons ici le caractère tautologique de l'expression.

exister en dehors de la conceptualisation juridique. C'est notamment en cela qu'il diffère du droit de propriété ordinaire qui lui, porte sur un objet qui est soit matériel ou immatériel mais qui est une réalité autonome vis-à-vis du champ juridique. Or, ici, le droit en question porte sur les connaissances. Leur « *contenu est une question de fait c'est-à-dire de description concrète du savoir.* »¹³³⁶

Nous serions tentés dans cette hypothèse, d'assimiler le droit en question à un droit de propriété portant sur un objet immatériel plutôt qu'à un droit de propriété intellectuelle traditionnel. Cependant, si l'on considère que le droit qui fait l'objet de la propriété intellectuelle est pris à travers ce mécanisme comme une « chose », il est permis de nuancer l'exclusion que l'analyse précédente pouvait suggérer et de garder aux mécanismes contenus dans les législations *sui generis* la qualité de propriété intellectuelle.

La proposition de M. SAMBUC n'échappe pas non plus à la critique lorsqu'on en examine les conditions d'existence. Ce droit, selon l'auteur, « *n'est soumis à aucune condition de nouveauté ou d'originalité ni n'est limité dans le temps. compte tenu de la masse des connaissances, le droit ne dépend d'aucune déclaration, documentation ou enregistrement préalables. Il découle du fait même, à l'instar du droit d'auteur.* » De telles conditions d'existence exonèrent les DPIT de toute formalité¹³³⁷ et de toute garantie pour les tiers¹³³⁸, faisant de lui un droit occulte¹³³⁹, inconditionnel et arbitraire, d'autant que les effets qui lui sont attachés sont énergiques vis-à-vis de toute personne étrangère à la communauté traditionnelle.

¹³³⁶ H-P. Sambuc, *La protection internationale des savoirs traditionnels*, précité, p. 203.

¹³³⁷ L'absence de formalité prise isolément n'est pas un vice définitif. Les positions des différentes lois nationales sont à ce propos très contrastées : Trois lois indiquent expressément que l'acquisition des droits *sui generis* est exempte de formalités (loi type africaine, Costa Rica et Pérou); quatre lois prévoient des registres de savoirs traditionnels mais ne les relient pas expressément à l'acquisition des droits (loi type africaine, Brésil, Costa Rica, Inde); quatre lois, enfin, font de l'enregistrement une condition d'application d'une mesure *sui generis* (Chine, États-Unis d'Amérique, Portugal, Thaïlande). D'autres lois ne précisent pas le mode d'acquisition des droits.

¹³³⁸ Pour l'intérêt desquels il convient de concilier la prévisibilité et la clarté, d'une part, et la souplesse et la simplicité, d'autre part. Un système fondé sur l'enregistrement offre une meilleure prévisibilité et permet de faire clairement savoir au public ce qui est protégé; il facilite aussi, dans la pratique, l'application des droits. Mais un système de cette nature peut aussi signifier que les détenteurs de savoir-faire traditionnels doivent prendre des mesures juridiques particulières, éventuellement dans un laps de temps déterminé, sous peine de risquer de perdre les avantages de la protection; ces procédures peuvent être contraignantes pour les communautés qui n'ont pas les ressources ni les moyens nécessaires pour entreprendre des démarches juridiques voulues. Un système exempt de formalités a l'avantage d'offrir une protection automatique et n'exige aucune ressource ni moyen complémentaire pour permettre de bénéficier des droits - mais il peut aussi, de ce fait, rendre l'application des droits plus difficile.

¹³³⁹ Ceci tranche d'autant plus avec la réalité que les systèmes *sui generis* existants tendent à prévoir des mécanismes d'enregistrement. Sur dix lois *sui generis* récemment passées en revue, neuf prévoient la création d'une forme ou d'une autre de mécanisme d'enregistrement pour les savoirs traditionnels protégés ou pour les titres *sui generis* conférés. C'est ainsi que la législation du Pérou prévoit trois registres, à savoir un registre national public, un registre national confidentiel et les registres locaux des savoirs collectifs des peuples autochtones. Plusieurs de ces mécanismes d'enregistrement fonctionnent déjà, mais d'autres sont en cours de création et de mise en œuvre.

304. Toute violation du droit ainsi « constitué dans l'ombre » fonde son titulaire à faire établir son droit¹³⁴⁰, l'atteinte et le préjudice éventuel devant les tribunaux. Un cheminement qui rappelle étrangement celui des droits subjectifs, catégorie dans laquelle sont rangés et le droit de propriété, et le droit de propriété intellectuelle. Le caractère excessif des effets qui sont rattachés à ce DPIT apparaît encore avec plus de relief lorsque l'auteur propose de les étendre à tout bien meuble incorporant tout ou partie de ce savoir. Dans ce dernier cas le titulaire du DPIT deviendrait « le prince de tout bien produit sans son accord ». Il peut en effet décider que ce produit lui soit remis, qu'il soit vendu, cédé ou exploité à son profit, ou même être détruit. Ceci n'est pas sans rappeler l'évolution de la position de la cour de cassation française en matière de droit sur l'image des biens entre l'arrêt dit Café Gondrée du 10 mars 1999¹³⁴¹ et celui dit Hôtel Girancourt du 7 mai 2004¹³⁴². La cour est passée d'une affirmation totale de l'absolutisme du droit de propriété à un rééquilibrage par la notion de trouble certain¹³⁴³ au droit de jouissance.

Il se présente ainsi, une Bipolarité des erreurs, car à trop vouloir protéger les détenteurs de savoir-faire traditionnels, l'auteur réussi à faire d'eux les nouveaux tyrans.

¹³⁴⁰ Preuve ici de ce que le droit jusqu'alors ne l'était pas. Sinon, l'on aurait pu utiliser le terme « constater ».

¹³⁴¹ Cass. 1re civ., 10 mars 1999, Bull. civ. I n° 87, p.58 ; D. 1999, Jur. p. 319, concl. J. Sainte-Rose et note E. Agostini ; RTD com. 1999, p. 397, obs. A. Françon ; RDI 1999, p. 187, obs. J.-L. Bergel ; RTD civ. 1999, p. 859, obs. F. Zenati ; JCP 1999, II, 10078, obs. P.-Y. Gautier et Cass. 1re civ., 2 mai 2001, Bull. civ. I, n° 114 En l'espèce, une société d'édition avait commercialisée des cartes postales d'une maison classée monument historique, le café Gondrée, réputé être le premier bâtiment libéré par les alliés en 1944. La Cour de cassation avait posé comme principe qu'un propriétaire dispose d'un droit exclusif « d'exploiter son bien sous quelque forme que ce soit » et encore que « l'exploitation d'un bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire ». En reconnaissant aux propriétaires de jouir de leur bien de la manière la plus absolue, comme l'énonce l'article 544 du code civil, cette jurisprudence incitait ces derniers à poursuivre les photographes reproduisant l'image de leurs biens, sans justifier de l'existence d'un préjudice réel.

¹³⁴² Cass. ass. plén., 7 mai 2004, *Hôtel de Girancourt*, Bull. ass., n° 10 ; D. 2004, Jur. p. 1545, note J.-M. Bruguière et T. Dreyer ; RDI 2004, p. 437, obs. E. Gavin-Milan-Oosterlynck ; RTD com. 2004, p. 712, obs. J. Azéma, précédé par Cass. 2e civ., 5 juin 2003, Bull. civ. II, n° 175 ; D. 2003, Jur. p. 2461, note E. Dreyer ; RTD civ. 2003, p. 681, obs. J. Hauser. En l'espèce, les promoteurs d'un projet immobilier avaient confié à une agence publicitaire la confection de dépliant publicitaires ayant pour objet la commercialisation des appartements de l'ensemble à construire du Clos d'Herbouville. Ces documents comportaient, outre des informations relatives à l'implantation de la future résidence et à ses avantages, la reproduction de la façade de l'Hôtel de Girancourt, classé monument historique, situé non loin du chantier, afin de montrer l'environnement favorable de la future résidence. Cette reproduction avait été réalisée sans l'autorisation du propriétaire. La Cour de cassation a jugé que le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci. Il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal. En l'espèce, la reproduction du bien immeuble sans le consentement du propriétaire n'établissait pas l'existence d'un tel trouble. La Cour n'a pas signalé de différences de traitement entre les diverses utilisations possibles de l'image d'un bien : usage publicitaire ou commercial et usage à but artistique ou informatif semblent donc soumis au même régime.

¹³⁴³ Pour une confirmation de ce revirement, V., CA Paris, 4e ch. A, 11 janv. 2006, *Syndicat des copropriétaires de la Tour Maine Montparnasse c/ UGCF et Charles Nemes*, Com. com. élec., mars 2006, n° 38, obs. C. Caron ; RTD Com. 2006 p. 363 Obs. Pollaud Dulian F.

Le droit de propriété intellectuelle traditionnel ainsi conçu ne peut en définitive être adéquatement reçu¹³⁴⁴.

305. Le moins que l'on puisse dire est que ces droits de propriété intellectuelle *sui generis* ont été accueillis avec une certaine méfiance par certains pays au nombre desquels les Etats-Unis. A propos du « *caractère large, évolutif et modulable* » qu'il convenait de préserver conformément à l'esprit de la Convention instituant l'OMPI¹³⁴⁵, ils déclarent : « *Il convient de noter que la nouvelle génération de droits de propriété intellectuelle présente une caractéristique commune avec l'ancienne génération de droits, celle d'être un mécanisme d'incitation à l'innovation. En tant que systèmes tournés vers le futur et visant à stimuler la création de nouvelles formes d'expression et d'invention, les nouveaux types de propriété intellectuelle sont censés reposer sur ce principe et posséder des caractéristiques communes telles qu'une date de création, l'identité connue d'un ou de plusieurs, des paramètres définis du produit pertinent et une durée de protection limitée* ». ¹³⁴⁶

Pour l'Office américain toujours, l'objectif de la promotion et de l'innovation est un de ceux que « *le régime de protection des savoirs traditionnels ne peut, par définition, pas respecter* »¹³⁴⁷. Ce qui lui permet de conclure que « *l'élaboration d'un nouveau régime de la propriété intellectuelle dans ce domaine ne semble pas être la meilleure solution, même pour les détenteurs des savoirs traditionnels.* »¹³⁴⁸ La preuve de cette déclaration reste encore à faire.

Outre le fait que des DPIT sont proclamés, les mécanismes de défense de ces droits sont pour la plupart des mécanismes de responsabilité générale et de

¹³⁴⁴ Cette difficulté est lucidement perçue par l'auteur qui écrit (p. 214 de son ouvrage) : « *si les blocages politiques se révélaient trop forts, une alternative serait de réunir les pays intéressés et politiquement décidés à créer un droit de la propriété intellectuelle par le biais d'une convention internationale ou un traité régional. Cet instrument pourrait pour des raisons de gain de temps être convenu entre un nombre limité de pays...* »

¹³⁴⁵ L'article 2viii) de la convention de 1967 instituant l'OMPI, donne une liste énumérative et non exhaustive des droits de propriété intellectuelle. D'autres droits peuvent selon ce texte, exister et feront partie de la propriété intellectuelle à la seule condition qu'ils soient afférents à l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire, et artistique (*Article mentionné in fine*). Il faut noter au surplus que le terme « industriel » est entendu par l'instrument fondateur de l'OMPI de façon très large dans la stricte lignée de la Convention de Paris de 1883 qui disposait en son article 1^{er} : la propriété industrielle s'entend dans l'acception la plus large et s'applique non seulement à l'industrie et au commerce proprement dits, mais également au domaine des industries agricoles et extractives et à tous produits naturels ou fabriqués, par exemple : vins, grains, feuilles de tabac, fruits bestiaux, minéraux, eaux minérales, bières, fleurs, farines, etc.

¹³⁴⁶ Commentaire de l'office des brevets et des marques des USA sur le projet de rapport de l'OMPI, 26 janvier 2001.

¹³⁴⁷ *Idem*, Voir pour une conception identique, Abott F., Cottier T. et Gurry F., *The international Intellectual Property System : Commentary and materials*, t. II, page 1833 où il est écrit : "generally speaking, the essential common feature consists in granting protection to innovation, novelty or distinctiveness, either under a doctrine of obviousness, or inventive step (patent) or sufficient level of creativity, or distinct feature. In all cases, protection depends on the newness of knowledge or information generated".

¹³⁴⁸ *Idem*

défense des droits subjectifs, au nombre desquels le droit de propriété. L'on peut ainsi dire que le classement des droits en question dans la catégorie des droits de propriété intellectuelle n'est sanctionné d'aucune action spécifique qui pourrait en affermir le régime. Il n'est pas non plus envisagé d'octroyer aux titulaires de tels DPIT les actions spécifiques telles que la contrefaçon. Tout au plus s'inspire-t-on et à juste titre, de la protection accordée au titre du droit moral en droits d'auteur.

306. Il faut, en la matière, être pragmatique et considérer que pour atteindre une protection équivalente, il n'est pas nécessaire de recourir à une parodie de propriété intellectuelle. Persister dans une telle voie ne pourrait servir que la seule volonté de consacrer l'existence d'un régime qui n'aura de propriété intellectuelle que le nom. Les difficultés d'application de ce régime seront si grandes qu'elles le priveront de toute efficacité, et donc de toute utilité. Le risque de constituer un « **ghetto juridique** » pour les savoir-faire traditionnels n'aura jamais été aussi grand.

Est-ce cependant là une raison suffisante pour appliquer les mécanismes de propriété intellectuelle modernes aux savoir-faire traditionnels des communautés ?

b. Le droit de propriété intellectuelle moderne.

307. Ces droits ne peuvent concerner que les personnes juridiques identifiées et ils ne peuvent porter sur des parties individualisées du savoir-faire traditionnel. Au-delà des obstacles habituellement recensés¹³⁴⁹, est-il possible de s'engager dans une voie d'adaptation pragmatique de la propriété intellectuelle aux savoir-faire traditionnels ?

¹³⁴⁹ Ces obstacles passent avant tout par une série d'exclusions du champ de la propriété intellectuelle qui concerne : les croyances spirituelles comme telles, les procédures de règlement des litiges et les modèles de gestion des affaires publiques, les langues, les ressources naturelles et biologiques à l'état naturel qui traditionnelles ou non ne peuvent faire l'objet d'une protection au titre de la propriété intellectuelle. Pour ce qui est plus spécifiquement des croyances spirituelles, si elles ne peuvent directement faire l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, il n'en est pas moins exact qu'elles contribuent fortement à la particularisation des droits qui peuvent éventuellement être reconnus sur des éléments des savoirs traditionnels. Les croyances spirituelles forment en effet, une grande partie du marquage culturel qui ne saurait être ignoré dès lors qu'il est question de protéger les savoir-faire traditionnels. Le Pr. Penny Bernard du Département d'anthropologie de Rhodes à Grahamstown (Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquêtes sur les attentes des détenteurs de savoirs traditionnels 1999, p. 262 note 22) s'est à juste titre inquiété de cette exclusion parce que selon lui, « les savoirs traditionnels et plus précisément les savoirs médicaux sont le fruit d'une inspiration ancestrale spirituelle ». C'est pourquoi il convient de rectifier cette exclusion en la cantonnant aux croyances spirituelles séparées des savoir-faire particuliers. Bien que les croyances traditionnelles telles que la Cosmogonie traditionnelle concourent à déterminer les savoir-faire en question, elles ne peuvent intéresser la propriété intellectuelle qu'associées à un objet qui, lui-même est susceptible d'une telle protection.

i. L'obstacle du domaine public.

308. Il faut d'écarter d'entée, ce qu'il convient d'appeler « *une survivance du mépris du champ juridique moderne* »¹³⁵⁰ et qui a été exprimé par M. BROWN dans un article qui se rapportait au Copyright¹³⁵¹. Selon cet auteur, les savoir-faire traditionnels relèvent par nature, du domaine public. Ils ne doivent pour cela, pas faire l'objet de droits exclusifs ou devenir des produits. Les tenants de cette théorie estiment que toute tentative de réglementation de leur utilisation et de leur mode de transmission aurait, sur le plan des principes et de la pratique, des conséquences graves pour le domaine public, la création, la gestion et la libre circulation des informations.

Une telle position ne tient absolument pas compte des savoir-faire traditionnels en tant que réalités spécifiques auxquelles il pourrait être appliqué des mécanismes de propriété intellectuelle. Elle fait masse de toutes les connaissances qui peuvent avoir cours dans une communauté traditionnelle. Moyennant cette généralisation critiquable, elle les exclut systématiquement, illustrant ainsi le postulat de l'incompatibilité intrinsèque entre propriété intellectuelle et savoir-faire traditionnels ; postulat auquel se sont rangés certains participants à la mission d'enquête de l'OMPI de 1999¹³⁵².

Or, la question de la domanialité publique interroge diversement les différents compartiments de la propriété intellectuelle¹³⁵³. Si en matière de droit des brevets, elle conduit à une impossibilité de breveter¹³⁵⁴, le droit d'auteur en revanche, lui est totalement indifférent.

Ainsi, convient-il de voir, par rapport aux différentes catégories qui ont vocation à recevoir les savoir-faire traditionnels, ce qui pourrait constituer un obstacle, et qui a pu justifier le scepticisme d'une partie de la doctrine universitaire anglophone¹³⁵⁵, et de certaines Organisation autochtones¹³⁵⁶. L'affirmation du

¹³⁵⁰ Expression que nous avons retenue lors de nos commentaires liminaires sur le Rapport de 1999. Sur ce mépris et avec une pointe de révolte voir. P-H Sambuc *La protection internationale des savoirs traditionnels*, précité, *passim*.

¹³⁵¹ Brown M., « *Can culture be copyrighted ?* » *Current Anthropology*, 49-2, 1998p. 193.

¹³⁵² Les rapporteurs écrivent ainsi, p. 239 : « ces participants des missions d'enquête estiment que le système de propriété intellectuelle est fondamentalement inapproprié et inadapté aux besoins et attentes des détenteurs de savoirs traditionnels. Ils préconisent un système non fondé sur la « propriété intellectuelle » ou des systèmes de droit communautaires, collectifs ou autochtones. »

¹³⁵³ Pour ce qui est du modèle du « domaine public » dans les contrats de recherche sur le vivant, v° Bellivier, F. Noiville, Ch., *Contrats et vivant*, op. cit. p. 188 s., n° 216-218.

¹³⁵⁴ Notamment pour défaut de nouveauté.

¹³⁵⁵ Voir Jaszi P., et Woodmansee M., « The ethical reaches of authorship », *The South Atlantic Quarterly*, 1996, N° 95, p. 947; Boyle J., *Of Shamans, Software and Spleens*, Harvard University Press, Cambridge Mass. And London, 1996; Posey et Dithfield, *Beyond intellectual property*, IDRC Ottawa, 1996; G. Duthfield, *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity: Seeds and Plants varieties*, IUCN and Earthscan publications, London, 2000; Duthfield G., « Can the TRPIS agreement protect Biological and Cultural Diversity? », *Bioplocy international series*, n° 10, 1997; Horton C., *Protecting Biodiversity end Cultural diversity, under IP Law: Toward a new International System*; 1995; Cette position est aussi partagée par l'International center for Technology Assessment et La Gaia Foundation.

caractère public des savoir-faire traditionnels ne tient pas non plus compte de la réalité, car les savoir-faire bénéficient bien souvent d'un secret, au moins relatif, en ce que les connaissances en cause sont détenues par des personnes déterminées¹³⁵⁷ et spécialement qualifiées¹³⁵⁸. En définitive, cette affirmation de l'incompatibilité *ab initio* de principe entre les savoir-faire traditionnels et la propriété intellectuelle ne convainc pas¹³⁵⁹.

Tel ne semble pas être le cas des objections tirées de la nature trans-générationnelle des savoir-faire traditionnels et de la conception holistique qu'il convient d'en avoir.

ii. L'obstacle de la perpétuité

309. Cet obstacle trouve son siège dans la durée limitée de la protection qu'offre la propriété intellectuelle confrontée à la nature trans-générationnelle des savoir-faire traditionnels¹³⁶⁰. Pour le Dr Silke Von LEWINSKI : « *la durée de protection limitée dans le temps que connaît tout système de propriété intellectuelle, ainsi que le défaut d'activité inventive de chaque petite contribution au développement continu souvent apporté par la pratique (...) font obstacle à l'application du droit des brevets* »¹³⁶¹. Il s'agissait à l'origine de se demander comment un régime de protection limité dans le temps pouvait s'appliquer de façon satisfaisante à un objet qui se transmet et se perfectionne avec le temps. Une telle formulation semble tomber sous le sens. Elle est en réalité encore assez brute et demande à être nuancée. Pour cela il convient dans un premier temps de rappeler que l'objet de la protection est « la praticité » qui a une valeur économique. Il faut ensuite préciser la double nature de la protection recherchée : une exclusivité sur l'exploitation de la praticité (la protection pécuniaire) et une protection contre l'atteinte culturellement inacceptable (la protection morale). Une fois cette distinction faite, il faut sérier les obstacles.

¹³⁵⁶ Déclaration de Kari-Oca et Charte de la terre des peuples autochtones (1992) ; Déclaration de Julayinbul sur les droits de propriété intellectuelle des peuples autochtones (1993) ; Voir avis de L'AND Association pour la défense des droits naturels (Perou).

¹³⁵⁷ Selon la classe sociale ou la caste.

¹³⁵⁸ Par la profession exercée au sein de la communauté traditionnelle.

¹³⁵⁹ Il conviendra néanmoins d'essayer d'appliquer les mécanismes de droit des brevets en tenant compte de ce secret relatif. Ce sera, l'objet d'une subdivision de la deuxième partie de cette étude consacrée à l'exploitation du savoir-faire traditionnel.

¹³⁶⁰ Tunney J., « *EU, IP, Indigenous People and the Digital Age: Intersecting Circles* », *EIPR*, 9, 1998, p. 335-336 ; Voir pour la définition intergénérationnelle des savoir-faire traditionnels, Introduction et Chapitre 1 de la présente partie.

¹³⁶¹ Lewinski (Von) S., « Le folklore, les savoirs traditionnels et les ressources génétiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle », loc. cit. p. 25.

310. Pour ce qui est de la protection pécuniaire, qui peut être assurée par les mécanismes de la propriété industrielle, le caractère trans-générationnel ne s'oppose nullement à une protection de 20 ou 30 ans par exemple.

En effet, au-delà du fait qu'une telle durée couvre généralement le temps nécessaire pour tirer un avantage équitable d'une invention, les développements ultérieurs du savoir-faire breveté, peuvent très bien faire l'objet de certificats complémentaires ou de nouveaux titres, si ces développements remplissent la condition de nouveauté en droit des brevets par exemple. Il est édifiant à ce propos de considérer le cas de la seconde application thérapeutique d'un médicament¹³⁶². De plus, le savoir-faire en question, à partir du moment où il est réservé par un droit de propriété intellectuelle, et par conséquent connu de tous, verra sa valeur marchande décroître au fur et à mesure que le temps passe.

Ainsi, s'il demeure un élément important du patrimoine des communautés traditionnelles, il n'en reste pas moins que sa valeur économique sera considérablement amoindrie. La limitation dans le temps de la protection pécuniaire des savoir-faire traditionnels ne semble pas, dans une telle hypothèse, véritablement et systématiquement contrevenir aux intérêts des communautés traditionnelles. La protection pécuniaire, au-delà d'un certain seuil de temps, semble, inexorablement, perdre toute pertinence. A cette étape, l'on peut se demander si la protection pécuniaire a encore quelque utilité et si cette protection ne devait pas en laisser subsister une autre que nous avons nommé plus haut, la protection morale.

Par ce vocable un peu étrange il faut entendre la protection contre les exploitations portant atteinte aux valeurs identitaires des communautés traditionnelles. Cette notion qui est vaguement calquée sur celle de droit moral est unanimement reconnue¹³⁶³ comme un des impératifs de la protection qu'il convient d'envisager pour les savoir-faire traditionnels. Il est intéressant de noter dès l'abord que le droit moral en matière de droit d'auteur, survit dans la

¹³⁶² Voir sur la question de la durée de la protection par le brevet, plus spécialement en matière pharmaceutique, Les nouvelles frontières de la propriété intellectuelle à l'aube du 21^{ème} siècle ; point 3 : La durée de vie efficace des brevets : une éventuelle prolongation, exposés parallèles de **MM. Ellis et deHaas**, publiés dans le *Bulletin des Amis du CEPI* juin 1985 ; voir aussi : **Besnier-Artaz C.**, *L'extension de la durée des brevets*, Mémoire DESS Paris 1981. Dans le domaine de la pharmacie, écrit **M. De Haas** (p. 52), « il est classique aujourd'hui de passer 8 à 10 ans entre l'élaboration d'une molécule et la mise sur le marché de cette molécule, lorsqu'elle est effectivement active... il ne reste plus, au moment où la molécule arrive sur le marché qu'une dizaine d'années de durée efficace du brevet. Voilà le problème général »

¹³⁶³ D'une manière générale sur le droit moral en droit français être exhaustif, V° : **Chardin V.**, « Le droit moral du réalisateur sur l'œuvre audiovisuelle », *Cah. Droit d'auteur*, 1989, n° 21 p. 1 ; **Desbois H.**, « Le droit moral », *RIDA* 1958 n° XIX, p. 121 ; **Edelman B.**, « Droit moral dans les œuvres artistiques », *D.* 1982 Chron. 263 ; **Edelman B.** « Entre copyright et droit d'auteur : l'intégrité de l'œuvre de l'esprit » *D.* 1990, Chron. 295 ; **Plaisant R.**, « Droit moral », *J-Cl. Prop.litt. et art.*, fasc. 310, **Pollaud-Dulian F.**, « Le droit moral en France à travers la jurisprudence récente » *RIDA* 1990 n° 145, p. 127.

majorité des cas aux droits pécuniaires ou patrimoniaux qui sont limités dans le temps¹³⁶⁴.

Il se distingue surtout de ce dernier par son caractère perpétuel contenu dans l'article 6bis¹³⁶⁵ de la Convention de Berne dont l'alinéa 2 dispose : « *les droits reconnus à l'auteur en vertu de l'alinéa 1^{er} ci dessus, sont après sa mort, maintenus au moins jusqu'à l'extinction des droits patrimoniaux et exercés par les personnes ou institutions auxquelles la législation nationale du pays ou la protection est réclamée donne qualité.* » Selon cette disposition cependant, le droit moral de l'auteur n'est pas nécessairement perpétuel et peut être limité par la législation nationale à la durée des droits patrimoniaux comme en atteste l'article 6bis al. 2 *in fine* qui dispose : « *...les pays dont la législation en vigueur au moment de la ratification du présent acte ou de l'adhésion à celui-ci, ne contient pas de dispositions assurant la protection après la mort de l'auteur de tous les droits reconnus en vertu de l'alinéa 1, ont la faculté de prévoir que certains de ces droits ne sont pas maintenus après la mort de l'auteur* ». Il convient de voir dans cet article, comme le suggèrent certains, « *un droit minimum dans le cadre du régime conventionnel impératif* »¹³⁶⁶.

Il demeure donc loisible au pays où la protection est demandée, de décider « *si après l'auteur, ses ayants droit peuvent revendiquer le droit moral* ». En droit interne français c'est par l'article 6 de la loi du 11 mars 1957, devenu depuis juillet 1992 l'article L121-1 du CPI, que le concept de droit moral a été reçu. Selon cet article : « *l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre ...il est perpétuel*¹³⁶⁷, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut en être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires. ». Il est dès lors inexact de soutenir que la perspective d'une protection illimitée et perpétuelle est inconnue du droit de la propriété intellectuelle. Seuls les droits pécuniaires sont limités dans le temps et cela se conçoit bien. La limitation des droits patrimoniaux est de droit positif mais l'histoire nous montre que c'est là, le

¹³⁶⁴ Sur l'ensemble de la question : Bignon I., « Délai de protection du droit patrimonial d'auteur », *J-Cl Prop.litt. et art.* fasc.322 ; Colombet Cl., « L'énigme de l'article 21 al. 2 de la loi du 11 mars 1957 modifié par la loi du 3 juillet 1985 ou « un aspect de la portée de l'allongement de la durée de protection des compositions musicales avec ou sans paroles » », *D.* 1987chron. 147 ; Desrumont Th. « l'allongement de la durée de protection des œuvres musicales », *RIDA*, 1986, n°129 p. 141 ; Dietz A., *Le problème de la durée de protection adéquate du droit d'auteur sous l'aspect de la réglementation des contrats d'auteur, Mélanges Françon*, Dalloz, 1995, p.107 ; Plaisant R. « La durée du droit pécuniaire de l'auteur et son évolution », *Mélanges Françon* précité p. 351. V° pour un cas de limitation du droit moral à la durée exacte des droits pécuniaires, l'Allemagne (cf. la thèse d'Adolph Dietz *Le droit moral ...*, Munich 1969)

¹³⁶⁵ Originellement article 6 qui a été introduit dans le traité international à la demande de la délégation Italienne en 1928. Il se lit ainsi aujourd'hui : « *1. Indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve la faculté de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation* »

¹³⁶⁶ Nordemann W., Vinck K., Hertin P-W, *Droit d'auteur international et droits voisins*, Bruylant, p. 88.

¹³⁶⁷ C'est nous qui soulignons.

résultat d'une option politique de Napoléon¹³⁶⁸ et que la durée de la protection n'a cessé de s'allonger sans pour autant confiner à la perpétuité. Récemment encore le Pr. Pierre-Yves GAUTIER se prononçait contre un droit de propriété intellectuelle soumis à renouvellement en ces termes : « *Sur la question de la durée de la protection, (...) je crois qu'un droit d'auteur, un droit de propriété intellectuelle qui serait plus court et qui devrait faire l'objet de formalités, de renouvellements etc... constituerait un formidable régression* »¹³⁶⁹ La nécessité d'assurer un contrôle de la communauté traditionnelle sur les utilisations de son savoir-faire peut aussi être soutenue par une invocation de la notion de « droit de destination » même si cette dernière, vraisemblablement vouée à la disparition¹³⁷⁰, est de plus en plus contestée¹³⁷¹ et qu'elle a été conçue au départ¹³⁷² pour assurer le contrôle de l'utilisation d'exemplaires matériels d'œuvres protégées.

311. L'on peut ainsi dire, moyennant une distinction entre une protection patrimoniale des savoir-faire traditionnels et une protection morale des ces derniers, que l'hypothèse de droits perpétuels ne constitue nullement un obstacle à l'application de la propriété intellectuelle. Il suffit pour cela de savoir bouger le curseur qui cantonne le droit moral à au domaine du droit d'auteur. La protection morale révèle alors une de ses vertus¹³⁷³.

312. Nous avons vu plus haut que cet argument pouvait être combattu d'un point de vue technique. Pourtant, le débat est loin d'être clôturé et il convient d'ajouter à cette possibilité technique, une autre, plus fondée sur la recherche de l'adéquation entre la protection recherchée et l'effet utile de cette dernière.

¹³⁶⁸ C'est Napoléon lui-même qui est à l'origine de cette limitation dans le temps des droits patrimoniaux de l'auteur, alors que de nombreux juristes de l'époque étaient favorables à la reconnaissance de droits perpétuels (Renouard A-Ch., *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, p. 149). Les raisons qui étaient alors avancées étaient selon Napoléon d'ordre pratique, tenant principalement au morcellement de ce droit pécuniaire entre la multitude des héritiers successifs (*Rep. Méth. Et Alph de légis.* T. 38, Dalloz, 1857, 453). Le principe fut même adopté en Hollande (de 1796 à 1811 et de 1814 à 1817)

¹³⁶⁹ Gautier P-Y., « La protection juridique de l'innovation aux confluent de l'économie et de l'éthique », *Droit et Patrimoine* n°119, Octobre 2003, p. 72 où l'auteur poursuit en disant : « je pense que la protection de 70 ans après la mort de l'auteur constitue une garantie pour lui et pour ses héritiers et pour les entreprises tant mieux pour elles si elles sont cessionnaires ou directement titulaires du droit. Ils pourront amortir leur investissement, ou pourront vivre de leurs rentes ».

¹³⁷⁰ Dussolier S., « Le droit de destination : Une espèce franco-belge en voie de disparition », *Propriétés intellectuelles* Juillet 2006, n° 20, p. 281.

¹³⁷¹ A et H-J. Lucas *Traité de propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ème} édition, 2001, n°250 sq ; Lebois A., « Le droit de location et la structure des droits patrimoniaux : la théorie du droit de destination bousculée », *D.* 2002, Chron. P. 2322 ; Berenboom A., *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Larcier 2^{ème} édition, 1995, p. 164, Strowel A., Derclaye E., *Droit d'auteur et numérique : Logiciel, bases de données, multimédia*, Bruylant, 2001, p. 56 s.

¹³⁷² La notion trouve sa source dans un arrêt de la Cour de cassation belge du 9 janvier 1956 (Cass. Belge, 1^{ère} chambre 19 janv. 1956, RCJB 1956 p. 172, note J.-G. Renault. Elle a été formalisée et construite par Grotzen F. dans sa thèse intitulée *Het Besteminstrech van der auteur*, Larcier 1975.

¹³⁷³ Notamment au regard du fait que l'un des griefs les plus récurrents dans le refus d'appliquer les mécanismes de propriété intellectuelle aux savoir-faire traditionnels est que la durée limitée des droits qui seraient consacrés serait foncièrement incompatible avec la nature évolutive des savoir-faire traditionnels.

De ce point de vue, et à la lumière de toutes les distinctions opérées plus haut, l'on peut avancer l'idée selon laquelle la durée de la protection ne va pas à l'encontre des intérêts des communautés traditionnelles car il ne faut pas confondre le désir d'exclusivité et le désir de respect du savoir-faire transmis. Le désir d'exclusivité peut être rattaché sans dommage à la protection patrimoniale. Il pourrait même y trouver une justification et une limitation dans le temps. Quant au désir de respect, la perpétuité semble être de mise. Il ne semble pas impossible de recenser une série d'utilisations culturellement offensantes en recourant aux usages coutumiers.

La méthode a été utilisée avec un certain succès pour protéger le droit moral des auteurs outre Rhin où la matérialité du droit moral s'apprécie de façon très analogue avec le droit français. Ainsi, le paragraphe 14 de la Loi allemande sur le droit d'auteur « *n'organise pas la protection de l'œuvre dans l'absolu, mais garantit uniquement les volontés de l'auteur par rapport à cette œuvre* »¹³⁷⁴. L'illustration jurisprudentielle la plus citée de cette protection de la volonté de l'auteur est celle de l'affaire Brecht¹³⁷⁵.

Dans la mesure où l'auteur dramaturge avait, pendant toute sa vie déclaré que la manière dont ses pièces étaient mises en scène lui était totalement indifférente, pourvu qu'elles soient jouées, les juridictions allemandes ont estimé que ses héritiers ne pouvaient arguer de son droit moral pour écarter des mises en scène qui leur déplaisaient. Il fut prestement admis qu'une interprétation dans un esprit anticommuniste de l'une de ses pièces portait atteinte à son droit moral, connaissant les convictions de son auteur¹³⁷⁶.

Il faut cependant affirmer, sans risque d'affaiblir le principe du respect de la volonté du titulaire du droit moral, que cette volonté n'est pas toujours clairement décelable et que même expresse et écrite, son respect est encore sujet à modulations, d'où une certaine « *fragilité devant le temps* »¹³⁷⁷. Ce qui n'empêche d'imaginer que le droit au respect du droit moral se pare des attributs « *d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité* »¹³⁷⁸, reconnus au droit moral par

¹³⁷⁴ **Bertand R.**, *Les droits d'auteur et les droits voisins*, précité p. 266

¹³⁷⁵ **Schack H.**, « *Brecht, der Theaterregisseur und sein publikum, wer verletzt wem ?* », GRUR, 1983, 555.

¹³⁷⁶ **Grieser V.**, *Glückliche Erben, Der Dichter und sein Testament*, 1983, p. 234.

¹³⁷⁷ La fragilité de ce droit moral a été clairement perçue dans la succession **Hermann Hesse** qui avait interdit par testament de filmer l'une quelconque de ses œuvres. Cette interdiction, procédant de la volonté de l'auteur, était absolue pour son épouse mais relative pour ses fils. Ces derniers pouvaient en effet contrevenir à cette interdiction en cas de difficultés financières (**Grieser V.**, *Glückliche Erben, Der Dichter und sein Testament*, 1983, p. 21) Hesse donne là, la preuve que le droit moral n'est qu'un instrument qui sert une volonté dont les impératifs peuvent changer avec le temps. Ainsi ne pourrait on pas exiger une fixité définitive de la volonté des détenteurs de savoir-faire traditionnels, le droit moral a besoin d'une volonté claire et certaine mais pas d'une volonté définitive.

¹³⁷⁸ Le caractère inaliénable du droit d'auteur est sujet à discussion. Ainsi, le **Doyen Savatier** n'hésite pas à affirmer que c'est bien à tort qu'on prétend inaliénable et imprescriptible le droit moral de l'auteur (*Métamorphoses économiques et sociales du droit privé*, 2^{ème} édition 1959 p. 98). La jurisprudence avait un peu ouvert la voie à une telle interprétation de l'inaliénabilité du droit moral par une décision **Bernstein** du 26 juillet 1933 (T.civ. de seine 26 juillet 1933, *Gaz. Pal.* 1933, 2, 606) qui a admis en substance que pour être adapté à un nouveau support, comme le cinéma, l'œuvre devait nécessairement être modifiée en

l'article L121-1 du CPI relatif à la paternité et au droit à l'intégrité de l'auteur¹³⁷⁹.

Le droit moral n'est pas non plus un bloc monolithique qui serait soit aliénable ou inaliénable. Selon le compartiment touché il peut y avoir une possibilité de renoncer¹³⁸⁰ temporairement et par contrat à exercer le droit à la paternité¹³⁸¹.

Ainsi, pendant la durée des droits patrimoniaux, les tempéraments au droit moral se multiplient pour les besoins d'une exploitation rentable. Il est dans de telles conditions plus ardu de maintenir l'unité du droit moral. Une telle situation est somme toute paradoxale car elle conduit à dire que le droit moral serait moins vigoureux au moment où la propriété intellectuelle est entière. On pourrait même soutenir que la protection morale des savoir-faire traditionnels sera davantage respectée à l'expiration du délai habituel de protection patrimoniale, lorsque les interférences d'une exploitation pécuniaire se feront moindres.

En tout les cas, si l'intérêt des communautés doit être élément déterminant de l'application des droits de propriété intellectuelle telles que les brevets, les marques etc, il n'est plus judicieux de considérer qu'ils sont systématiquement attentatoires à l'essence des savoir-faire traditionnels car ce que nous avons appelé la protection morale des savoir-faire traditionnels est une revendication unanimement partagée par toutes les communautés traditionnelles interrogées.

iii. L'obstacle du caractère global.

313. Si l'on accepte de ne plus considérer le savoir-faire traditionnel comme devant relever uniquement de l'une des catégories de propriété intellectuelle prédéfinies, il faut ensuite intégrer l'idée que le caractère culturellement marqué de ce savoir-faire ne peut être occulté quel que soit le régime juridique que l'on aura décidé de lui appliquer. C'est là une manière d'approcher le caractère holistique des savoir-faire traditionnels que la doctrine a présenté comme un obstacle à leur introduction en droit de la propriété intellectuelle. Le sentiment à l'annonce d'un tel obstacle est curieux : D'où viendrait en effet que considérer les savoir-faire traditionnels comme une réalité complexe à protéger en tant que

conséquence. Cette atténuation de l'inaliénabilité cependant laissé subsister une condition : « l'esprit de l'œuvre antécédente ne soit pas dénaturé » (TGI Paris 30 Nov. 1961, *D.* 1962, note GLC).

¹³⁷⁹ Voir aussi sur la question : Parisot, « L'inaliénabilité du droit d'auteur », *D.* 1972 chron. 71 ; Plaisant R., Les conventions relatives au droit moral de l'auteur », in *Hommage à Henri Desbois*, Dalloz, 1974, p. 63.

¹³⁸⁰ Une telle renonciation est cependant librement révoicable sauf rupture abusive.

¹³⁸¹ Cass. 1^{ère} civ. 5 mai, 1993, *RIDA* oct. N° 158, p. 205.

tel serait contraire à la propriété intellectuelle, si ce n'est d'une vision monolithique et figée de la matière ?

La proclamation est courante. Les défenseurs des savoirs traditionnels et des peuples autochtones insistent sur le caractère indivisible de leurs revendications : revendications politiques, sociales, économiques, et juridiques¹³⁸² et surtout sur le caractère indivisible de leur patrimoine¹³⁸³. Quelle est en réalité, la signification de cette approche globale des savoir-faire traditionnels qui est proposée comme une condition *sine qua non* d'une protection juridique adéquate ? L'injonction est-elle d'envisager tous ces aspects de la protection des savoir-faire traditionnels par le même instrument ? Ou est-elle plutôt d'envisager la protection juridique de telle façon que les autres aspects de l'objet n'en pâtissent pas ? La seconde acception nous semble plus productive pour une raison purement pratique qui tient à la finitude des matières concernées.

Aucune matière ? en effet, ne peut prétendre à une protection qui prenne directement en compte les impératifs de toutes les autres. Non seulement les techniques diffèrent, mais les moyens d'action sont aussi d'une variété déconcertante. Il devrait suffire en l'occurrence, que les règles de droit qui auront vocation à s'appliquer aux savoir-faire traditionnels ne constituent pas des obstacles évidents à la mise en œuvre des mesures retenues du point de vue d'autres matières telles que l'économique et le social¹³⁸⁴. Ainsi, pour que l'approche juridique et normative du savoir-faire traditionnel soit reconnue comme holistique, il suffit à notre avis que cette dernière laisse pleine et entière la possibilité de mettre en œuvre des mesures relevant d'autres champs normatifs.

Une fois que l'on a inséré la protection juridique recherchée dans son environnement général, la véritable question qui concerne la propriété intellectuelle se laisse mieux approcher : comment cerner l'origine collective, les modes oraux de transmission et de préservation par la propriété intellectuelle ? Il semble ici aussi plus raisonnable de se satisfaire d'une protection juridique qui procède par principes généraux au vu de la pluralité des mécanismes juridiques qui ont vocation à s'appliquer¹³⁸⁵.

Au-delà des raisons techniques évoquées ci-dessus, il a été soutenu que sur le plan pratique le coût du dépôt de la demande et de l'enregistrement des droits

¹³⁸² Voir le Pacte relatif aux ressources intellectuelles, culturelles et scientifiques de la Déclaration des principes du conseil mondial des peuples indigènes, la Charte de la terre et des peuples autochtones, etc annexés à l'ouvrage de MM. Posey et Dutfield, Le marché international de la propriété intellectuelle, Centre de recherches pour le développement international et WWF (Suisse)Fonds mondial pour la nature, 1997. Voir aussi H-P. Sambuc *La protection internationale des savoirs traditionnels*, précité, p. 74.

¹³⁸³ Voir entre autres opinions, celle de Mme Irène. Daes, reprenant les préoccupations exprimées par les représentants des communautés traditionnelles, dans son étude précitée, p. 4.

¹³⁸⁴ Nous omettons ici de citer le domaine politique à dessein car ce dernier ne procède pas d'une démarche de connaissance et de l'explication mais plutôt de la revendication et de l'action.

¹³⁸⁵ Marques, indications géographiques et brevets.

de propriété intellectuelle est extrêmement élevé, de même que le coût de la sanction et des actions en contrefaçon. Bien que pertinentes, ces objections ne sont pas définitives car une chose est d'élaborer un régime de protection juridique qui soit en adéquation avec les caractéristiques essentielles de l'objet protégé ; une autre est de s'assurer que l'accès à une telle protection ne soit pas limité par des considérations censitaires. Bien que la seconde exigence procède de l'efficacité des mesures proposées, elle ne relève pas à proprement parler de la technique de la consécration du droit. Quoi qu'il en soit, le refus catégorique d'appliquer les mécanismes de propriété intellectuelle reste critiquable du fait de la fausse idée du temps qu'elle contribue à établir et qui peut se résumer à l'incompatibilité intrinsèque entre les deux systèmes.

314. Ce qui, en définitive, du point de vue des personnes, semble s'opposer à la reconnaissance de droit de propriété intellectuelle, c'est autant cette incompatibilité intrinsèque des deux systèmes à s'appréhender mutuellement, que l'incapacité de la communauté traditionnelle à être titulaire de tels droits. Cette conclusion est mise en lumière par la situation des membres individuels de la communauté traditionnelle au regard du droit commun de la propriété¹³⁸⁶. Ce n'est pas dire que ceux-ci sont totalement absents de l'exercice des prérogatives qui sont attachées aux savoir-faire traditionnels. Ils se voient reconnaître à titre individuel des prérogatives que nous allons à présent étudier.

Section 2. Les membres de la communauté en tant que titulaires de prérogatives.

316. La présente section aura pour finalité l'identification de la teneur des prérogatives dont peuvent faire l'objet, les savoir-faire traditionnels. Nous venons de voir que le « titulaire » des droits originels sur le savoir-faire traditionnel, la communauté traditionnelle, n'est ni un détenteur, ni un propriétaire. Ceci nous a conduit à lui dénier l'existence d'un véritable droit

¹³⁸⁶ **Le droit de propriété introuvable dans le chef des particuliers.** Le savoir-faire traditionnel ayant été qualifié de bien immatériel, il est tentant de lui appliquer le mécanisme le plus connu des biens en droit commun : la propriété de l'article 544 du code civil. Or, que ce soit sur l'ensemble comme sur les parties, le mécanisme invoqué peine à montrer son adéquation. Les défis aux attributs du droit de propriété tels qu'on les déduit traditionnellement de l'article 544 du code civil sont désormais légion. Cependant le savoir-faire traditionnel vient les questionner à nouveau de façon spécifique et originale. Il en résulte une lecture essentialiste de la notion de propriété. La négation de la qualification de propriété se fonde sur l'absence d'*abusus* dont on s'accorde à dire qu'il est l'élément caractéristique de la propriété et sur un *fructus* modulable. Nous ne ferons que peu de cas ici de l'*usus* qui bien que présenté comme un attribut du droit de propriété n'est pour nous qu'une composante du *fructus*. Le *fructus* est avant tout modulé par le fondement conceptuel que l'on entend donner à la reconnaissance d'un droit sur le savoir-faire traditionnel. Il se décline en une série de prérogatives qu'il convient d'analyser.

privatif. C'est à présent l'occasion de reconnaître aux personnes physiques et morales un pouvoir d'exclusivité sur les savoir-faire traditionnels. Que ce pouvoir d'exclusivité soit la traduction d'une situation de fait ou d'une situation de droit, il conviendra d'en saisir la teneur (Paragraphe 1) avant d'en examiner les limites (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Fondements et teneur du pouvoir d'exclusivité.

Le droit portant sur le savoir-faire traditionnel n'est en réalité, et nous l'avons vu, qu'un pouvoir et sa capacité à entretenir et à restaurer l'exclusivité doit être analysée dans ses fondements (A) comme dans son contenu (B).

A. Les fondements du pouvoir d'exclusivité

317. Le pouvoir d'exclusivité peut principalement, être fondé sur une situation de droit. C'est l'hypothèse où la constitution d'un droit préalable sert de base au pouvoir d'exclusivité dont peuvent se prévaloir les personnes physiques comme les personnes morales. Ces situations juridiques peuvent être constituées à la suite, soit de l'application du régime de propriété intellectuelle, soit de l'application d'un régime *sui generis* reconnaissant des DPIT. Dans un cas comme dans l'autre, les prérogatives dont vont être investies les personnes juridiques ne sont nullement frappées d'absolutisme. Si le principe de la propriété suggère une certaine liberté, le fait que cette propriété soit elle-même qualifiée de traditionnelle ou qu'elle porte sur un objet traditionnel implique des limitations qui participent largement du régime juridique des savoir-faire traditionnels.

318. Le pouvoir d'exclusivité peut aussi reposer sur une situation de fait. Cette hypothèse ne concerne certes que les personnes juridiques « détentrices » des savoir-faire traditionnels. Il n'est pas nécessaire que les détenteurs de savoir-faire traditionnels soient désignés comme titulaires de droits distincts pour pouvoir exercer ces prérogatives, qui peuvent être invoquées par toute personne « intéressée ou lésée ». Le pouvoir dont ils feront état repose sur un double fait : la maîtrise matérielle du savoir-faire et le secret qui couvre ce savoir-faire. Dans ce sens, la maîtrise matérielle du savoir-faire est source d'exclusivité, comme le secret de la connaissance, peut être gage d'exclusivité. Les considérations seront dans ce cas davantage relatives à la possession qu'à la propriété.

319. Le pouvoir d'exclusivité peut enfin reposer sur un droit que l'on déduit d'une situation de fait: le jeu de la présomption de propriété.

Le mécanisme suggéré est d'origine doctrinale¹³⁸⁷. Il a, par la suite, trouvé un écho particulier auprès des délégations chinoise et asiatiques en général, présentes lors de la 4ème session du Comité intergouvernemental¹³⁸⁸. Dans un document intitulé *Propositions techniques concernant les bases de données et les répertoires relatifs aux savoirs traditionnels et aux ressources biologiques ou génétiques*, l'idée a été proposée: « d'établir une présomption de propriété juridique reconnue en faveur du détenteur des savoirs traditionnels dans le cadre d'un système de droits dans ce domaine. »¹³⁸⁹

Cette proposition est un peu surprenante car elle consiste en un amalgame des effets traditionnellement reconnus à deux mécanismes juridiques distincts : la possession et la détention¹³⁹⁰. Si l'on excepte pour l'instant, l'hypothèse d'une utilisation maladroite du terme détention à la place de possession¹³⁹¹, l'on ne peut que s'étonner de la présomption de propriété que l'on reconnaîtrait au détenteur qui par définition est dépourvu d'*animus domini*¹³⁹². La qualité de détenteur n'est plus la conséquence de la précarité qui prive, à moins d'une interversion de titre¹³⁹³, de toute prétention de propriété. Par le jeu de la présomption proposée, la détention se retrouve constitutive du droit privatif le plus fort: la propriété. Le pouvoir d'exclusivité que le détenteur serait ainsi habilité à exercer deviendrait non seulement l'expression d'un droit propre dont il aurait la disposition mais surtout celle d'un droit constitué à partir d'une situation de fait sans que le titulaire en ait manifesté la prétention. Une telle situation serait difficilement conciliable avec les mécanismes du droit civil des biens. Elle suggérerait une confusion dangereuse et en définitive inacceptable entre les notions de possession et de détention, d'autant que le fait que l'objet de ces mécanismes soit immatériel, ne justifie pas une telle confusion des genres. Le critère

¹³⁸⁷ *The Role of Registers & Databases in the Protection of Traditional Knowledge. A Comparative Analysis*. Institut des hautes études de l'Université des Nations Unies, 2003.

¹³⁸⁸ Voir à la page 4 de l'annexe du document WIPO/GRTKF/IC/4/14 ("Travaux futurs proposés pour le Comité intergouvernemental").

¹³⁸⁹ Voir la page 3 de l'annexe du document WIPO/GRTKF/IC/4/14.

¹³⁹⁰ Malgré la définition que concède le Doyen Cornu dans son *Vocabulaire Juridique* V° détention sens 2 : « désigne parfois l'état brut, le pouvoir de fait sur une chose, le fait d'en avoir la maîtrise effective, le corpus, que cette maîtrise soit exercée par le propriétaire de la chose, un possesseur ou un détenteur ». 7^{ème} éd. 2006, p. 299.

¹³⁹¹ Tel que le suggère pourtant le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, v° détention sens 2 « désigne parfois à l'état brut, le pouvoir de fait sur une chose, le fait d'en avoir la maîtrise effective, que ce pouvoir soit exercé par la propriétaire de la chose, un possesseur ou un détenteur » p. 299.

¹³⁹² Que le *Lexique des Termes Juridiques* Dalloz, définit comme : « L'état d'esprit d'une personne qui se comporte comme titulaire d'un droit sur une chose »

¹³⁹³ De l'article 2238 du code civil français qui dispose : « Néanmoins, les personnes énoncées dans les articles 2236 et 2237 peuvent prescrire, si le titre de leur possession se trouve interverti, soit par une case venant d'un tiers, soit par la contradiction qu'elles ont opposée au droit du propriétaire ». Sur la contradiction comme cause d'interversion de titre : voir la décision ancienne, Req. 31 d'c. 1924 :DH 1925, 41.

psychologique ici en cause est totalement indifférent à la conformation ou à la teneur de la chose.¹³⁹⁴

L'affirmation d'un pouvoir d'exclusivité, quel qu'en soit le fondement, postule un contenu que nous allons étudier.

B. La teneur du pouvoir d'exclusivité.

320. L'affirmation de l'exclusivité a souvent servi à la caractérisation d'un véritable droit de propriété, que celui-ci porte sur des choses matérielles ou des biens immatériels, comme les fruits de l'innovation scientifique. Le Pr. GAUTIER disait à propos de cette dernière qu'elle faisait bien l'objet d'un droit de propriété dont « *l'objet est bien entendu particulier puisqu'il est de nature incorporelle, mais en même temps on retrouve les attributs du droit de propriété, et le principal d'entre eux, le droit d'exclusivité* »¹³⁹⁵. La possibilité juridique d'obtenir l'exclusivité, existe même si dans la réalité, cette dernière peut être difficilement totale.

Les prérogatives associées aux savoir-faire traditionnels peuvent différer en fonction des principes juridiques sur lesquels ils reposent¹³⁹⁶. Le droit de propriété intellectuelle est par essence, un droit exclusif sur l'objet protégé, qui permet à son titulaire d'interdire certains modes d'utilisation. D'autres droits peuvent être associés au système de propriété intellectuelle tout en se distinguant parfois des droits conférés par ce dernier; c'est notamment le cas du droit à indemnisation lorsque les savoir-faire traditionnels sont utilisés par un tiers. Le droit à être consulté avant tout accès aux savoir-faire traditionnels et le droit d'intenter des poursuites en cas de préjudice découlant d'une utilisation abusive des savoir-faire traditionnels¹³⁹⁷, relèvent aussi de cette catégorie.

Il arrive bien plus souvent, que ces différents modes d'action soient intégrés au droit de propriété intellectuelle qu'il soit moderne ou traditionnel. Ainsi, et quelle que soit la source qui donne naissance à ces prérogatives, le contenu des pouvoirs conférés dépendra du ou des principes juridiques sur lesquels repose la protection. Les solutions ci-après pourraient notamment être envisagées : droits exclusifs sur les savoir-faire traditionnels proprement dits, droits procéduraux tels que le droit d'être consulté, droit à rémunération ou

¹³⁹⁴ Sur la détention et la possession d'informations, le parti étant pris de considérer l'information comme un bien, V° Mackaay E., « La possession des idées : toute information doit-elle faire l'objet d'un droit de propriété ? » *Dr. Informatique* 1986/2, p. 75 ; Passa J., Les frontières du droit s'arrêtent-elles à l'information, article précité.

¹³⁹⁵ Gautier P.-Y., article précité, *Droit et Patrimoine* n° 119 Octobre 2003, p. 71

¹³⁹⁶ Des observations techniques sur la nature des droits ont été remises par la Communauté européenne et ses États membres (OMPI/GRTKF/IC/1/8, annexe IV, page 8), l'Inde (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 140), la Norvège (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 133) et le Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 147).

¹³⁹⁷ Au nombre desquels il convient de mettre : pratiques commerciales déloyales, divulgation d'informations confidentielles ou utilisation culturellement choquante des savoirs traditionnels.

indemnisation; droits d'interdire certaines utilisations préjudiciables des savoir-faire traditionnels.

Le contenu des droits définis peut aussi dépendre de la finalité de la protection et des objectifs globaux. Ainsi, les droits relatifs aux savoir-faire traditionnels peuvent être modelés en fonction l'utilisation non autorisée des savoirs en tant que tels, y compris les tractations commerciales portant sur des produits incorporant ces savoir-faire. Dans ce dernier cas, ces prérogatives contribueraient à entretenir l'exclusivité.

321. L'important n'est pas d'appeler « droit », des moyens d'action qui sont certes, des conséquences d'un droit préconstitué mais qui, à proprement parler, ne sont que des prérogatives¹³⁹⁸. Les travaux du Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoirs traditionnels et le folklore font dans ce sens des propositions qui sont reçues plus ou moins par les différentes législations *sui generis* ou incluses dans les accords et contrats. L'étendue des droits, dit le Comité¹³⁹⁹ : « sera fonction du droit de regard que pourra exercer le titulaire sur les savoir-faire traditionnels protégés »¹⁴⁰⁰. C'est lui, qui déterminera les activités que le titulaire est en droit d'interdire et les exceptions qui peuvent venir limiter l'exercice de ce droit. S'essayant à saisir le contenu du pouvoir d'exclusivité des titulaires de droits, les experts de l'OMPI se prononcent en faveur du fait que les droits conférés sur les savoir-faire traditionnels puissent notamment comprendre la faculté :

- « d'interdire l'accès non autorisé aux savoirs traditionnels protégés, de même que leur enregistrement ou divulgation non autorisés;
- d'interdire l'utilisation commerciale non autorisée des savoirs traditionnels protégés;
- de s'opposer à toute prétention que pourraient faire valoir les tiers au titre de la propriété intellectuelle sur les savoirs traditionnels protégés;
- de s'opposer à l'utilisation culturellement choquante, dégradante ou inadaptée des savoirs traditionnels;
- de revendiquer une forme de droit moral, tel que le droit à l'intégrité des savoirs traditionnels et de la mention de leur source; ou
- de s'opposer aux pratiques fallacieuses ou trompeuses relatives à l'utilisation des savoirs traditionnels et à d'autres formes de concurrence déloyale associées à ces savoirs telles que l'enrichissement sans cause, les avantages commerciaux inévitables ou l'imitation servile. »

¹³⁹⁸ Cf. La distinction entre droit et prérogative dans la section 1 du présent chapitre.

¹³⁹⁹ Document WIPO/ GRTKF/IC/6/4 p.35

¹⁴⁰⁰ Pour des observations techniques sur l'étendue appropriée des droits et exceptions, voir Norvège (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 133) et Thaïlande (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par.135).

Il n'est pas nécessaire, à notre sens, que ces droits fassent l'objet de dispositions *sui generis* indépendantes pourrait-on dire, puisque dans de nombreuses situations nationales, ils ont été mis en œuvre grâce à des principes fondamentaux de droit commun et des mécanismes divers. Le droit objectif dans la plupart des Etats concernés par la question des savoir-faire traditionnels recèle des mécanismes épars qui peuvent être appelés au soutien des différents objectifs de la protection, dont le premier est de pouvoir organiser l'exclusivité. Cependant, les différences de régimes sont telles que, l'appareil juridique ainsi dégagé en devient, sinon impossible à utiliser, du moins difficile à mettre en œuvre de façon cohérente, intelligible et efficace. C'est pour cette raison qu'il convient de revenir aux dispositions spécifiques des lois *sui generis* existantes pour donner corps aux pouvoirs dont disposent les détenteurs de savoir-faire traditionnels et les titulaires de droits portant sur ces savoir-faire traditionnels. La loi brésilienne dispose, dans ce sens, en son article 9 que : « *les communautés qui créent améliorent, détiennent ou préservent des savoirs traditionnels associés au patrimoine génétique jouissent du droit : (...)d'empêcher des tiers non autorisés a) d'utiliser les savoirs traditionnels associés ou d'effectuer des essais, des recherches ou des enquêtes sur ces savoirs; b) de divulguer, de radiodiffuser ou de réémettre des données ou des informations contenant ou constituant des savoirs traditionnels associés; III) de tirer parti de l'exploitation économique par des tiers de savoirs traditionnels dont les droits y relatifs appartiennent à la communauté* »¹⁴⁰¹ Elle-même s'empresse de reconnaître que « *les détenteurs de savoirs traditionnels sont autorisés à concéder sous licence ou à céder leurs droits sur ces savoirs.* ».

Ainsi qu'on peut le noter, ce ne sont pas les mécanismes de garantie de l'exclusivité qui sont particuliers mais les objectifs qu'ils sont censés atteindre. Tel est le cas de la loi chinoise sur les brevets d'août 2000 qui donne au fabricant de produits utilisés en médecine traditionnelle le droit : « *d'empêcher des tiers n'ayant pas obtenu le consentement du titulaire des droits de fabriquer, d'utiliser, d'offrir à la vente, de vendre ou d'importer l'invention brevetée;* ».

322. Quant à la faculté qui est « *généreusement* » reconnue au titulaire « *d'intenter un procès en cas d'atteinte aux droits* » qui lui sont reconnus, on pourrait simplement la qualifier de pur pléonasme. Certaines autres dispositions

¹⁴⁰¹ Dans un souci similaire, la loi Portugaise(Décret-loi n° 118 du 20 avril 2002) autorise le titulaire de droits à : « i) s'opposer à leur reproduction, imitation ou utilisation directe ou indirecte à des fins commerciales par des tiers non autorisés; ii) céder, transférer, y compris par voie de succession, ou licencier les droits s'y rapportant; iii) exclure de la protection les savoirs faisant l'objet d'un enregistrement spécifique au titre de la propriété industrielle" (art. 3.4)). Les détenteurs de tous les autres savoirs traditionnels dûment enregistrés et décrits ont le droit de protéger ces savoirs "contre toute reproduction ou utilisation commerciale ou industrielle" (art. 3.2)). L'article 3.3) autorise les détenteurs de savoirs traditionnels à tenir ceux-ci secrets, "la protection se limitant alors aux situations où leur enregistrement a été obtenu par des tiers de manière déloyale" (art. 3.3)) ».

qui sont censées donner de la substance à l'exclusivité pèchent par une trivialité excessive à l'instar des articles 32¹⁴⁰² et 34¹⁴⁰³ de la loi philippine de 1997 sur les droits des peuples autochtones; loi qui prévoit néanmoins, un droit de restitution assez vigoureux¹⁴⁰⁴. La loi thaïlandaise¹⁴⁰⁵ semble aller plus loin encore en conférant au titulaire du droit : « *la propriété exclusive de la production du médicament ainsi qu'un droit exclusif sur la recherche, la distribution, l'amélioration ou l'élaboration de formules à partir de médicaments traditionnels thaïs ou des droits de propriété intellectuelle sur la médecine traditionnelle thaïe, conformément au texte enregistré relatif à cette médecine* »¹⁴⁰⁶. Une proclamation avec laquelle on ne peut être que d'accord sur le principe mais dont les effets bloquants ne tarderont pas à se faire sentir dès lors qu'il s'agira de l'exploitation du savoir-faire traditionnel en question. Cette dernière en effet, ne peut être que l'aboutissement d'un processus conjoint entre les différentes composantes de la chaîne de l'innovation

Comme nous le verrons dans les développements ultérieurs, une exclusivité absolue n'est pas souhaitable pour une exploitation adéquate des savoir-faire traditionnels. Pour l'heure, il semble que le pouvoir d'exclusivité, reconnu aux « *détenteurs* » de savoir-faire traditionnel soit limitée dans son contenu.

Paragraphe 2. Les limitations du droit d'exclusivité.

323. Les droits reconnus aux détenteurs de savoir-faire traditionnels peuvent varier en fonction de la nature de ces savoir-faire. Les lois du Costa Rica¹⁴⁰⁷ et de l'Inde¹⁴⁰⁸ prévoient que l'étendue des droits sera déterminée en temps utile par l'autorité nationale compétente et, dans le cas du Costa Rica, dans le cadre d'un processus participatif. Trois lois confèrent deux catégories de droits qui diffèrent quant à leur portée : la loi type africaine reconnaît les « *droits intellectuels des communautés* » et les droits des agriculteurs, qui n'ont pas la même portée, et les lois du Pérou et du Portugal reconnaissent des droits

¹⁴⁰² Droit de mettre en pratique et de dynamiser leurs propres traditions et coutumes culturelles (art. 32 *in limine*)

¹⁴⁰³ Droit de prendre des mesures spéciales pour gérer, mettre au point et protéger leurs sciences, techniques et manifestations culturelles (art. 34).

¹⁴⁰⁴ Droit d'obtenir la restitution des biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels pris sans leur consentement préalable volontaire donné en connaissance de cause ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes (art. 32 *in fine*).

¹⁴⁰⁵ Loi sur la protection et la promotion des données médicinales traditionnelles thaïes (B.E. 2542)

¹⁴⁰⁶ Art. 34 de la loi.

¹⁴⁰⁷ Article 83 de la loi « La portée des droits de propriété intellectuelle *sui generis* des communautés est déterminée par un processus participatif impliquant les communautés autochtones et de petits paysans, qui doit être défini par la Commission nationale de gestion de la biodiversité »

¹⁴⁰⁸ Aux termes de la loi, article 36-5 « l'étendue des droits octroyés par des mesures de protection, y compris les systèmes *sui generis*, doit être "conforme aux recommandations du National Biodiversity Authority [...] ».

plus étendus si les savoir-faire traditionnels n'ont pas été divulgués, et de ce fait, ne sont pas tombés dans domaine public ou encore si ces savoir-faire traditionnels répondent au critère de nouveauté commerciale.

Dans l'idéal, la protection devrait aussi s'étendre aux coutumes et traditions des communautés subordonnant à l'autorisation de ces dernières les utilisations individuelles d'éléments des savoir-faire traditionnels à l'intérieur ou à l'extérieur de la communauté intéressée, ainsi qu'aux questions concernant la propriété, le droit aux avantages, les dommages intérêts et le règlement des différends¹⁴⁰⁹.

324. A l'instar tous les autres droits de propriété intellectuelle, les droits attachés aux savoir-faire traditionnels peuvent être limités ou assortis de conditions afin d'éviter tout préjudice injustifié aux intérêts de la société dans son ensemble et à d'autres intérêts légitimes. Les droits afférents aux éléments de savoir-faire traditionnels peuvent, par conséquent être assortis d'exceptions, telles que l'usage par des tiers à des fins universitaires ou strictement privées ou l'octroi de licences obligatoires pour des raisons d'intérêt public.

Ces exceptions ou restrictions peuvent aussi viser les intérêts des tiers qui mettent au point des innovations fondées sur les savoir-faire traditionnels, conformément aux dispositions qui existent pour les brevets dépendants. La loi thaïlandaise qui semble consacrer les pouvoirs d'exclusivité les plus vigoureux, fait cependant une large part à des exceptions et limitations qui tempèrent les termes tranchés de l'article 34 al. 1 cité plus haut. Ainsi est-il prévu dans la suite de cet article que « *les dispositions de l'alinéa 1) ne s'appliquent pas à tout acte présentant un intérêt pour des études, des observations, des essais ou la recherche, conformément au règlement arrêté par le ministre, 2) à la préparation de médicaments précis, conformément à la prescription de détenteurs d'un certificat d'enregistrement pour la médecine traditionnelle thaïe, et 3) à la fabrication de médicaments à usage domestique ou à la fabrication de médicaments par des hôpitaux étatiques ou des organes gouvernementaux ou étatiques, destinés à être utilisés dans des hôpitaux étatiques, ou à l'utilisation de textes sur la médecine traditionnelle thaïe à des fins de traitement de malades dans des hôpitaux d'État, sous réserve du respect des règles arrêtées par le ministre.* »

C'est là une série de restrictions qui traduisent le fait que la protection juridique qui est recherchée pour les savoir-faire traditionnels doit faire une large part à des restrictions qui trouvent leur justification tant dans les objectifs de la

¹⁴⁰⁹ Ces coutumes et traditions pourraient être décrites et enregistrées en même temps que les éléments des savoirs traditionnels, ce qui serait un gage de sécurité juridique, non seulement quant aux éléments appropriés des savoirs proprement dits mais aussi quant à leur partage au sein des communautés. Voir par exemple la loi *sui generis* du Panama.

protection que dans la nature de l'objet protégé. L'idée d'une **modulation de l'exclusivité**¹⁴¹⁰ qui pouvait être reconnue sur les fruits de l'innovation n'est pas apparue insoutenable aux Prs. MACKAAY et GAUTIER. A en croire le second : « *d'un point de vue de pure technique juridique, celui qui a le droit exclusif peut interdire l'innovation par un autre qui s'inspirerait de son travail. Mais du point de vue économique et aussi des progrès scientifiques il serait souhaitable qu'il y ait un accès.* »¹⁴¹¹

Ainsi, une liste non exhaustive des exceptions et restrictions comprendrait utilement :

- les systèmes traditionnels d'échange de savoir-faire entre communautés. L'article 21.2 de la loi-type africaine dispose dans ce sens qu' : « *aucune barrière juridique ne doit entraver le système d'échange traditionnel des communautés locales dans l'exercice de leurs droits.* » Dans le même sens, et concernant cette fois le droit des agriculteurs, le texte précise que la législation ne s'applique pas à « *l'accès, l'utilisation, et l'échange des connaissances et des technologies par les communautés locales entre elles* »¹⁴¹²

- l'utilisation aux fins de la recherche ou à des fins personnelles et d'autres utilisations non commerciales;

- les mesures nécessaires à la préservation et à la mise en valeur des savoir-faire traditionnels, ainsi qu'à la promotion de l'innovation traditionnelle¹⁴¹³. Le cas de la loi brésilienne qui prévoit respectivement en ses articles 8III et 4 que la protection ne doit pas empêcher « *la préservation, l'utilisation et l'amélioration des savoirs traditionnels* » et que « *l'usage coutumier par les communautés doit être préservé dans tous les cas* ».

- les mesures visant à préserver d'autres droits de propriété intellectuelle de toute restriction ou atteinte¹⁴¹⁴. Seule la législation indienne se prononce clairement sur ce point, lorsqu'elle prévoit en son article 8IV que la protection accordée aux savoir-faire traditionnels « *ne doit pas affecter, compromettre ou restreindre les droits de propriété intellectuelle* ».

325. Allant plus loin dans la volonté d'unifier le régime des exceptions, le Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore a retenu que les titulaires de pouvoirs portant sur les savoir-faire traditionnels ne pouvaient les exercer que dans certaines circonstances. Ainsi peut-on lire : « *Une solution pourrait consister à limiter les*

¹⁴¹⁰ C'est nous qui soulignons.

¹⁴¹¹ Gautier P.-Y., article précité, p. 72 où l'auteur conclut en disant que : « *La propriété exclusive est en soi une bonne chose tant que le créateur, le propriétaire n'en abuse pas* ».

¹⁴¹² Article 2.2)ii de la Loi type africaine fixant l'étendue des droits des agriculteurs.

¹⁴¹³ On peut rapprocher de cette cause de restriction, celle qui consiste à dire que : « *la fabrication de médicaments traditionnels en vue d'un usage domestique ou dans des organismes de santé publique* »

¹⁴¹⁴ Cette restriction peut être vue comme le tribut que devra payer le droit des savoir-faire traditionnels à la cohérence du système général de l'appropriation des biens et de la propriété intellectuelle.

droits exclusifs aux utilisations des savoirs traditionnels d'où découle un avantage économique, sans assortir d'aucune restriction les utilisations de ces savoir-faire aux fins de la recherche et de l'enseignement »¹⁴¹⁵. Cela simplifierait aussi l'exercice des prérogatives en permettant de cibler les secteurs où les risques de préjudice ou d'appropriation illicite sont les plus importants, pourrait-on avancer, à l'appui d'une telle proposition.

La conception alternative de la protection à accorder aux savoir-faire traditionnels est en total décalage avec la réalité de la protection recherchée car il existe, et les cas ne sont pas rares, des situations d'atteinte aux savoir-faire traditionnels qui, sans être d'ordre économique, sont néanmoins sérieuses et peuvent justifier des prétentions, au vu du caractère culturellement marqué desdits savoir-faire¹⁴¹⁶ c'est ce que nous avons appelé plus haut, la protection morale.

Que retenir en définitive des toutes ces restrictions qui ne sont pas exhaustives et qui peinent à cerner les exceptions justifiées au déploiement de la **force d'exclusion** que les titulaires de droits peuvent tenir du droit positif, qu'il soit de droit étatique ou de droit traditionnel, qu'il soit de droit délibéré ou de droit coutumier ?

Les droits reconnus aux particuliers, les pouvoirs qu'ils peuvent exercer et les prérogatives attachées aux savoir-faire traditionnels, sont émaillés d'autant de limites et d'exceptions qui traduisent le caractère finalisé de la protection recherchée¹⁴¹⁷ et le fait que bien protégé fasse l'objet d'une affectation.

¹⁴¹⁵ Document WIPO/GRTKF/IC/10/6, daté du 2 octobre 2006, p. 7.

¹⁴¹⁶ Il peut en être ainsi notamment en cas d'utilisations culturellement choquantes et dégradantes, d'utilisations de mauvaise foi et de comportements fallacieux et trompeurs. Les principes de la concurrence déloyale peuvent aussi offrir des garanties contre ces utilisations illégitimes.

¹⁴¹⁷ Une conception positiviste peut permettre de se faire une idée à peu près claire des restrictions et de la mesure dans laquelle elles sont efficaces. Quant à leur adéquation avec les objectifs de la protection, la deuxième partie de cette étude nous permettra de la vérifier et de l'ajuster au besoin.

CONCLUSION CHAPITRE 2

TABLEAU RECAPITULATIF SUR LA TITULARITE¹⁴¹⁸

Objet de droit ou objet de pouvoir ► Personne juridique ▼	L'ensemble des Savoir-faire traditionnels, qu'ils soient Identifiés, individualisés ou non	Les parties individualisées et identifiées des savoir-faire traditionnels.
Personne physique (individu) Ex. Guérisseur.	Dispose d'un pouvoir de fait sur l'objet en ce qu'ils sont acteurs de leur évolutivité. En tant qu' Agent Juridique .	- Droit de PI classique - Droit de PI traditionnel dans les cas où ces derniers sont prévus. En tant que Personne Juridique .
Personnes physiques (collectivité d'individus) Ensemble de la Communauté traditionnelle.	Dispose d'un pouvoir de fait qui constitue la possession collective.	- Pouvoir de fait - Droit de PI traditionnel (cas de la loi type Africaine ou de la Loi Océanienne)
Personne morale (Association ou Institut de recherche national) dûment mandaté par la Communauté traditionnelle.	Pouvoir de défense et de la possession collective (actions en justice pour la défense des intérêts).	- Droit de PI classique (conditionné) - Droit de PI traditionnel.
Personne morale (universités et instituts de recherche) non mandatés par les Communautés traditionnelles.	Néant	-Droit de PI classique en collaboration ou sur cession du savoir-faire traditionnel. -Impossibilité de Droit de PI traditionnel.
L'Etat	Pouvoir général de protection et de promotion (Mesures structurelles)	Néant

326. Au cours de ce chapitre consacré à la titularité en tant que déterminant subjectif de la notion de savoir-faire traditionnel, nous avons voulu, procéder à l'identification des sujets en présence.

Face à l'impossibilité de voir dans la Communauté traditionnelle, un sujet de droit, nous avons pu, moyennant la caractérisation d'une « **protopersonne juridique** »¹⁴¹⁹, désigner les titulaires des différentes prérogatives attachées aux savoir-faire traditionnels.

La recherche du contenu des droits nous a permis de distinguer entre droits et pouvoirs. Nous avons pu distinguer entre le droit individuel de propriété intellectuelle dont peuvent être titulaires les personnes physiques comme morales,

¹⁴¹⁸ NB : Les questions comme celles de la brevetabilité et des contrats de recherche, de la négociation et de la conclusion des partenariats de recherche ou de commercialisation, la répartition des bénéfices, et de la finalité des modes de mise en valeur des savoir-faire traditionnels seront envisagées dans la partie 2 consacrée à l'exploitation. Ceci justifie que le tableau ci-dessus ne fasse pas mention des conditions de brevetabilité par exemple. Il s'agit avant tout de faire l'état récapitulatif des droits et des prérogatives qui existent ou qui sont susceptibles d'exister sur l'objet que constitue le savoir-faire traditionnel.

¹⁴¹⁹ Dans le sens où il s'agit d'une personne **primitive et rudimentaire**, voir sur cette acception du terme, Henri Cottez, *Dictionnaire des structures du Vocabulaire savant*, Les usuels du Robert, 1989, p. 350.

et les pouvoirs attachés aux savoir-faire traditionnels qu'ils ne peuvent exercer qu'en qualité d'**agents juridiques** et pour l'exercice desquels ils peuvent être soumis à contrôle.

Ainsi, selon que les personnes juridiques interviennent en qualité d'agent juridique pour défendre les intérêts de la communauté traditionnelle ou quelles interviennent en qualité de titulaires de droits de propriété intellectuelle distincts leurs obligations varient. Ce qui, dans un cas, est un pouvoir finalisé¹⁴²⁰ susceptible de contrôle, devient, dans l'autre, l'exercice autonome d'un droit à condition de ne pas porter atteinte aux intérêts de la communauté traditionnelle.

Alors que les personnes juridiques, lorsqu'elles agissent en qualité d'agent juridique, se trouvent positivement obligées d'exercer les prérogatives « *confiées* » dans l'intérêt de la communauté traditionnelle¹⁴²¹, le pouvoir d'exclusivité leur impose une obligation simplement négative de ne pas porter atteinte à un tel intérêt.

¹⁴²⁰ Au sens où il est exercé dans l'intérêt de la communauté traditionnelle.

¹⁴²¹ Pour éviter principalement la réalisation de l'un des cinq cas d'appropriation illicites listés par la 10^{ème} session du Comité Intergouvernemental (WIPO/GRTKF/IC/10/5, page 318 Décembre 2006.) et qui sont : « i) *actes purs et simples d'appropriation abusive délibérée*, ii) *appropriation abusive par violation d'arrangements juridiques aux fins de l'obtention d'un consentement préalable donné en toute connaissance de cause et du partage des avantages*, iii) *appropriation abusive par tentatives d'obtention de droits de propriété intellectuelle illégaux sur des savoirs traditionnels*, iv) *appropriation abusive sous la forme d'une concurrence déloyale ou d'un enrichissement injustifié engendrant un avantage commercial manifestement inéquitable*, et v) *certaines formes d'utilisation abusive volontaire et d'outrage en ce qui concerne les savoirs traditionnels* »

CONCLUSION DU TITRE. 2

327. Nous aurons recherché tout au long de ce titre à cerner, la substance du savoir-faire traditionnel, avant de nous attacher à en isoler les déterminants subjectifs.

Au terme d'un premier effort, nous avons pu établir l'élément objectif¹⁴²² de détermination de la notion de savoir-faire traditionnels : « la praticité ». Cette notion à laquelle nous proposons un contenu plus stable est le résultat d'une double démarche :

328. D'une part, nous avons procédé à une relecture du critère habituel de « l'application technique » des connaissances constituant le savoir-faire. Cette relecture est passée par la démonstration des insuffisances de ce critère et son éviction pure et simple par la notion de praticité.

D'autre part, nous avons vu dans la notion de « praticité », une traduction plus exacte du caractère substantiel des connaissances qui constituent le savoir-faire traditionnel. De ce point de vue, la valeur économique avérée ou potentielle qu'elle représente nous a permis de procéder à l'identification d'un bien par les mécanismes du droit civil. Nous y avons vu un bien immatériel à part entière qui pouvait recevoir l'application des règles de droit commun de la propriété comme ceux du droit spécial de la propriété intellectuelle.

On peut ainsi proposer la définition objective suivante du savoir-faire traditionnel : « *une connaissance pratique, individualisée et identifiée, présentant une valeur économique certaine ou potentielle* »¹⁴²³.

329. Au titre du deuxième effort, nous nous sommes intéressés à la « titularité » comme « déterminant subjectif » de la notion de savoir-faire traditionnel. Ceci nous a permis affiner le régime du savoir-faire traditionnel principalement à travers son caractère communautaire qui suggère deux sortes de « titulaires » : La communauté traditionnelle et les membres individuels de cette communauté.

Devant l'impossibilité pour la communauté traditionnelle de se constituer en personne juridique, la technique des pouvoirs a permis de trouver des points d'imputation dans le chef des personnes physiques et morales en qualité d'Agents juridiques. Ces dernières personnes, dans leur rôle d'agents juridiques, sont

¹⁴²² Au sens de : « relatif uniquement à l'objet » : le savoir-faire traditionnel.

¹⁴²³ L'on remarquera ici la parfaite identité entre le savoir-faire traditionnel ainsi défini d'un point de vue objectif et le savoir-faire tel qu'il est conçu par le règlement européen et son interprétation doctrinale. La praticité en tant que nouveau critère objectif de définition semble faire œuvre unificatrice de ce dont on pouvait se plaie à proclamer l'altérité.

garantes de l'intérêt des communautés traditionnelles, que ces intérêts soient économiques ou non économiques¹⁴²⁴.

Il a aussi été possible de voir les cas où les membres de la communauté traditionnelle pouvaient exercer des prérogatives propres en tant que titulaires de droits. Dans cette hypothèse il pèse sur eux, une obligation de ne pas porter atteinte aux intérêts de la communauté traditionnelle.

Ainsi, selon que l'on agit en tant que titulaire de droits distincts ou que l'on intervient en tant qu'agent juridique, l'on se voit imposer une obligation active de défense des intérêts de la communauté traditionnelle, ou une obligation négative de non atteinte à ces mêmes intérêts.

Cette double obligation, appelée à déployer ses effets lors de l'exploitation du savoir-faire traditionnel, est la traduction juridique de ce que le savoir-faire traditionnel est un bien qui fait l'objet d'une affectation communautaire.

¹⁴²⁴ Sur la distinction entre les différents intérêts, voir : **Lewinski (Von) S.**, « Le folklore, les savoirs traditionnels et les ressources génétiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle », *Propriétés intellectuelles*, Janvier 2005, n° 14 p. 29. Voir aussi à titre d'illustration dans une législation régionale, de cette distinction des intérêts, Loi type sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture 2002 ; le Cadre juridique régional qui contient cette loi type a été publié sous le numéro ISBN 982/203/935/2.

CONCLUSION DE LA 1^{ère} PARTIE

Deux enseignements généraux doivent être tirés, au terme de cette première partie, consacrée à la notion du savoir-faire traditionnel. L'un est d'ordre structurel et concerne l'ordonnement des systèmes juridiques en présence. L'autre, substantiel, est relatif à la définition de la notion de savoir-faire traditionnel. C'est en fait, d'une double émergence qu'il s'agit.

330. L'analyse du savoir-faire traditionnel a révélé qu'il participait de plusieurs espaces de normativité. Les approches exclusives se sont ainsi révélées inopérantes. Accepter l'application exclusive du droit coutumier et de certaines législations *sui generis* conduit à reconnaître un droit de propriété intellectuelle dont l'efficacité n'est pas certaine. Outre le fait qu'un tel régime ne reçoit aucune sanction au plan international, son effectivité au plan interne n'est pas garantie. Il doit en effet, côtoyer les droits de propriété intellectuelle, tels qu'ils résultent de la convention d'Union de Paris et des textes subséquents dont le plus emblématique, l'accord sur les ADPIC, reprend les différentes conditions de brevetabilité que sont, l'invention, la nouveauté et l'activité inventive.

A l'inverse, appliquer machinalement les critères de la brevetabilité au savoir-faire traditionnel réalise une véritable dénaturation de l'objet de droit. Les caractéristiques essentielles que sont le caractère intergénérationnel et le caractère collectif représentent alors des obstacles à la nouveauté et à la recherche d'une titularité des droits à consacrer.

331. La recherche d'une notion cohérente s'est faite à travers une construction aristotélicienne du savoir-faire traditionnel. Cette construction s'est appuyée sur la réification de sa praticité et une organisation de sa titularité qui s'est faite par le concept d'agent juridique. A la suite de cet effort de construction, le savoir-faire traditionnel est susceptible, en sa nouvelle qualité de « bien », de recevoir l'application du droit commun de propriété tel qu'il résulte de l'article 544 du Code civil français. On ne peut cependant pas dire que l'objet de droit ainsi défini, soit véritablement nouveau puisqu'il emprunte ses caractéristiques principales à la catégorie préexistante du savoir-faire, que viennent ensuite seulement, particulariser fortement les éléments de la source coutumière et traditionnelle qui sont principalement des implications du caractère communautaire.

Le savoir-faire traditionnel est simplement autonome, car les règles et les caractéristiques mises à jour présentent une cohérence interne et une véritable adéquation avec l'objet de droit désigné. Ce premier régime de protection du savoir-faire traditionnel n'est pas exclusif des éventuels droits de propriété intellectuelle, principalement de brevet.

Le savoir-faire traditionnel a ainsi pu montrer son aptitude à être appréhendé par les mécanismes de droit commun de la propriété, de propriété intellectuelle ainsi que par des droits coutumier des communautés traditionnelles.

332. La recherche d'une notion cohérente de savoir-faire traditionnel a ainsi permis la clarification de la nébuleuse que constituait la notion de *savoirs traditionnels*. Cette première partie conduit aussi, de façon incidente à une redéfinition du concept de savoir-faire. Cette dernière ne semblait pas pourtant en avoir un besoin impérieux¹⁴²⁵ puisqu'elle pouvait se décliner sur plusieurs modes sans que l'on en remette en cause l'unicité.

A présent que le savoir-faire traditionnel a une visibilité juridique cohérente, il s'agit d'envisager la protection que le droit lui assure dans l'inévitable et active exploitation qui en est faite. Tel est l'objet de notre Deuxième partie : L'exploitation du savoir-faire traditionnel.

1425 D'éminents auteurs au nombre desquels : Les professeurs Foyer et Vivant ayant fait part de leurs doutes sur l'idée même d'une définition. (J. Foyer et M. Vivant, « Le droit des brevets », précité p. 401) Weniger O., estime quant à lui, au seuil de son étude comparative sur la *Protection des secrets économiques et du savoir-faire* qu' « il serait vain de rechercher une définition susceptible de rallier tous les suffrages. Le savoir-faire est en réalité un concept à géométrie variable ; il est interprété différemment selon le contexte. »

Partie 2. L'EXPLOITATION DU SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL

333. Exploiter, c'est « *utiliser de façon avantageuse* », nous apprend le Nouveau Petit Robert¹⁴²⁶. Le substantif qui en est dérivé : l'exploitation, est conçue en droit comme : « *la mise en valeur d'une source de richesse (...) l'activité consistant à faire valoir un bien, à accomplir les actes nécessaires, selon sa nature et sa destination, à sa mise en valeur* »¹⁴²⁷. La conception qu'il convient d'adopter du terme exploitation dans la présente partie ne fait pas nécessairement appel à la commercialisation du savoir-faire traditionnel. Toutes les utilisations qui pourront en être faites, de sorte à en tirer un avantage, qu'il soit pécuniaire ou non, seront susceptibles d'être comprises dans le périmètre de cette étude de l'exploitation du savoir-faire traditionnel. Plusieurs étapes semblent ainsi concernées qui vont du transfert du savoir-faire traditionnel aux fins de recherche sur les ressources génétiques ou biologiques, à la demande de brevets d'inventions portant sur ces savoir-faire traditionnels, en passant par l'invocation de droits *sui generis* résultant de l'application de législations nationales spéciales.

334. L'exploitation, la valorisation¹⁴²⁸ sont devenues¹⁴²⁹, on peut le dire sans risquer les foudres des défenseurs de la recherche fondamentale, la finalité de toute activité de recherche. Elles sont même devenues selon certains auteurs :

¹⁴²⁶ Le Nouveau Petit Robert, 2007, p. 983.

¹⁴²⁷ *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, Cornu, G (dir), PUF, 7^{ème} édition 2006, v° le mot, p. 385.

¹⁴²⁸ Kahn A., *Et l'Homme dans tout ça ?* Nil Editions 2000 : « le mot valeur renvoie indistinctement à une référence éthique ou à une valeur boursière ou marchande ».

La notion de valeur est le moteur et le centre du transfert des connaissances scientifiques vers le monde de l'industrie. La valorisation est ainsi alternativement comprise par les chercheurs du secteur public qui, de leur côté cherchent au moyen d'une application industrielle, une ouverture et des prolongements ne devant pas remettre en cause l'objectivité, la liberté et le long terme de leurs travaux. Une enquête effectuée en 1998 auprès des chercheurs par une association de doctorants en droit et présentée en juin 1999 au cours d'une journée d'information par la cellule d'information par la cellule de valorisation de la recherche de l'université de Bourgogne met en évidence les point de vue contradictoires en fonction des priorités et des modes opératoires de la recherche qui sont soit économiques (produire des solutions à des problèmes concrets) ou bien académiques (présenter et transmettre les connaissances fondamentales existantes).

¹⁴²⁹ La Loi n° 2006-450 du 18 avril 2006 dite de programmation pour la recherche. L'ordonnance n° 2004-545 du 11 juin 2004, prise sur la base de l'autorisation donnée par la loi du n° 2003-591 du 2 juillet 2003 et intégrée à la partie législative du code de la recherche avait déjà confirmée l'importance de cette mission (Article L. 112-1) en second après le développement et le progrès et avant la difficile question des connaissances scientifiques.

La création de l'ANVAR en 1967 inaugurerait pourtant déjà une politique de valorisation des résultats de la recherche qui a été progressivement développée par l'Etat français et qui est périodiquement réactivée. La mission initiale de l'Agence fut de concourir à la mise en valeur des résultats des recherches scientifiques et techniques effectuées par les laboratoires et services publics, notamment des laboratoires dépendant des universités et du CNRS. A partir des années 1980 le transfert des travaux d'organismes de recherche publique vers le monde économique perd son caractère désintéressé et informel. La loi de 1982 instituant les établissements publics à caractère scientifique et technologique (EPCST ou EPST Cf. loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologiques de la France modifiée par la Loi du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche) érige à nouveau la valorisation des résultats de la recherche en *priorité nationale*. Afin de poursuivre efficacement cette priorité il est fait obligation aux EPCST de créer un service de valorisation dont les modalités sont laissées à la discrétion de chaque établissement.

« *une priorité de la recherche universitaire* »¹⁴³⁰. En France, la recherche scientifique a connu un double « *changement de paradigme* »¹⁴³¹ qui a donné à la valorisation et à l'exploitation, une place charnière entre la recherche fondamentale, la recherche à finalité sociétale et la recherche à finalité économique¹⁴³². La valorisation se conçoit avant tout comme le fait de « *transmettre les résultats de travaux de laboratoires et centres de recherche à des entreprises en vue d'applications dans l'industrie ou dans d'autres modes d'exploitation commerciale* ». La valorisation de la recherche implique « *le transfert de connaissances et de compétences du secteur scientifique vers le secteur économique* »¹⁴³³. Plus largement, la valorisation désigne l'ensemble des relations d'échange et de collaboration établies entre la recherche fondamentale et les groupes privés, principalement les groupes privés qui ne disposent pas de structures de recherche propres. Ces relations concernent toutes sortes de formules adaptées aux divers modes de valorisation¹⁴³⁴.

335. Des acteurs divers se succèdent souvent et les finalités de leurs actions peuvent être variées comme le souligne justement Geoff BURTON¹⁴³⁵ du *Department of the Environment and Heritage* de l'Australie : « *étant donné le nombre considérable de maillons qui forment la chaîne de valorisation, depuis le prélèvement initial jusqu'au produit final ou à l'innovation, les « acteurs » et les transactions en cause sont inévitablement très nombreux, variés et, souvent, invisibles aux yeux de tierces parties* »¹⁴³⁶. L'utilisation qui est faite des résultats de la recherche fondamentale tend ainsi à transformer cette dernière en *pré-recherche appliquée*¹⁴³⁷. De plus, les mutations successives qui sont intervenues dans le paysage de la recherche scientifique spécifiquement française¹⁴³⁸ tendent à

¹⁴³⁰ Barré M., « La valorisation de la recherche universitaire et la propriété intellectuelle : les limites de l'instrumentation juridique d'une politique économique », *RRJ.*, 2002-2, p. 934 et s.

¹⁴³¹ Selon l'expression du Pr. Jean-Christophe Galloux qui a vu dans les termes de l'ordonnance n°2004-545 du 11 juin 2004 un : « *changement de paradigme de la recherche publique* » française (RTDCom. Oct/Déc. 2004 p. 708).

¹⁴³² Exposé des motifs de la Loi n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche.

¹⁴³³ Barré M., « La valorisation de la recherche universitaire et la propriété intellectuelle : les limites de l'instrumentation juridique d'une politique économique », précité p.934.

¹⁴³⁴ Les responsables de la valorisation distinguent volontiers la valorisation au sens strict (dépôt de brevets ou de marques et licences attenantes) de « l'activité contractuelle des contrats de recherche et de prestations. En réalité, ces deux modes sont interdépendants et étroitement imbriqués.

¹⁴³⁵ Directeur de la politique de gestion des ressources génétiques, Courriel : geoff.burton@deh.gov.au

¹⁴³⁶ Burton G., « Le régime international : un élément manquant » in *Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation*, Mexico 2004, p.136.

¹⁴³⁷ La loi du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur avait dans ce sens fixé aux Etablissements d'enseignement supérieur, une mission de valorisation des résultats de la recherche. Voir dans le même sens, Reboul Y., *Les contrats de recherche*, précité p. 37.

¹⁴³⁸ Un essai de datation a été tenté par A. Reverchon (La priorité de l'innovation modifie la mission des chercheurs, *Le Monde*, 19 janvier 1999) qui constate qu' « en 1939, date de la création du CNRS, le *savant était seul*, entouré de ses pairs, oeuvrant pour faire avancer les connaissances ; en 1950 le *savant d'Etat*, entouré d'ingénieurs, œuvre pour la France ; en 1970 apparaît le *savant lobbyiste et imprécateur*, défendant les grands programmes de recherche ; à partir des années 1980 on attend du *savant expert*, valorisation, transfert et résolution des problèmes de la société. »

faire du chercheur, un acteur de la découverte ou de l'invention mais aussi du transfert de cette dernière vers les entreprises, de sorte que : « *dans les milieux de la recherche il (est) question autant de valorisation scientifique que de diffusion et de transfert vers les entreprises qui se chargeront de l'exploitation des résultats transférés* »¹⁴³⁹. Cette nouvelle « mission » des universités et des centres de recherche est assez régulièrement évaluée et contrôlée¹⁴⁴⁰ et on peut dire que la feuille de route en la matière a été fixée par la Loi du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche¹⁴⁴¹ et confirmée par la loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche. Le but, une fois encore, est d'instaurer des partenariats et de favoriser le transfert de technologie de la recherche publique vers l'action économique et sociale ainsi que la création d'entreprises innovantes.

336. Exploiter le savoir-faire traditionnel c'est avant tout le **protéger** et le faire **fructifier**. Lorsqu'un instrument juridique permet d'envisager ces deux facettes, c'est bien naturellement qu'il devient le prisme principal de l'analyse¹⁴⁴². Les moyens d'exploitation du savoir-faire traditionnel en matière de bioprospection sont cependant assez variés. L'un pourtant, semble définitivement voler la vedette aux autres : c'est le brevet¹⁴⁴³ qui est parfois présenté comme le « *mode-type* »¹⁴⁴⁴ de valorisation de la recherche. Il convient de modérer cette qualification tout en reconnaissant au brevet, sa vigueur particulière que l'on ne retrouve pas dans les autres mécanismes tels que la protection par le secret ou encore la protection par les dessins et modèles.

La protection par le régime des dessins et modèles est exclue du champ de notre étude en considération de la nature des connaissances en cause qui sont avant tout techniques. De plus la protection par le secret ne relève pas de la protection juridique mais de la protection par les simples faits ; le secret n'étant pas constitutif de droit même si sa violation fautive peut être sanctionnée.

Ainsi consacrerons nous la présente partie de notre étude à l'analyse des questions que l'exploitation du savoir-faire traditionnel pose au regard des conditions classiques de la brevetabilité (Titre 1). Nous consacrerons dans un second

¹⁴³⁹ Lambertie (de) I., La valorisation des bases de données du CNRS, *Revue Française d'Administration Publique*, 1994, note 7, p. 677.

¹⁴⁴⁰ En juin 1997 et en novembre 1999, la Cour des comptes a rendu deux rapports consacrés respectivement à la valorisation de la recherche dans les EPCST (Publié par les éditions des JORF, n° 4343) et dans les Etablissements d'enseignement supérieur (Accessible en ligne à l'adresse suivante : www.comptes.fr/frameprinc/frame18.htm).

¹⁴⁴¹ Loi n° 99-587 du 1^{er} juillet 1999 (JORF 13 juillet 1999, p. 10396).

¹⁴⁴² Cette option ne préjuge pas du débat toujours renouvelé entre découverte et invention. Voir pour une analyse récente : Foyer J., « La remise en cause de la distinction invention/découverte », in *La propriété scientifique, un droit sur les résultats de la recherche fondamentale*, Colloque Institut de France, 2002, à paraître.

¹⁴⁴³ Qui en matière de valorisation de la recherche, est selon Mme Blaisot-Hazard (*Droit de la recherche scientifique*, précité p. 116), le régime principal de propriété intellectuelle.

¹⁴⁴⁴ Barré M., « La valorisation de la recherche universitaire et la propriété intellectuelle : les limites de l'instrumentation juridique d'une politique économique », précité p. 934.

mouvement nos développements aux conditionnalités¹⁴⁴⁵ nouvelles que le savoir-faire traditionnel semble faire émerger en matière de brevetabilité (Titre 2)

¹⁴⁴⁵ Le concept de conditionnalité a été importé dans la sphère du droit par les institutions internationales de financement comme le Fonds Monétaire international qui y voit : un ensemble de conditions à respecter pour obtenir une aide financière ou continuer à en bénéficier. » La notion s'est ensuite répandue dans plusieurs sphères tant de l'économie mondiale que de l'économie nationale (**Mercure, P-F** « La reconnaissance du droit à la conditionnalité universelle au profit des pays en développement dans le domaine alimentaire », 2002, vol. XXXX, A.C.D.I., pp. 61- ; **Otis, G.**, « La conditionnalité, les pratiques et les contraintes: quelques axes d'action pour la Francophonie », *Rapport de synthèse*, Table ronde sur la bonne gouvernance comme condition et objet du financement du développement, Agence intergouvernementale de la francophonie, Paris, le 21 novembre 2003 ; Du même auteur : « La conditionnalité démocratique dans les accords conclus par l'Union européenne: la conditionnalité à l'épreuve de la bonne gouvernance », Table ronde sur la bonne gouvernance comme condition et objet du financement du développement, Agence intergouvernementale de la francophonie, Paris, le 21 novembre 2003.

Il convient cependant de ne pas confondre les conditions préalables à l'obtention de l'aide et celles dont l'aide est assortie. La conditionnalité est : « la représentation d'un droit incitatoire (...) Cette catégorie de normes intermédiaires entre le refus de la négation du droit et la reconnaissance d'obligations spécifiques qui ont des effets entre ceux qui les ont acceptées sans qu'il s'agisse d'obligations au sens classique du terme. Ce caractère peu contraignant a priori, cette valeur «pré-juridique» font ressembler ces normes à des marginaux de l'univers juridique » peut-on lire « Sur quelques aspects juridiques de la conditionnalité du FMI et leurs conséquences », www.imf.org/fiches consulté le 08 juin 2006. Voir, pour une présentation du mécanisme de la conditionnalité : Les chroniques de **D. Carreau** dans l'*AFDI* de 1977 à 1986 intitulées: «Les controverses autour de l'aide du F.M.I. à ses membres en difficulté: un exemple d'intervention dans les affaires intérieures des Etats?».

Titre 1 L'EXPLOITATION AU REGARD DES CONDITIONS CLASSIQUES DE BREVETABILITE

337. L'exploitation du savoir-faire traditionnel relatif à la biodiversité passe bien souvent par la demande de brevet. Dans le cadre déterminé par le droit positif des brevets, les conditions classiques de la brevetabilité peuvent être satisfaites et ainsi donner lieu à la constitution du titre de propriété industrielle requis. Mais comme l'option qui consiste à demander et à obtenir un brevet n'est pas obligatoire, l'exploitation du savoir-faire traditionnel, consiste aussi à pouvoir s'opposer à des exploitations non autorisées ou considérées comme illicites.

L'angle d'analyse, ici, est celui d'une exploitation conduite par les détenteurs originels des savoir-faire traditionnels. Seront donc actifs, les agents juridiques, personnes physiques ou morales. Ils sont, comme nous l'avons vu dans nos développements antérieurs, soumis à une obligation de protection des intérêts de la communauté traditionnelle, obligation qui implique un éventuel contrôle des organes de la communauté traditionnelle. Ce positionnement présente l'avantage de mettre toutes les personnes intéressées par cette exploitation dans une situation de collaboration qui pourra être plus ou moins conflictuelle ou plus ou moins harmonieuse selon que les intérêts des uns ou des autres sont pris en compte.

La question de l'exploitation des savoir-faire traditionnels au regard des conditions classiques de brevetabilité mérite donc d'être reformulée en ces termes : comment les communautés traditionnelles peuvent-elles recourir au brevet comme outil d'exploitation commerciale de leur savoir-faire ?

L'application des conditions classiques de brevetabilité conduit à une exploitation des savoir-faire traditionnels consistant à rechercher des droits subjectifs exclusifs, gages d'une exploitation paisible.

Les détenteurs de savoir-faire traditionnels peuvent aussi opter pour une exploitation défensive des savoir-faire traditionnels en les utilisant comme des armes pour ôter à toute autre personne la possibilité de constituer valablement un droit concurrent. Ces deux moyens, loin de s'exclure l'un l'autre, sont plutôt complémentaires et requièrent une application intégrée¹⁴⁴⁶.

Il convient ainsi de consacrer un chapitre 1^{er} à l'application des conditions classiques de brevetabilité au savoir-faire traditionnel. Le chapitre 2nd quant à lui,

¹⁴⁴⁶ Depuis sa première session, le comité a mis l'accent sur le fait que la protection juridique défensive et la protection positive constituent deux aspects complémentaires d'une protection appropriée des savoirs traditionnels et des ressources génétiques par la propriété intellectuelle. Cette complémentarité est mise en évidence dans le mandat initial du comité tel qu'il a été adopté par l'Assemblée générale de l'OMPI (Voir les documents WO/GA/6/26 et WO/GA/6/29). Les participants du comité ont souligné dans plusieurs déclarations et documents de travail que la protection positive et la protection défensive constituent des éléments inséparables dans la mise en œuvre d'une protection adéquate des savoirs traditionnels et des ressources génétiques (Voir le document WIPO/GRTKF/IC/4/14, page 2 de l'annexe). Dans le cadre des travaux techniques du comité sur les mécanismes pratiques, cette complémentarité est illustrée dans l'instrument de fixation.

nous permettra d'étudier la destruction de ces mêmes conditions classiques de brevetabilité.

CHAPITRE 1^{ER} L'APPLICATION CONTROVERSEE DES CONDITIONS CLASSIQUES DE BREVETABILITE

338. Il est possible de considérer *prima facie* que breveter un savoir-faire traditionnel est une entreprise qui n'a rien de novateur, hormis les aménagements spécifiques et les montages juridiques¹⁴⁴⁷ qui tendent à organiser la titularité¹⁴⁴⁸ du droit exclusif requis. Le mécanisme ici, paraît en effet, assez simple et consiste à sélectionner ceux des savoir-faire traditionnels qui présentent les caractéristiques classiques de la brevetabilité énoncées dans les articles L 611-10 et suivants de code de la propriété intellectuelle et qui sont : le caractère industriel, la nouveauté et l'activité inventive. Ce serait l'expression la plus brutale du processus électif que nous évoquons au tout début de cette étude et que le Pr. CARON souligne justement à travers l'expression : « *examen d'accès à la propriété intellectuelle* »¹⁴⁴⁹. Si l'examen n'est pas concluant il y aura rejet de l'objet à protéger. Les études sur la brevetabilité des connaissances et savoir-faire traditionnels sont assez nombreuses¹⁴⁵⁰. Elles renseignent pourtant assez peu sur les

¹⁴⁴⁷ **Porrachia D.**, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, th Aix Marseille, 1998.

¹⁴⁴⁸ Mécanismes majoritairement tournés vers la constitution d'une personne juridiquement active soit par la représentation ou par la consécration de « *proto-acteurs* » de la vie juridique en matière de savoir-faire traditionnels. Cf. supra Titre 2 de la 1^{ère} partie, Ch. 2.

¹⁴⁴⁹ **Caron Chr.**, « Droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G*, 22 sept. 2004, p. 1626

¹⁴⁵⁰ **Aubertin C. et Boisvert V.**, « Les droits de propriété intellectuelle au service de la biodiversité. Une mise en oeuvre bien conflictuelle », *Nature, Sciences, Sociétés*, vol 6 no 2, 1998

Banque mondiale, *Le savoir au service du développement - Rapport sur le développement dans le monde 1998/99*, web: <http://www.worldbank.org/wdr/wdr98/french.pdf>

Barton J.H., "The Impact of Patent Law on Plant Biotechnology Research", *Intellectual Property Rights III Global Genetic Resources: Access and Property Rights*, Crop Science Society of America, Madison, Wisconsin, 1998

Biswajit Dhar, "Approaching the Emerging Regime of Intellectual Property Protection: A Developing Country Perspective", RIS, New Delhi, 1998, email: bdhar97@hotmail.com

David R Downes, "Integrating Implementation of the Convention on Biological Diversity and the Rules of the World Trade Organization", Law and Policy Discussion Paper, IUCN & CIEL, Washington DC, avril 1998, email: cielus@igc.apc.org, web: <http://www.econet.apc.org/ciel/>

Downes D., "The 1999 WTO Review of Life Patenting Under TRIPS" Center for International Environmental Law, Washington DC, nov. 1998, email: cielus@igc.apc.org, web: <http://www.econet.apc.org/ciel/>

Downes D. et Stilwell M., "Débat sur les droits de propriété intellectuelle: l'OMC doit tenir compte de l'avis des citoyens sur les brevets sur les espèces vivantes", *Passerelles entre le commerce et le développement durable* vol 1 no 1, 1999,

web: http://www.ictsd.org/html/arct_sd.htm#Passerelles

Dutfield G., *L'Organisation de l'unité africaine: législation sur les droits communautaires et l'accès aux ressources biologiques*, Centre d'Oxford pour l'environnement, l'éthique et les sociétés (traduit par WWF Afrique de l'Ouest), 1998

Ekpere J. A., "Une alternative à l'UPOV sur la protection des variétés végétales". Commission scientifique, technique et de recherche del'Organisation de l'unité africaine (OUA/CSTR), mai 1999

FAO, "The relationship between the FAO International Undertaking on Plant Genetic Resources, the Convention on Biological Diversity and TRIPS", document présenté à l'atelier AITIC/FAO, Genève, sept. 1998

FAO, *Rapport sur l'état des ressources phytogénétiques utiles à l'alimentation et à l'agriculture dans le monde*, Rome, 1996, web: <http://www.fao.org>

FAO, "Rapport de la cinquième session extraordinaire de la Commission des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO", CGRFA-Ex5/98/Report Rome, 1-12 juin 1998, web: <http://www.fao.org>

tenants et les aboutissants de la démarche pour que nous y consacrons de nouveaux développements en essayant toutefois d'éviter l'écueil principal des redites. Si l'on tentait, en effet, d'exposer les conditions de la brevetabilité telles qu'elles découlent du droit positif, sans les rapprocher des déterminants objectif et subjectif des savoir-faire traditionnels que sont la praticité et la titularité collective, l'on serait condamné à des redites stériles du point de vue de notre étude.

La marge est cependant incertaine et nos propos sont voués à être brefs tout en tirant les bénéfices de la notion de praticité brevetable telle qu'elle découle de nos développements dans la première partie de cette étude. La nouveauté et l'activité inventive demandent aussi une lecture adaptée au cadre du savoir-faire traditionnel marqué, entre autre, par une titularité collective. Pourtant, une telle démarche est devenue suspecte aux yeux de la doctrine¹⁴⁵¹ qui y voit désormais un pis-aller, d'où les sempiternelles interrogations sur l'adéquation entre le brevet et les savoir-faire traditionnels. De plus, la démarche qui consiste à appliquer les critères de la brevetabilité au savoir-faire traditionnel sous sa forme première¹⁴⁵² est controversée dans ce sens que l'on en pressent l'échec.

Il n'empêche que la question demeure posée et il convient alors, d'y apporter une réponse méthodique en étudiant dans un premier temps, le caractère industriel du savoir-faire traditionnel (Section 1). Nous consacrerons une deuxième section à la nouveauté et au caractère inventif du savoir-faire traditionnel brevetable (Section 2).

Section 1. Le caractère industriel du savoir-faire traditionnel.

339. La notion de caractère industriel est, en droit français, issue des articles 1, 2 et 30 de la loi de 1884. L'article 7 de la loi de 1968 reprend cette notion en exigeant une « *invention à caractère industriel* » dans son objet, dans son

Fondation GAIA, "Strategic Recommendations for the Review of TRIPS Article 27.3(b), Dealing with Intellectual Property Rights over Biological Resources", Londres, novembre 1998, email: gaia@gaiagnet.org

Fondation GAIA/GRAIN, "Dix bonnes raisons de ne pas adhérer à l'UPOV", Série Commerce mondial et biodiversité en conflits no 2, mai 1998, email: grain@bcn.servicom.es ou gaia@gaiagnet.org, web: <http://www.grain.org/gtbc-f.htm>

Foundation GAIA/GRAIN, "L'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce contre la Convention sur la diversité biologique", Série Commerce mondial et biodiversité en conflit no 1, avril 1998, email: grain@bcn.servicom.es ou gaia@gaiagnet.org, web: <http://www.grain.org/gtbc-f.htm>

Richard Gerster, "Patents and Development - A Non-Governmental Organization View Prior to Revision of the TRIPS Agreement", *Journal of World Intellectual Property*, vol 1 no 4, juillet 1998

¹⁴⁵¹ Galloux J.-C., « Propriété industrielle » *RTDCom. Avr./Juin 2004*, p. 287 ; Dutfield G., "Sharing the benefits of biodiversity: is there a role for the patent system?", *The journal of World intellectual property*, November 2002, vol.5, N° 6; Surinder Kaur Verma "protecting traditional knowledge : is a *sui generis* system an answer?", *The journal of World intellectual property*, vol. 7, n° 6. November 2004.

¹⁴⁵² Telle qu'elle est exprimée et présentée par les communautés traditionnelles.

application et dans son résultat¹⁴⁵³. Par cette énumération, étaient tout à la fois concernés, le caractère technique de l'invention, l'application industrielle, ainsi que les exclusions de la brevetabilité. Même si ce concept unitaire a été abandonné dans les textes, cela n'est qu'une apparence car elle permet encore aujourd'hui de comprendre la logique de l'article L 611-10 alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle qui énonce : « *sont brevetables, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle* ». La condition d'application industrielle permettra, dans le cas spécifique du savoir-faire traditionnel de confronter la praticité brevetable dans une double approche, positive(paragraphe 1) puis négative (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Approche positive de la praticité brevetable.

340. La condition d'application industrielle permet de réserver la protection par brevet à des inventions dont l'attribution exclusive est susceptible de produire les effets économiques de l'émulation compétitive. Le premier pas vers cette réservation exclusive est de satisfaire à la condition de l'invention. La condition d'invention présente une nature double qui rend ici possible l'analyse au vu de la notion de praticité. L'invention est à la fois l'objet¹⁴⁵⁴ sur lequel porte la protection et une condition¹⁴⁵⁵ de cette protection par le brevet. Il convient ainsi de rapprocher la praticité des notions d'invention (A) et d'application industrielle (B).

A. La praticité : improbable substitutif de la condition d'invention.

341. Le législateur n'a pas donné de définition positive de l'invention. Ceci a poussé la doctrine, très tôt, à se ranger à l'analyse des Prs. CHAVANNE et BURST selon laquelle : « *l'exigence d'invention signifie en réalité que la connaissance technique proposée à la brevetabilité doit avoir, pour être protégée par le brevet, un caractère technique ou encore qu'elle doit produire un effet technique* »¹⁴⁵⁶. L'on peut ainsi considérer que l'objet sur lequel portera le brevet est constitué dès lors qu'il y a une solution technique à un problème technique. De ce point de vue, la recherche d'une invention n'est pas celle d'une condition de la

¹⁴⁵³ Chavanne, A., et Burst J-J., Droit de la propriété industrielle, Dalloz, 1990, 3^{ème} éd. N° 16.

¹⁴⁵⁴ Sur le refus de qualifier l'exigence d'invention de condition de la brevetabilité, v. Mathély, P., *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, JNA, 1991, p. 57.

¹⁴⁵⁵ Pollaud-Dulian, F., *La brevetabilité des inventions- Etude comparative France OEB, Litec* 1997, p. 44 où l'auteur situe l'invention dans la chronologie du brevet pour lui donner une qualification de condition.

¹⁴⁵⁶ Chavanne, A., et Burst J-J., Droit de la propriété industrielle, Dalloz, 1993, 4^{ème} éd. N° 71.

brevetabilité en tant que telle mais bien celle de l'identification d'un objet¹⁴⁵⁷ qu'il faudra analyser pour voir s'il est susceptible de satisfaire aux conditions véritables de la brevetabilité que sont : la nouveauté¹⁴⁵⁸ et l'activité inventive¹⁴⁵⁹. L'exigence d'invention : « *constitue un critère fondamental de délimitation du domaine de la brevetabilité qui doit être vérifiée avant les autres conditions légales. Si la création pour laquelle un brevet est demandé n'est pas une invention, au sens de la loi, il est inutile* ¹⁴⁶⁰ *d'examiner les conditions suivantes qui ne sont pas substantielles mais qualitatives* »¹⁴⁶¹. La question qu'il convient ici de formuler est celle de savoir si la praticité en tant qu'objet de droit répond à la qualification d'invention. Sans aller jusqu'à « *réinventer l'invention* »¹⁴⁶², il faut retenir la définition large qui veut qu'il y ait invention dès lors qu'« *un processus intellectuel, quel qu'il soit, permet d'aboutir à une innovation prenant appui sur les sciences dures, quelle que soit la nature de l'effet produit, -dès lors, en un mot qu'il y a production d'un résultat* »¹⁴⁶³ Si une telle définition permet, par certains aspects, d'envisager plus favorablement la qualification d'invention au savoir-faire traditionnel, le recours à la notion de « sciences dures » à laquelle elle fait référence, limite grandement les chances de cette qualification.

Considérer d'une part qu'une invention est un processus intellectuel qui permet d'avoir un résultat, élargit considérablement la définition de l'invention. Dans ce sens, le fait de maîtriser le procédé d'extraction du principe actif d'une plante peut recevoir la qualification d'invention. Il en est de même des connaissances que le peuple San d'Afrique du Sud a développées sur les vertus anorexigènes de la plante Hoodia¹⁴⁶⁴.

342. Une autre composante de cette définition de l'invention s'avère nettement moins favorable à l'admission de la praticité comme une invention : c'est le recours qui est fait aux sciences dures. Ce recours met en lumière l'une des difficultés que l'on éprouve à présenter le savoir-faire traditionnel, fût-il exprimé sous la forme pure d'une praticité, comme objet brevetable. Le procédé d'élaboration du savoir-faire traditionnel est un procédé pragmatique et évolutif. Ainsi, ne fait-il pas l'objet d'un agencement systématique selon les lois ou les termes d'une science dure. Il est impossible de le résumer en une série d'équations chimiques ou mathématiques.

¹⁴⁵⁷ Ce qui explique entre autres que l'on puisse rejeter une demande de brevet pour absence d'application industrielle tel que l'autorise l'article L611-12 du code de la propriété intellectuelle français.

¹⁴⁵⁸ Définit à l'article L 611-11 du code de la propriété intellectuelle français.

¹⁴⁵⁹ Définit à l'article L 611-14 du code de la propriété intellectuelle français.

¹⁴⁶⁰ C'est nous qui soulignons.

¹⁴⁶¹ Schmidt Szalewski J., « La notion d'invention face aux développements technologiques » in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Frison-Roche M.-A. et Abello A., (dir) LGDJ, 2003, p. 243.

¹⁴⁶² Vivant M., et Bruguière J.-M., « Réinventer l'invention », *Propriétés Intellectuelles*, 2003, n° 8, p. 286 et s.

¹⁴⁶³ Vivant M., et Bruguière J.-M., « Réinventer l'invention », loc. cit, p. 289, cité par Ernest Gutmann « Les substances d'origine naturelle : de la découverte à l'invention brevetable » *Propriétés Intellectuelles*, Octobre 2005, n° 17, p. 392.

¹⁴⁶⁴ Le résultat de l'application de leurs connaissances est la suppression de la sensation de faim.

Cette impossibilité de se traduire en des termes de sciences dures est accentuée par le fait que le savoir-faire traditionnel est majoritairement oral.

Ici, la praticité, dont il nous a été possible d'établir la qualité de bien, semble inapte à revêtir celle d'invention. Cette inaptitude demeure même lorsque l'invention est simplement et largement conçue comme une somme de connaissances produisant un résultat à cause de l'impossibilité pour le savoir-faire traditionnel de s'exprimer en termes de sciences dures.

En toute rigueur, une telle conclusion fait obstacle à la poursuite de nos développements sur la brevetabilité en tant que tel du savoir-faire traditionnel. En effet, si dès le départ, il n'est pas possible de caractériser une invention, l'appréciation de la nouveauté et de l'activité inventive se trouve dépourvue d'objet. Ceci met mieux en lumière l'intitulé du présent chapitre qui mentionne une application controversée.

343. Il convient alors de relever que le savoir-faire traditionnel dont il s'est agit dans cette subdivision de notre étude est celui que l'on pourrait qualifier de « *savoir-faire traditionnel nu* »¹⁴⁶⁵. Ce dernier est représenté par la « *praticité brute* », telle qu'elle est communiquée par les communautés traditionnelles aux bioprospecteurs et consignée par ces derniers. La perspective d'analyse change radicalement lorsque l'on considère le cas, bien fréquent où le savoir-faire traditionnel représente le fondement d'une invention brevetable. Il est en effet connu que les divers savoir-faire traditionnels, et les matériels biologiques et génétiques auxquels ils se rapportent sont dans un deuxième temps soumis à des recherches et à des développements dans des laboratoires des firmes pharmaceutiques ou des instituts de recherche. Le savoir-faire traditionnel se trouve ainsi traduit dans des termes de « sciences dures »¹⁴⁶⁶, incorporé à l'invention telle qu'elle sera par la suite revendiquée dans la demande de brevet.

Si l'on prend en compte cette réalité, il est alors possible d'envisager l'analyse des autres conditions de brevetabilité en considérant que l'impossibilité ci-dessus établie n'est valable que si l'on entend requérir un brevet sur le savoir-faire traditionnel tel qu'il est transmis à l'origine.

¹⁴⁶⁵ Sous cette forme, le savoir-faire traditionnel est cependant susceptible de recevoir application des règles de droit commun de la propriété ou des règles d'un régime *sui generis*.

¹⁴⁶⁶ Pour reprendre les termes de la définition des Prs. Vivant M., et Bruguière J-M., « Réinventer l'invention », loc. cit, p. 289

B. La praticité renforcée par l'exigence d'application industrielle.

344. Approcher positivement la praticité brevetable, c'est aussi, tenter de voir dans quelle mesure, cette dernière peut tirer avantage d'un rapprochement avec l'exigence d'application industrielle.

La condition d'application industrielle est prévue par les articles L611-15 du code de la propriété intellectuelle français et 57 de la convention de Munich du 5 Octobre 1973 dont les termes sont identiques : « *une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture* ».

Jugeant du contenu et la pertinence des critères de l'application industrielle et/ou de l'utilité comme conditions de brevetabilité, l'Association Internationale des Professionnels de la Propriété intellectuelle (AIPPI), a relevé que l'article 27 de l'accord sur les ADPIC y pourvoyait à suffisance mais que la synonymie avec le terme « utile » devait être largement nuancée.¹⁴⁶⁷ Au support d'une telle solution, il a été souligné que « *La spécificité du critère d'utilité réside dans le fait qu'il requiert que l'invention procure un avantage au public, ce qui exclut de la brevetabilité, par exemple, un produit n'ayant pas d'usage spécifique, substantiel et plausible (alors qu'un tel produit satisfait à l'exigence d'application industrielle dès lors qu'il peut être fabriqué dans l'industrie)* »¹⁴⁶⁸. Selon le M. MATHELY, cette condition est remplie si l'invention appartient « *non pas au domaine des abstractions, mais à celui des réalisations : elle doit porter non sur un principe abstrait, mais sur une conception mise en œuvre dans l'industrie* »¹⁴⁶⁹. C'est en quelque sorte une double démarche que doit faire l'inventeur s'il veut que son invention, basée sur le savoir faire traditionnel soit reconnue comme ayant une application industrielle. Il doit d'abord formuler un principe abstrait dont il prendra soin de faire une application concrète et pratique.

Le critère de l'application industrielle a donné lieu à très peu de contentieux en France comme devant l'Office Européen des Brevets¹⁴⁷⁰. Ce n'est pas non plus sur ce critère que portent les différends en matière de bioprospection de brevets. Il paraît néanmoins assez large¹⁴⁷¹ et donc favorable à la réception du savoir-faire traditionnel tel que l'analyse de ses deux composantes le montre.

¹⁴⁶⁷ APPI, Annuaire 2004/I, pages 211-212 Q180, Congrès Genève, 19-23 juin 2004

¹⁴⁶⁸ *Idem.*

¹⁴⁶⁹ Mathély, P., *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, op. cit. p. 119

¹⁴⁷⁰ Paterson G., *The European Patent System*, Sweet & Maxwell 1992, n° 7-58.

¹⁴⁷¹ Pour s'en convaincre il faut simplement faire appel à l'article 1^{er} de la Convention d'union de Paris de 1883 au terme duquel « *la propriété industrielle s'entend dans l'acceptation la plus large et s'applique non seulement à l'industrie et au commerce proprement dits, mais également au domaine des industries agricoles et extractives et à tous produits fabriqués ou naturels* »

L'épithète « industriel » revêt, en droit de brevets, un sens spécifique qui recouvre le caractère « *technique et exploitable* »¹⁴⁷². Comme l'écrit Paul ROUBIER « *le brevet consiste essentiellement en un monopôle ; il faut donc de toute nécessité que cette invention puisse faire l'objet d'une exploitation, c'est-à-dire qu'elle soit susceptible d'être le siège d'une industrie* »¹⁴⁷³

345. En même temps qu'une définition large de l'application industrielle permet d'accueillir favorablement le savoir-faire traditionnel, ce dernier se voit corseté par les limites légalement aménagées au caractère industriel.

L'article L 611-16 du code de la propriété intellectuelle français, dispose: « *ne sont pas des inventions susceptibles d'application industrielle au sens de l'article L 611-10 les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal. Cette disposition ne s'applique pas aux produits notamment aux substances ou compositions pour la mise en oeuvre de ces méthodes* ». Certes l'exclusion instituée par cet article invoque le défaut d'application industrielle comme fondement mais cela n'a pas convaincu la doctrine qui a qualifié ce rattachement de textuel et factice¹⁴⁷⁴. Il demeure que l'exclusion contribue à restreindre le champ des savoir-faire traditionnels qui peuvent prétendre à la brevetabilité. Le caractère global ou encore holistique du savoir-faire traditionnel a souvent été évoqué¹⁴⁷⁵. Aussi, peut-on dire que la praticité sur laquelle seront fondées les revendications de la demande de brevet devra être conçue en fonction de la délimitation qu'apporte l'article L 611-16 du CPI. Rien n'empêche cependant que la description de la demande de brevet contienne des informations sur les rites et autres méthodes de diagnostic, comme l'on a pu le voir pour le brevet Américain portant sur « une composition d'herbes contenant le *Hoodia Gordonii* »¹⁴⁷⁶ qui mentionne les vertus miraculeuses de la plante Hoodia et l'usage que les Bushmen en faisaient de façon explicite. Il mentionne surtout le brevet US n° 6, 376,657 déposé par un organisme public de recherche sud africain. De plus la pratique enseigne que la partie des savoir-faire traditionnels la plus recherchée et la plus convoitée par les entreprises bioprospectrices est celle relative aux produits et aux substances issus de la biodiversité. Or, les produits et substances ne sont pas touchés par cette exclusion de fait du domaine de la brevetabilité pour défaut d'application industrielle. Cette

¹⁴⁷² Pollaud-Dulian F., *Droit de la Propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, p. 89, n° 166.

¹⁴⁷³ Roubier P., *Traité T. 2*, n° 145, p. 86.

¹⁴⁷⁴ Commentaires sous l'article L 611-16 CPI Commenté 2006 Dalloz, p. 347 ; Voir aussi, sur la critique de ce rattachement, Mousseron J.-M., *Traité des brevets*, Litec 1984, p. 243 ; Foyer J., et Vivant M., *Droit des Brevets* PUF 1991, p. 131 ; Pollaud Dulian F., *La brevetabilité des inventions*, Litec 1997, n° 67.

¹⁴⁷⁵ La plus récente affirmation de ce caractère se trouve dans le Document WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2 Annex, page 339, préparatoire à la 10^{ème} session du comité Intergouvernemental de l'OMPI du 30 novembre au 8 décembre 2006.

¹⁴⁷⁶ Brevet Américain n° US 60/64,445, du 20 janvier 2005, ayant donné lieu à une demande internationale, publiée le 27 juillet 2006 sous le N° WO 2006/079056A1.

limite à la prohibition concerne l'industrie pharmaceutique en fondant la validité des brevets médicaments¹⁴⁷⁷.

Ainsi, la condition d'application industrielle, sert-elle à sélectionner au sein de la praticité transmise par les communautés traditionnelles ou leur membres, la partie brevetable, susceptible d'être incorporée dans les revendications de la demande de brevet. En cela, elle encadre la praticité brevetable.

Il semble ainsi difficile de qualifier le savoir-faire traditionnel d'invention brevetable. Il se peut qu'une approche de l'invention brevetable par son versant négatif permette de mieux en délimiter les contours.

Paragraphe 2. Approche négative de la praticité brevetable.

346. Afin de maintenir intactes ses chances de brevetabilité, il est une série d'écueils que le savoir-faire traditionnel doit éviter. Les exclusions qui forment le corps de cette approche négative de la praticité brevetable résultent d'abord du fait que le brevet ne vise que les connaissances techniques ayant une application industrielle, elles sont alors dites naturelles. Ces exclusions peuvent aussi relever du principe selon lequel le brevet ne couvre que des connaissances pratiques : nous les désignerons comme étant principielles.

A. Les exclusions naturelles.

347. L'exclusion qui frappe les objets visés à l'article L 661-10-2 du CPI français et à son pendant , l'article 52-2 de la convention de Munich sur le brevet Européen du 5 Octobre 1973, vient « *principalement de ce qu'ils ont toujours été considérés traditionnellement par les lois nationales sur les brevets comme relevant plus du domaine des idées que de celui des produits industriels* »¹⁴⁷⁸. Tombent dans cette catégorie, les œuvres dites d'art pur qui ne peuvent être de caractère industriel, ni dans leur application, ni dans leur objet. Le savoir-faire traditionnel tel que nous l'avons défini à l'issue de la première partie de cette étude, se distingue cependant assez aisément de cette première catégorie. Cette exclusion naturelle explique d'ailleurs, en partie, les cas jurisprudentiels australiens

¹⁴⁷⁷ En France, la loi de 1844 excluait formellement les médicaments de la brevetabilité. Cette prohibition fut partiellement levée par une ordonnance du 4 février 1959, et un décret du 30 mai 1960 instituant un brevet Spécial Médicaments. Il aura fallu attendre la loi du 2 janvier 1968 pour que le domaine des brevets recouvre totalement celui des médicaments.

¹⁴⁷⁸ Commission des recours techniques (CRT) 3.3.1., 14 Octobre 1987, T., 116/85, Porcsi/ Wellcome, JO OEB 1989, p., 13, PIBD 1989 n° 453, Pratiues.

dans lesquels M. John BULUN BULUN, un artiste aborigène a, à deux reprises¹⁴⁷⁹ défendu son droit d'auteur avec succès. Dans cette série affaire, au delà de l'aspect purement revendicatif relatif au droit d'auteur et à la sanction de son contenu¹⁴⁸⁰, la question de la titularité s'est posée. Pourtant, cette question, reconnue transversale en ce qui concerne toute la masse des connaissances des communautés traditionnelles, n'a été abordée que du point de vue du droit d'auteur. Pouvait-il en être autrement ? La réponse nous semble devoir être négative.

348. Le cas moins tranché de l'art appliqué ne permet pas non plus aux savoir-faire traditionnels d'accéder à la qualité d'invention. Bien que susceptibles d'être fabriqués ou utilisés dans l'industrie, les produits de l'art appliqué n'en sont pas moins exclus de la brevetabilité parce qu'ils n'ont pas d'effet technique¹⁴⁸¹. Ainsi envisagé, l'on pourrait être tenté de conclure que les créations esthétiques sont toutes et systématiquement exclues de la brevetabilité. Une telle affirmation ne serait pourtant pas rigoureusement exacte si l'on considère la lettre de l'article L 511-3 alinéa 2 du CPI français qui indique que : si l'objet peut être à la fois considéré comme une invention brevetable et comme un dessin ou un modèle nouveau, seule la protection par brevet est admissible lorsque « *les éléments constitutifs de la nouveauté du dessin ou du modèle sont inséparables* » de ceux de l'invention¹⁴⁸². Si la présentation esthétique présente une double qualité, le régime des brevets semble alors devoir prendre le pas sur celui des dessins et modèles. A la suite de la présentation de cette exclusion naturelle du domaine des inventions, l'on perçoit mieux les vertus de la délimitation notionnelle à laquelle nous avons procédé dès le 1^{er} chapitre de cette étude lorsque nous avons envisagé « *la différenciation embryonnaire* » qui fait que, pour le savoir-faire traditionnel, la question de ces exclusions pour cause de créations esthétiques ne se pose pas vraiment. Il en aurait été autrement si l'on avait adopté le terme général et « fourre tout » de savoirs traditionnels.

Si le savoir-faire traditionnel tel que nous l'avons défini semble peu concerné par les exclusions tenant au caractère esthétique, une autre série d'exclusions, celles-là principielles, le concerne bien plus directement.

¹⁴⁷⁹ Dans les affaires : *Bulun Bulun & Milpurruru c/ R & T Textiles Pty Ltd* (1998) 41 IPR 513 ; *Bulun bulun c/ Flash screenprinters*, affaire analysée dans EIPR 1989 vol. 2, pp. 346-355. Dans cette dernière affaire le demandeur avait intenté une action à la suite d'une reproduction non autorisée de ses œuvres sur des tee-shirts qui s'est soldée par un règlement à l'amiable.

¹⁴⁸⁰ Sanction qui dans l'affaire : *Bulun Bulun & Milpurruru c/ R & T Textiles Pty Ltd* a pris la forme d'une injonction permanente.

¹⁴⁸¹ Voir sur ce point qui n'est plus discuté : **Mathély P.**, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, op. cit. p 125 ; **Pollaud Dulian F.**, *La brevetabilité des inventions, Etude comparative de jurisprudence*, op. cit., p. 49, n° 55.

¹⁴⁸² **Perot-Morel**, *RTD Com.* 1976,. 23 « L'application respective du régime de protection des dessins et modèles et des inventions brevetables » ; *JCP* 1966. I., 2045, les difficultés d'application de l'article 2 al. 2 de la loi du 14 juillet 1909.

B. Les exclusions principales.

349. S'ils sont qualifiés de simples découvertes ou s'ils se présentent comme de véritables abstractions, les savoir-faire traditionnels ne pourront prétendre à la qualification d'inventions.

Le savoir-faire traditionnel tire l'une de ses spécificités du fait qu'il résulte d'une observation attentive et prolongée de la nature et de la biodiversité. Il convient de se rappeler que l'un des premiers réflexes pour les appréhender en droit moderne a été de les considérer comme des biens communs relevant du « domaine public »¹⁴⁸³. A propos de cette notion de « domaine public », Mesdames BELLIVIER et NOIVILLE ont justement fait remarquer que « *de façon logique, il faut comprendre que la philosophie d'ouverture est largement liée à la nature des résultats et s'effiloche à mesure que ces derniers s'affinent et dépassent le stade des « connaissances de base »* »¹⁴⁸⁴. La notion de « domaine public » se rattache ainsi à un principe général commun à la propriété intellectuelle qui veut que les idées sont de libre parcours¹⁴⁸⁵. Or, la forme sous laquelle le savoir-faire traditionnel est transmis, malgré le fait qu'elle véhicule une praticité certaine, représente plus une base de travail pour les laboratoires pharmaceutiques qu'une connaissance structurée pouvant se ventiler dans des revendications d'une demande de brevet. Il est alors assez tentant de rapprocher le savoir-faire traditionnel de la définition que l'on retient communément de la découverte. La célèbre affaire MUCOR BOULARD n°5 a permis à la Cour d'Appel de Paris d'affirmer qu' « *un produit naturel, quelque intéressant que puisse être sa découverte et de quelque utilité qu'il puisse être dans l'industrie, ne saurait, en dehors de toute méthode industrielle ou de procédé industriel nouveau, faire l'objet d'un brevet* »¹⁴⁸⁶ Bien que dans cet arrêt, la Cour « *ne fait que reprendre une position de principe* »¹⁴⁸⁷, au demeurant non contestée par les parties, la réaffirmation du caractère non brevetable de la découverte reste comme fondateur en jurisprudence. Une découverte est : « *l'observation d'un phénomène naturel inconnu préexistant à toute intervention de l'homme* »¹⁴⁸⁸. Pour le Pr. POLLAUD DULIAN, elle n'apporte rien de nouveau à l'état de la technique ; elle se situe au stade de la connaissance

¹⁴⁸³ La référence est alors la modèle dit open science qui se caractérise par la libre diffusion. Cette figure a été mise en oeuvre avec plus ou moins de succès concernant le projet de séquençage du génome humain. V. sur ce projet : « data access policy for the international HapMap project » consultable sur www.hapmap.org

¹⁴⁸⁴ Bellivier F., Noiville C., *Contrats et Vivant*, LGDJ, 2006, p. 190n° 217. Voir aussi sur la question, Lewinski (von) S., « Le folklore les savoirs traditionnels et les ressources génétiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle », *Propriétés intellectuelles*, Janvier 2005, n° 14, p. 26

¹⁴⁸⁵ Lucas A., Lucas H-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec 1994, n° 26 ; Desbois H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz 1978, 3^{ème} éd. P. 22.

¹⁴⁸⁶ CA Paris, 22 juin 1922, *Annales* 1922, n° 10, p. 346.

¹⁴⁸⁷ Gutmann E., « Les substances d'origine naturelle : de la découverte à l'invention brevetable » *Propriétés Intellectuelles*, Octobre 2005, n° 17, p. 396.

¹⁴⁸⁸ Mousseron J-M., *Traité sur le droit des brevets*, op. cit. p. 179

pure¹⁴⁸⁹. La jurisprudence considère quant à elle qu' une demande a pour objet une découverte lorsqu'elle porte sur un objet purement théorique ou scientifique dont on n'indique aucune application industrielle tout en reconnaissant qu' « *un phénomène naturel dont on a pu trouver une application pratique industrielle peut faire l'objet d'un brevet valable pour cette application pratique* »¹⁴⁹⁰. Ainsi, pour surmonter cet obstacle établi tant dans les principes qu'au sein de la jurisprudence, le savoir-faire traditionnel, s'il ne représente au départ qu'une simple découverte, doit trouver une « application pratique industrielle »¹⁴⁹¹. L'on se trouve ici au-delà de la « simple application pratique » qui nous a permis de fonder la naissance d'un bien au sens de l'article 544 du code civil. Une application industrielle semble nécessaire. Or, les communautés traditionnelles sont bien souvent dépourvues de la compétence technique nécessaire pour traduire les découvertes et les applications pratiques qu'elles peuvent en avoir en application industrielle. L'intervention d'un laboratoire de recherche, voire celle d'une firme industrielle sera ici encore, indispensable à la transcription de la simple découverte et de son application pratique en une invention susceptible de protection par le droit des brevets. La Directive d'examen C. IV. 2.3 de l'Office Européen des Brevets souligne cette nécessité qui s'applique pleinement au cas des communautés traditionnelles. Selon cette Directive, « *le fait de trouver une substance dans la nature ne constitue qu'une simple découverte et son objet n'est donc pas brevetable. Toutefois, si une nouvelle substance est trouvée dans la nature et si un procédé permettant de l'obtenir est mis au point, ce procédé est brevetable* ». Elle ajoute que « *si cette substance peut être convenablement caractérisée par sa structure, par le procédé qui a permis de l'obtenir ou par d'autres paramètres, et si elle est nouvelle, en ce sens que son existence n'a pas été reconnue auparavant, elle peut être brevetable en tant que telle.* » Malgré les imprécisions rédactionnelles¹⁴⁹² de cette Directive, elle présente l'avantage de souligner que ce qui, au départ est une découverte, peut se voir qualifier d'invention, recouvrant ainsi la condition substantielle de brevetabilité. Cette possibilité de faire changer de nature à un savoir-faire traditionnel pour le faire qualifier d'invention permet d'espérer, dans certains cas, de constater l'existence de la condition substantielle de la brevetabilité : l'invention.

¹⁴⁸⁹ Pollaud Dulian F., *La brevetabilité des inventions, Etude comparative de jurisprudence France-OEB*,

¹⁴⁹⁰ TGI Paris, 21 décembre 1974, PIBD 1975, n° 1152, p. 274.

¹⁴⁹¹ idem

¹⁴⁹² Pollaud Dulian F., *La brevetabilité des inventions, Etude comparative de jurisprudence*, précité p. 49 ; Voir aussi les critiques de Jean-Marc Mousseron, *Traité sur le droit des brevets* p. 182.

Il convient à présent de se demander si le savoir-faire traditionnel peut satisfaire aux deux « *conditions qualitatives* »¹⁴⁹³ de la brevetabilité que sont la nouveauté et l'activité inventive.

Section 2. La nouveauté et l'activité inventive du savoir-faire traditionnel.

350. Les conditions qualitatives que sont la nouveauté et l'activité inventive, sont appliquées ici, à la praticité brevetable dont il peut être dit, aux conditions examinées ci-dessus qu'elle est une invention. Contrairement à ce qui fera l'objet de notre analyse dans le chapitre 2 de ce titre, les conditions de nouveauté et d'activité inventive sont appréciées relativement au savoir-faire traditionnel sans égard à la question de savoir les effets possibles de leur existence sur la constitution d'un brevet concurrent. C'est dire que nous tenons pour l'instant à l'écart, l'hypothèse d'une biopiraterie à combattre.

Paragraphe 1. La nouveauté du savoir-faire traditionnel

351. L'article L611-11 du CPI et son pendant, l'article 54 de la Convention de Munich du 05 octobre 1973 définissent tous deux la nouveauté de façon absolue¹⁴⁹⁴ en ne reconnaissant cette qualité à une invention que « *que si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique* ». La formule désormais célèbre, adoptée par la Cour d'appel de Paris en ce qui concerne la destruction de la nouveauté d'une invention est assez large pour être retenue ici. Il a été ainsi jugé que la mise à disposition du public qui détruit la nouveauté peut être faite « *sous une forme quelconque, par une personne quelconque, en un temps et en un lieu quelconques* »¹⁴⁹⁵ Pour l'AIPPI, « *L'art antérieur par rapport à une invention revendiquée dans une demande de brevet est constitué par toute information qui a été rendue accessible au public n'importe où dans le monde sous n'importe quelle forme avant la date de dépôt ou, le cas échéant, la date de priorité* »¹⁴⁹⁶.

¹⁴⁹³ Schmidt Szalewski J., « La notion d'invention face aux développements technologiques » in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Frison-Roche M.-A. et Abello A., (dir) LGDJ, 2003, p. 243.

¹⁴⁹⁴ Schmidt-Szalewski J., *Nouveauté J.-Cl. Brevets*, Fasc. 170, 1992 ; AIPPI, *Méthodes et principes de l'appréciation de la nouveauté en droit des brevets*, *Annuaire* 1995, III, Patterson G., *The European patent system*, op. cit., chap. 9, p. 368 et suivants.

¹⁴⁹⁵ CA Paris, 11 mai 1976, *Annales* 1977, n°2, p. 101.

¹⁴⁹⁶ AIPPI, *Annuaire* 2002/I, pages 275 - 276 Q167 Comité Exécutif de Lisbonne, 16 - 22 juin 2002 « *Les critères actuels de la divulgation de l'art antérieur pour l'appréciation des conditions de nouveauté et d'activité inventive* ».

Si l'on adopte une telle définition de la nouveauté, il est à craindre que sa caractérisation en matière de savoir-faire traditionnel se heurte à l'oralité (A) ainsi qu'à l'immémorialité (B).

A. La contrainte de l'oralité du savoir-faire traditionnel

352. A considérer la nouveauté du savoir-faire traditionnel « brut » il semble que son caractère presque toujours oral entraîne, dans le processus de brevetabilité, une auto-collision perpétuelle. Une situation se crée, qui se caractérise par la destruction permanente de la nouveauté du fait que l'oralité est très vite confondue avec la publicité.

Le savoir-faire traditionnel se trouve placé dans une position de vulnérabilité particulière caractérisée par le fait que toute demande de brevet risque d'être antériorisée par le caractère collectif et la disponibilité de ce dernier au sein de la communauté traditionnelle. Une telle situation convie à en rechercher la solution au sein de la convention de Munich ainsi que du code français de la propriété intellectuelle.

Dans le système institué par la Convention de Munich du 5 octobre 1973, on peut dire que l'auto-collision est incurable à dessein¹⁴⁹⁷. En droit français, une telle collision est résolue par l'article L612-3 du CPI qui dispose : « *lorsque deux demandes sont successivement déposées, par le même inventeur ou son ayant cause, dans un délai de douze mois, au plus, le demandeur peut requérir que la seconde demande bénéficie de la date de dépôt de la première pour les éléments communs aux deux demandes...* » Le but ici est d'éviter que deux demandes de brevet faites par la même personne, portant sur un objet identique, se télescopent, la demande antérieure, détruisant mécaniquement la nouveauté de la demande postérieure. En réalité, le mécanisme dont ne semble pas pouvoir bénéficier le savoir-faire traditionnel est celui qui avait été institué par la Convention d'Union de Paris de 1883, qui permet au déposant d'invoquer la date de dépôt d'une première demande à l'étranger portant sur la même invention. La fiction ici permet de ne pas considérer l'invention comme déjà divulguée lors de la première demande.

Or, dans le cas du savoir-faire traditionnel, une diffusion orale au sein de la communauté traditionnelle, de la praticité brevetable est un élément qui fait craindre qu'une demande de brevet soit systématiquement antériorisée. Cette crainte ne s'évanouit que si l'on accepte de traiter différemment les demandes de brevet émanant des agents juridiques de la communauté traditionnelle ; ce à quoi

¹⁴⁹⁷ Travaux préparatoires de la Convention de Munich M/ PR. I, n°48-49 cité par Pollaud dulian F., *La brevetabilité des inventions*, précité, p. 106.

le droit français se refuse¹⁴⁹⁸ et que certaines chambres de recours techniques de l'OEB semblent accepter¹⁴⁹⁹. A la différence près qu'il s'agit en matière de savoir-faire traditionnel d'un état de fait, venant antérioriser la demande de brevet, le mécanisme nous semble être le même. Il semble alors qu'une disposition légale¹⁵⁰⁰ ou conventionnelle¹⁵⁰¹ soit souhaitable pour fixer la particularité du savoir-faire traditionnel, au lieu de se lancer dans l'appréciation de la nouveauté au cas par cas, source d'incertitude.

Le risque préexistait de voir une invention brevetable couverte par un secret relatif ne pas satisfaire à la condition de nouveauté. Ce risque se trouve ici amplifié par le caractère oral du savoir-faire traditionnel.

B. L'obstacle de l'immémorialité du savoir-faire traditionnel

353. C'est ici, la certitude¹⁵⁰² de l'antériorité qui questionne l'immémorialité du savoir-faire traditionnel. Cette qualité est requise de l'antériorité et requiert que cette dernière soit prouvée dans son contenu et dans sa date. L'exigence qui est faite à l'antériorité d'être certaine, implique, en droit interne français où foi est due au titre, une position particulière. La Cour d'appel de Paris a jugé le 6 juillet 1993 que « *la divulgation, pour priver le brevet de la nouveauté, doit être certaine dans son objet et quant à la date à laquelle elle est intervenue ; le brevet étant un titre présumé valable, le doute en ce qui concerne la divulgation et la date de celle-ci profite au breveté.* ». Rappelons que nous nous situons dans l'hypothèse où les détenteurs du savoir-faire traditionnel tentent de le faire breveter. Poser en règle que les antériorités qui pourront faire obstacle à cette demande de brevet doivent être à la fois certaines dans la date et dans le contenu, c'est favoriser en quelques sortes le savoir-faire qui postule à la brevetabilité. Cette situation favorable découle d'abord de ce que la transmission est orale tel que nous l'avons analysée plus haut. Cette spécificité du savoir-faire traditionnel, combinée à son caractère intergénérationnel compromettent la datation de ce dernier. Ainsi, un savoir-faire traditionnel qui n'a pas fait l'objet d'une documentation ou d'une consignation écrite, ne pourra être daté avec certitude. Il ne pourra donc prétendre constituer une antériorité valable pour faire obstacle à une demande de brevet portant sur le savoir-faire en question. De ce

¹⁴⁹⁸ AIPPI, Méthodes et principes d'appréciation de la nouveauté en droit des brevets, Rapport français, Annuaire 1995/III, Q. 126, p. 114-115.

¹⁴⁹⁹ Décision T 447/92, Air circuit breaker contre Mitsubishi, JO OEB, 1994, ed. spéciale, p. 23 cité par Pollaud-Dulian F., *La brevetabilité des inventions*, précité, p. 107.

¹⁵⁰⁰ Pour ce qui est des différents droits internes.

¹⁵⁰¹ Pour ce qui est des différents espaces sous-régionaux tels que l'OAPI, l'OEB.

¹⁵⁰² Cass. 12 mars 1996, Thomannc/ Thomann ; Cass. 12 déc. 1995, Bull. Civ. IV, n° 291, p. 267, CA Paris 28 juin, 1996, PIBD 1996, n° 621, III, p. 584.

point de vue, il est permis de relativiser l'auto-collision que nous signalions dans nos précédents développements.

Quant au contenu de l'antériorité, le secret, une autre caractéristique du savoir-faire traditionnel, joue à son égard un rôle conservateur.

Pour que le savoir-faire traditionnel soit déclaré dépourvu de nouveauté, il suffit, selon l'expression consacrée, qu'une seule personne autre que le demandeur et/ou l'inventeur « *ait pu avoir accès à l'invention et ait pu la comprendre ou la décrire à l'Homme du métier* », à condition de ne pas être soumis à une obligation de confidentialité.

La situation suivante, qui est très courante, permet de mieux évaluer le rôle de la confidentialité dans l'établissement de la nouveauté du savoir-faire traditionnel. Imaginons que les savoir-faire traditionnels ont été **utilisés secrètement**¹⁵⁰³ au sein d'une communauté traditionnelle, en partie à des fins thérapeutiques, et certains produits correspondant à cette utilisation ont été vendus en dehors de la communauté. Les utilisateurs sont tenus, en vertu du droit coutumier, de limiter la diffusion du savoir-faire traditionnel en tant que tel à certains membres autorisés de la communauté. Un tel savoir-faire peut-il encore être qualifié de nouveau ? Il ne nous semble pas douteux de considérer que le secret, ici, soit assimilable à celui organisé contractuellement par un accord de confidentialité¹⁵⁰⁴. L'on se demandera alors à partir de quel moment l'information couverte par l'obligation de confidentialité devient-elle accessible au public au sens de l'article 52(2) de la convention sur le brevet européen. La Chambre des recours de l'Office Européen des Brevets a rendu le 27 septembre 2004¹⁵⁰⁵, une décision qui nous permet d'esquisser une réponse à cette question. La chambre des recours a en effet, considéré qu'une information couverte par un accord de confidentialité ne devient pas automatiquement accessible au public à l'expiration de cet acte mais qu'un acte séparé rendant cette information accessible au public est nécessaire. Une telle position semble n'accorder aucune signification à l'existence juridique de l'obligation de confidentialité pour privilégier la situation de fait réellement constatable. Ainsi, tant que le secret sera effectivement gardé sur le savoir-faire traditionnel, le fait qu'il soit partagé par plusieurs membres de la communauté ne devrait avoir aucune conséquence néfaste sur la nouveauté. Il en sera de même de toute communication sous accord de confidentialité, à des bioprospecteurs. Une affaire de rubans adhésifs à usage hospitalier a donné l'occasion à la chambre commerciale de la Cour de cassation française, de forger la position constante de la jurisprudence à laquelle viendra se rallier l'Office Européen des brevets, après

¹⁵⁰³ C'est nous qui soulignons.

¹⁵⁰⁴ La question n'est pas de savoir par quel moyen la confidentialité est organisée, mais plutôt de constater qu'elle existe et oblige les personnes en présence.

¹⁵⁰⁵ OEB CRT, 27 septembre 2004, Aff. T-1081/01 ; *Propriétés intellectuelles*, Avril 2006, / n° 19, Galloux J-C.

quelques tergiversations. La haute juridiction française¹⁵⁰⁶ a en effet, estimé que le plus déterminant est le fait qu'aucune consigne n'ait été donnée, que les patients porteurs de ruban aient pu quitter l'hôpital avec les rubans sans être astreints à y revenir pour se les faire retirer. Le fait qu'un grand nombre de rubans ait été mis entre les mains de personnes non tenues au secret était suffisant. Il ne restait alors qu'à vérifier si l'homme du métier pouvait reproduire les rubans litigieux. Ceci pose la question du caractère suffisant de l'antériorité. Est-ce que la forme sous laquelle le savoir-faire traditionnel est diffusé permet à un homme du métier de reproduire l'invention ? La réponse à cette question n'est pas univoque mais elle comprend, en tous les cas, l'hypothèse où un chercheur doté des moyens modernes d'investigation de la matière, peut comprendre l'invention à partir d'une simple indication sur les symptômes traités par telle ou telle plante.

La nouveauté est ainsi, conçue en des termes absolus dès lors que la législation applicable prévoit une condition d'activité inventive distincte¹⁵⁰⁷.

Paragraphe 2. L'activité inventive du savoir-faire traditionnel

354. Pour qu'un savoir-faire traditionnel constitue une invention brevetable, il ne suffit pas que ce dernier soit nouveau. Il faut ensuite que l'invention en question contribue à enrichir l'état de la technique, qu'elle démontre une activité inventive¹⁵⁰⁸, condition qualitative distincte de la nouveauté¹⁵⁰⁹. Pour Paul ROUBIER, « *l'activité inventive est celle qui dépasse la technique industrielle courante, soit dans son principe par l'idée intuitive qui est à sa base, soit dans ses moyens de réalisation, par les difficultés que l'inventeur a dû vaincre, soit dans ses résultats économiques par l'avantage inattendu que l'invention a apporté à l'industrie* »¹⁵¹⁰. Le critère de l'activité inventive, ainsi défini, semble le plus favorable à l'admission du savoir-faire traditionnel en tant qu'invention brevetable. C'est précisément cette activité inventive qui attire la convoitise des bioprospecteurs. C'est son éventualité qui oriente la collecte des savoir-faire traditionnels ou qui occasionne les cas les plus flagrants de biopiraterie. L'appellation « innovation traditionnelle » est bien souvent l'indice d'une activité inventive. Cette dernière doit cependant s'apprécier de façon abstraite et objective

¹⁵⁰⁶ Cass. Com. 22 mai 1973, PIBD, 1974, n°120, III, p. 77 ; rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Douai, 17 mai 1971, PIBD, 1972, n°81, III, p. 117.

¹⁵⁰⁷ C'est notamment le cas de l'article 27 de l'accord sur les ADPIC qui définit l'objet brevetable.

¹⁵⁰⁸ Beier F. K., L'évolution historique du concept d'activité inventive, *RDPI*, avril 1986, n°4, p. 3 ; Schmidt-Szalewski J., *Activité inventive, J-CL, brevet*, Fasc. 180, 1992.

¹⁵⁰⁹ Distinction introduite en droit français depuis la décision du 3 mai 1978 rendu par la chambre commerciale de la cour de cassation. Cass.com.3mai 1978, *Annales*, 1978, n°2, p. 157 .

¹⁵¹⁰ Roubier P., *Traité t. II*, n° 141, p. 67.

au vu, d'une part de l'état de la technique le plus proche et d'autre part, de la non évidence de la praticité brevetable.

A. Détermination de l'état de la technique le plus proche.

355. La détermination de l'état de la technique le plus proche sert presque toujours à cerner le problème technique que l'invention tend à résoudre, mais elle permet surtout de déterminer l'Homme du métier puisque c'est à lui que peut se poser le problème technique localisé.

1. L'identification de l'Homme du métier.

356. L'homme du métier est « *une sorte de bon père de famille de la technique* »¹⁵¹¹. Selon l'Office Européen des Brevets, « *il conviendrait de présumer que l'homme du métier est un praticien normalement qualifié, au courant de ce qui formait les connaissances générales communes dans la technique à la date en question. Il devrait également être présumé avoir eu accès à tous les éléments de l'état de la technique [...] et avoir eu à sa disposition, les moyens et les capacités dont on dispose normalement pour procéder à des travaux et expériences courants* »¹⁵¹². Il s'agit là d'une abstraction à laquelle il est difficile¹⁵¹³ de donner corps. Il n'est pas l'inventeur, seul doté de la « *capacité inventive* »¹⁵¹⁴. A propos de cette capacité, le Comité des recours techniques de l'Office Européen des brevets a estimé que : « *la question qu'il convient de se poser n'est pas de savoir si l'objet revendiqué aurait été évident pour une personne inventive, et encore moins pour l'inventeur lui-même, mais plutôt de savoir s'il aurait été évident pour une personne compétente, mais non inventive, à savoir l'homme du métier abstrait* »¹⁵¹⁴. La question qui se pose ici est celle de savoir quel est le référentiel fictif auquel il est fait référence. S'agit-il de la forme stéréotypée du thérapeute traditionnel ? S'agit-il d'un chercheur normalement informé des méthodes de la bioprospection ? De quel praticien s'agit-il ? Selon que l'on choisit l'une ou l'autre construction référentielle, le contenu de l'appréciation de l'activité inventive peut considérablement varier.

L'interrogation n'est pas nouvelle, quoique particulièrement rendue complexe par l'absence d'unité des métiers relatifs au savoir-faire traditionnels. Il est ainsi, habituel, pour résoudre la difficulté de la détermination de l'homme du métier, de

¹⁵¹¹ Pollaud Dulian F., *Droit de la propriété industrielle*, op.cit. p. 135, n° 275.

¹⁵¹² Directive interprétative de l'OEB C.IV. 9.6

¹⁵¹³ Foyer J. et Vivant M., *Le droit des brevets*, op. cit., p. 173 et 174.

¹⁵¹⁴ CRT 3.3.3., 14 février 1996, T. 39/93, Poudre polymère /Allied Colloids Limited, JO OEB 1997, p. 134.

considérer qu'il s'agit généralement du domaine technique auquel se rapporte la revendication en cause, et plus précisément le préambule de cette revendication. C'est ainsi que, si une revendication concerne un extrait végétal ayant des propriétés antifongiques, l'homme du métier sera en principe le spécialiste des extraits végétaux, et non celui des antifongiques. Toutefois, dans certains cas particuliers, l'énoncé de la revendication et l'état de la technique seront tels que le référentiel fictif sera celui de la partie caractérisante. Parfois même, il est constitué par une équipe pluridisciplinaire faisant intervenir des spécialistes de domaines divers. Viendra ainsi s'ajouter à cette première question, celle de l'unicité ou de la pluralité de l'homme du métier

La détermination du métier du référentiel fictif est primordiale, car son niveau de compétence et de connaissances n'est pas le même selon les spécialités. L'homme du métier peut être d'un niveau modeste dans les techniques simples ou peu évoluées du point de vue de la science moderne. Il peut aussi s'agir d'un spécialiste de chimie combinatoire, d'un niveau élevé dans les techniques de pointe ou en pleine évolution. De même, la manière dont l'homme du métier appréhende l'état de la technique est variable selon qu'il s'agit de son propre domaine technique, des domaines voisins, ou des domaines éloignés.

Un autre facteur de complexité, lorsque l'on considère un homme du métier unique, est celui relatif au caractère oral de ses connaissances. Il est habituel de considérer que l'homme du métier est celui qui a accès aux guides et aux manuels de base existant sur le sujet. Quid alors de l'homme de métier analphabète qui tient toute sa science d'une tradition orale ? Une tentative de détermination du contenu de ses connaissances, demandera que l'on s'établisse d'abord sur le contenu de la tradition orale¹⁵¹⁵ relative au métier des thérapeutes traditionnels. Une prise en compte du fait que cette tradition orale est principalement marquée par le secret et la transmission initiatique, permet d'imaginer la difficulté de la démarche.

357. Les difficultés qui pourraient émerger sont d'un tout autre ordre lorsque le référentiel fictif agrège plusieurs compétences et « *cumule sur sa tête plusieurs spécialistes* » selon la formule de Jacques AZEMA¹⁵¹⁶. Une décision de Chambre de recours techniques de l'OEB¹⁵¹⁷ semble avoir ouvert la voie à une conception collégiale de l'homme du métier. Dans cette affaire, l'assistance d'un programmeur était indispensable pour examiner les antériorités existantes, la chambre a jugé que « *lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, on ne peut attendre de l'homme du métier qu'il possède des connaissances suffisantes de la programmation, il convient*

¹⁵¹⁵ Nafissatou Dia Diouf, « Oralité et culture de l'écrit », Communication à l'occasion du colloque « Images d'Afrique » organisé par COSA (Centro d'Orientament di Studi Africani), mai 2004 à Dakar ; Voir aussi sur la question de l'oralité, prise dans les tourments des questionnements contemporains, Hountondji P., le savoir mondialisé : déséquilibres et enjeux actuels.

¹⁵¹⁶ Azéma J., *Lamy Droit commercial*, 2005, n° 1643.

¹⁵¹⁷ T. 164.B/92

de considérer semble-t-il, que toute une équipe de production doit se pencher sur la solution du problème. La chambre ne relève, ni dans la CBE, ni dans la jurisprudence constante des chambres, rien qui puisse l'amener à penser que le point de vue qu'elle a adopté n'est pas correct »¹⁵¹⁸ Une telle possibilité de recomposer l'homme du métier jusqu'à en faire une équipe de compétences diverses et agrégées, pourrait recouvrir un laboratoire entier de criblage moléculaire¹⁵¹⁹ ou comprendre la combinaison du thérapeute traditionnel, du bioprospecteur et du laboratoire de recherche qui pourra éventuellement déposer un brevet à l'issue de ses expérimentations. Elargir ainsi la composition du référentiel fictif aurait pour conséquence directe de rendre non brevetable les résultats de recherche intégrant le savoir-faire traditionnels relatifs aux ressources génétiques et biologiques. C'est peut être en considération de ce risque majeur de dilution que la jurisprudence française a maintenu une conception assez peu plurielle en réaffirmant que : « *l'homme du métier est celui qui possède les connaissances normales de la technique en cause et est capable, à l'aide de ses seules connaissances professionnelles, de concevoir la solution du problème que propose de résoudre l'invention* »¹⁵²⁰. L'appréciation de l'activité inventive sera inévitablement appelée à fluctuer selon que celle-ci sera déterminée à partir d'un standard traditionnel ou que l'homme du métier sera une version désincarnée du chimiste. L'appréciation de l'activité inventive sera aussi différente selon que l'on prend en compte la totalité des acteurs d'une opération de bioprospection ou que l'on se limite seulement à un professionnel scientifique, dans la majorité des cas, chimiste, à qui est soumis un matériel biologique issu de la biodiversité. Quel que soit le cas de figure dans lequel nous nous plaçons, il est notable que l'information différentielle, la praticité du savoir-faire traditionnel, joue un rôle particulier. Certes, lorsqu'une molécule présente des similarités avec d'autres qui sont connues pour leur effet sur telle ou telle maladie, l'analogie devrait conduire le chercheur à envisager une application voisine de celle connue. Une revendication de brevet par exemple qui porterait sur cette caractéristique ne serait pas à coup sûr exempte du vice d'évidence. Toute autre est la situation d'une molécule nouvelle qui ne présente aucune ressemblance exploitable avec d'autres préalablement connues. Ici, le raisonnement par analogie ne s'applique donc plus et le savoir-faire traditionnel éventuellement transmis par la communauté traditionnelle devient, à

¹⁵¹⁸ A propos de cette méthode de constitution de l'homme du métier, certains observateurs (*DB 1995, III, décision n°4, p. 4*) ont indiqué que le développement de pareille méthode élèverait sensiblement le seuil de l'activité inventive et par conséquent de la brevetabilité ». L'on est en effet bien loin de la conception défendue par **Jean-Marc Mousseron** pour qui : « le personnage de référence doit appartenir au métier, à la discipline industrielle, auquel se pose le problème technique que résout l'invention », *Traité des Brevets, précité, n° 380*.

¹⁵¹⁹ Encore dénommé sous le vocable anglais de *screening*.

¹⁵²⁰ Cass. Com. 17 octobre 1995, PIBD 1996, n° 602, III, p. 34, DB 1995, Décision n° 5, Annales 1996, n°1, p.5, obs. Mathély P.

lui seul, porteur de l'activité inventive. C'est elle, qui, ainsi, va servir de charpente à la revendication principale. Ceci, après avoir été traduite en des termes scientifiques quantifiables susceptibles de satisfaire au critère de la suffisance de la description. Dans un tel cas, si la source du savoir-faire traditionnel est comprise dans la définition de l'homme du métier, l'activité inventive sera plus difficile à établir puisque l'invention sera considérée comme évidente.

Cette difficulté particulière commande alors que soit adoptée une approche résolument empirique de la notion de non évidence en la matière.

B. Approche empirique de la non évidence de la praticité brevetable.

358. La condition qualitative de l'activité inventive intègre l'homme du métier comme instrument de mesure de l'évidence ou de la non évidence de l'invention revendiquée. La non évidence est ainsi le résultat recherché, synonyme d'une validation par l'affirmative de l'activité inventive. L'appréciation de l'évidence est, en France, une question de fait qui relève du pouvoir souverain des juges du fond qui considèrent que l'invention découle de façon évidente de l'état de la technique lorsque l'homme du métier, utilisant ses connaissances générales, est à même de la réaliser par de simples opérations d'exécution courante¹⁵²¹. La méthode de raisonnement du juge pour se déterminer sur l'évidence d'une invention tirée du le savoir-faire traditionnel peut ainsi se fonder sur l'approche classique problème-solution ainsi que sur l'approche par les indices.

1. L'approche classique Problème-solution

359. Elle suppose trois étapes classiques¹⁵²² qui permettent de se faire une idée assez juste de la non évidence et de l'activité inventive de l'invention revendiquée. La première est la détermination de l'état de la technique le plus proche. La seconde est l'identification du problème à résoudre. La troisième est l'examen de la question de savoir si l'invention revendiquée, en partant de l'état de la technique le plus proche et du problème posé, aurait été évidente pour l'homme du métier.

¹⁵²¹ CA Paris, 19 décembre 1995, *PIBD* 1996, n° 617, III, p. 147. selon la directive interprétative C.IV.9.3 de l'OEB, « le terme « évident » se réfère à ce qui ne va pas au-delà du progrès normal de la technique , mais ne fait que découler manifestement et logiquement de l'état de la technique.

¹⁵²² Posées par la Directive interprétative de l'OEB C. IV. 9. 5. Cette méthode est adoptée par la jurisprudence française ainsi que par la doctrine dont **Mathély** (*Le nouveau droit français des brevets*, op. cit. p. 95.)

Prenons l'exemple bien actuel de la plante Hoodia dont l'élément anorexigène a fait l'objet d'un brevet (P57) déposé par la South African Council for Scientific and Industrial Research¹⁵²³, qui a, par la suite donné licence à la société britannique de biotechnologie, Phytopharm. Si un tel brevet a pu être octroyé c'est que l'objet de son invention a été jugé nouveau impliquant une activité inventive. Comment expliquer qu'un tel brevet ait pu être délivré lors même que les San, qui vivent dans la région du désert de Kalahari en Afrique australe, consomment traditionnellement le *cactus hoodia* pour apaiser leur faim et leur soif lors de longues expéditions de chasse ; et que surtout, en 1937, un anthropologue néerlandais qui étudiait les San a observé cette utilisation du hoodia¹⁵²⁴. De ce premier point de vue l'octroi de ce brevet ne paraît pas exempt de critiques. L'on a dû considérer, même si cela est contestable à notre sens, que les connaissances traditionnelles orales n'avaient aucune relevance dans le processus de l'appréciation de la nouveauté. Ainsi, la tradition orale n'a t-elle pas été intégrée dans l'état de la technique pour apprécier la nouveauté de la revendication principale du brevet P57. Il est plus surprenant que la documentation datant de 1937 n'ait pas été comprise dans l'état de la technique. Rien en effet, n'explique que l'on ait pas pris en compte l'antériorité de toute pièce que constitue le rapport de l'anthropologue néerlandais décrivant l'utilisation spécifique de cette plante comme « apaiseur de faim ».

Du point de vue de l'appréciation de l'activité inventive, peut être aurait-on pu soutenir que la question était déjà posée et que l'on a tenté d'y apporter une réponse nouvelle et/ou meilleure, car à notre sens l'état de la technique en comportait déjà une. Il convient d'indiquer ici, que dans le système du Patent Cooperation Treaty (PCT), par lequel le brevet a été étendu, non seulement, l'état de la technique à prendre en compte englobe les divulgations orales, mais surtout les antériorités retenues pour l'appréciation de l'activité inventive ne sont pas uniquement, celles dites de toutes pièces et que c'est là aussi, « *un caractère composite* »¹⁵²⁵. Le point qui traduit le plus, la non évidence de la revendication portant sur l'effet anorexigène du hoodia est la phase ultime du raisonnement qui consiste à rechercher si à partir du problème connu et de l'état de la technique dont disposait l'homme du métier, la solution lui était accessible. La réponse à

¹⁵²³ Ce brevet qui comprend 121 revendications, fournit les éléments suivant dans son abrégé : « *L'invention concerne une composition pharmaceutique contenant un extrait pouvant provenir d'une plante du genre *Si*(Trichocaulon) ou *Si*(Hoodia) qui contient un agent coupe-faim possédant la formule (1). L'invention concerne également un procédé d'obtention de l'extrait et un procédé de synthèse du composé (1) et de ses analogues et dérivés. L'invention concerne en outre l'utilisation de ces extraits et de ce composé (1) et de ses analogues dans la fabrication de médicaments dotés d'une activité coupe-faim. L'invention concerne enfin de nouveaux intermédiaires destinés à la synthèse du composé (1).* »

¹⁵²⁴ C'est nous qui soulignons.

¹⁵²⁵ Sur le caractère composite de l'état de la technique v. Pollaud Dulian F., *Droit de la propriété industrielle*, précité, p. 135, n° 274.

cette chaîne d'interrogation nous semblait devoir être négative car, les combinaisons, agencement ou substitution de moyens, changement de fonction, de formes ou d'application du moyen sont évidents ne peuvent fonder une activité inventive.

Ainsi, la démonstration du caractère non évident et par conséquent, de l'activité inventive, ne pouvait en l'occurrence reposer que sur deux mécanismes cumulatifs : une définition de l'état de la technique tronquée et une conception de l'homme du métier qui est spécialiste d'un domaine autre que celui des membres de la communauté San ou de l'un de ses membres. L'approche problème-solution se révèle ainsi, largement influencé et prédéterminé par les options antérieures quant à la définition de l'état de la technique et de l'homme du métier.

Peut être que l'approche de la non évidence par la technique des indices permettra une caractérisation plus aisée.

2. La particulière adéquation de l'approche par les indices.

360. La doctrine ne semble pas donner à ce mode de détermination de la non évidence en matière de brevets, une portée autonome. C'est, bien souvent, en tant que complément ou moyen palliatif, qu'elle lui fait appel. Ceci, selon le Pr. POLLAUD DULIAN¹⁵²⁶ s'explique par une difficulté intrinsèque à la méthode problème solution. En effet la méthode est à la fois objective par le recours à un personnage abstrait, et subjective, puisque l'on cherche si pour un tel personnage, l'invention est une évidence. Ce sont ainsi les hésitations qui découlent de cette dualité de la méthode problème-solution que vient résoudre la recherche par les indices. Il s'agit d'une méthode de raisonnement qui infère de l'existence de certains faits, celle d'autres dont la preuve formelle est impossible ou difficile à apporter.

361. D'origine principalement jurisprudentielle, cette méthode de raisonnement semble bien plus favorable à l'approche de la non évidence en matière de savoir-faire traditionnel où la formalisation du problème n'est pas toujours claire. Ceci équivaldrait à donner à cette recherche par les indices un caractère autonome qui est combattu au motif qu' « *il est seulement possible que l'existence d'un indice soit retenue pour appuyer et confirmer les comparaisons objectivement techniques conduisant vers la reconnaissance d'une activité inventive* »¹⁵²⁷. S'il est difficile en l'état actuel du droit français et de l'OEB, de voir en ces indices autre chose que des mécanismes de confirmation, des renforts dans

¹⁵²⁶ Pollaud Dulian F., Droit de la propriété industrielle, op. cit. p. 140, n° 286.

¹⁵²⁷ Cass. Com. 30 juin 1992, PIBD, 1992, n° 513.III.544 ; voir dans la même esprit Mathély P., pp. 102-103 qui estime que les indices sont « *indirects et équivoques* »

l'argumentation qui mène à l'établissement de la non évidence, rien en revanche, ne permet de dénier aux mêmes indices un rôle grandissant surtout quand est en cause le savoir-faire traditionnel. En effet, comme ce dernier n'est que très exceptionnellement documenté, sa précision quant aux termes et au caractère suffisant de la description n'est pas toujours optimale. Cette première difficulté se complique, comme nous l'avons souligné plus haut, d'une détermination véritablement erratique de l'homme du métier. Ces deux premiers flottements interfèrent donc grandement sur la détermination de la non évidence de l'invention revendiquée. Il s'en suit que le mécanisme correctif des indices est appelé à jouer un rôle plus important.

Ainsi, lorsqu'un savoir-faire propose une praticité qui permet de vaincre un préjugé, la non évidence l'invention devrait pouvoir être plus aisément démontrée. Il devrait également en être de même lorsque le savoir-faire traditionnel permet de vaincre une difficulté avérée¹⁵²⁸ ou un besoin de longue date¹⁵²⁹.

¹⁵²⁸ Notamment par le fait d'avoir cherché dans des domaines très différents, la durée des travaux, le caractère imprévisible, surprenant, inattendu voire révolutionnaire de la solution revendiquée, la rupture avec les méthodes habituelles et normales.

¹⁵²⁹ Sur la satisfaction d'un besoin ressenti de longue date, **Sheushzer A.** Nouveauté et activité inventive, p. 416 ; **Chavanne A. et Burst J-J.**, op. cit. n°57 ; **Mousseron J-M., et Vigand P.**, L'activité inventive, op. cit., n° 26-27.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

362. Ce qui se présentait comme une tentative controversée d'application des conditions de brevetabilité a permis de démontrer de façon « nécessairement » brève, une réalité qui faisait l'objet de déclarations péremptoires et dogmatiques: le savoir-faire traditionnel est insusceptible d'une application pure et simple du droit positif des brevets. A des difficultés juridiques certaines, viennent s'ajouter l'épreuve de la pratique et des faits.

363. Le savoir-faire s'est avéré inapte, *per se*, à recevoir la qualification d'invention. Cette inaptitude est demeurée, même lorsque l'on a pris le parti de considérer l'invention, non comme une condition de brevetabilité uniquement mais aussi comme la constitution d'un objet auquel devaient s'appliquer les véritables « conditions qualitatives » de brevetabilité que sont la nouveauté et l'activité inventive.

364. Pour ce qui est de l'application industrielle, le recours à l'article L 611-15 et L611-16 du CPI a permis de constater un double mouvement de facilitation de l'acceptation du savoir-faire traditionnel dans la sphère de la brevetabilité, accompagné d'une restriction de son champ. La condition réputée large de l'application industrielle n'a pas dissimulé longtemps l'effet d'encadrement qu'apporte l'article L 611-16 du CPI. Cette disposition laisse cependant libre, le champ de prédilection des bioprospecteurs qu'est le domaine de l'industrie pharmaceutique. De sorte que la condition d'application industrielle ne nous semble pas la plus hostile à la brevetabilité du savoir-faire traditionnel.

L'application de la condition de nouveauté a permis d'approcher, sans véritablement pouvoir les surmonter, les obstacles que sont l'oralité et le caractère immémorial des savoir-faire traditionnels.

365. La pratique de la bioprospection et la réalité des faits se sont imposées à l'analyste. Il semblait important au départ de poser l'hypothèse de la demande de brevet portant sur le savoir-faire traditionnel tel qu'il avait pu être formulé et élaboré par les communautés traditionnelles. Une telle hypothèse n'a pas résisté longtemps à l'épreuve des faits, qui imposent de considérer que sous cette forme, les savoir-faire traditionnels sont parfaitement insusceptibles d'une protection par le droit des brevets. La justification était ainsi faite de la nécessité de l'intervention d'un laboratoire de recherche qui traduise ou qui intègre « la praticité » transférée par les communautés traditionnelles dans une invention brevetable.

Cette impossibilité s'évanouit cependant lorsqu'on envisage l'application d'un des nombreux régimes sui generis de propriété intellectuelle qui ont été spécialement dédiés aux ressources biologiques et aux savoir-faire traditionnels.

Elle n'en est pas moins l'illustration de la difficulté, voire de l'impossibilité pour le droit des brevets, d'embrasser le savoir-faire traditionnel en tant qu'objet. La méthode aristotélicienne que nous avons préconisée pour construire la notion de savoir-faire traditionnel est ici tenue en échec par le droit spécifique des brevets.

366. Cette conclusion ne surprend cependant pas car, les critères de qualification n'ayant pas été modifiés, l'on ne pouvait aboutir qu'à cette impossibilité, sauf à tirer des conséquences erronées des arguments clairement énoncés.

Ainsi, le droit des brevets, à l'inverse du droit commun qui a permis la naissance du savoir-faire traditionnel comme « bien », se révèle encore réfractaire. C'est peut être ici, une autre illustration de ce que l'on a pu constater à propos de la réification de l'image des biens et de son appréhension concurrente par le droit de la propriété littéraire et artistique. Il semble qu'un bien immatériel ne puisse naître deux fois dans le même système juridique. Lorsqu'une chose incorporelle devient un bien au sens de l'article 544 du code civil, il nous semble qu'une « re création » de cette chose par le droit de la propriété intellectuelle en devienne par là même impossible.

A la fin de ce chapitre consacré à l'étude d'une hypothèse en définitive peu fructueuse, l'on est fondé à se demander, et cette fois-ci d'un point de vue pragmatique, quel peut être l'état de la cohabitation entre les détenteurs de savoir-faire traditionnels munis des prérogatives les plus diverses¹⁵³⁰ et les éventuelles prérogatives fondées sur le brevet dont peuvent faire état les personnes tierces.

¹⁵³⁰ Allant du droit de propriété de l'article 544 du code civil au droit de brevet en passant par les droits *sui generis* des différentes législations nationales.

CHAPITRE 2 LA DESTRUCTION DES CONDITIONS CLASSIQUES DE BREVETABILITE.

367. La destruction des conditions classiques de brevetabilité est un des moyens de protection des savoir-faire traditionnels les plus controversés. Elle porte essentiellement sur le caractère de nouveauté que l'on présente volontiers comme une condition objective de la brevetabilité. Elle se définit négativement comme le fait pour l'invention de ne pas appartenir à l'état de la technique¹⁵³¹.

La destruction de la nouveauté se déploie tant en présence d'une menace de brevet qu'en l'absence d'une telle menace. Pour le Dr. Von LEWINSKI, l'enjeu se résume ainsi : « *les peuples indigènes sont soucieux d'empêcher des tiers de déposer des brevets sur leurs savoirs traditionnels sans qu'il soit pour autant nécessaire d'indiquer qu'il s'agisse d'un savoir traditionnel et pas nouveau. Dans ce cas, il serait dans l'intérêt des peuples indigènes de détruire le caractère de nouveauté, notamment en veillant à la divulgation des savoirs traditionnels.* »¹⁵³²

La première section du présent chapitre étudie la destruction des conditions classiques de brevetabilité dans son versant prophylactique en ce que la divulgation du savoir-faire traditionnel intervient ici dans le but avoué de le rendre non brevetable : c'est l'utilisation fusible¹⁵³³ de la divulgation.

Elle passe par la contestation des droits et titres de la propriété intellectuelle.

Section 1. La destruction de la nouveauté indépendamment de toute menace de brevet.

368. Même en l'absence d'une demande de brevet à combattre, la divulgation du contenu du savoir-faire traditionnel doit satisfaire à certaines conditions (Paragraphe 1), pour produire l'effet d'une renonciation définitive au titre de propriété industrielle (Paragraphe 2).

¹⁵³¹ Pour établir l'état de la technique, le code de la propriété intellectuelle français comme la Convention de Munich du 5 Octobre 1973 sur le brevet européen, impose d'ajouter à l'ensembles des éléments déjà connus en France et dans le monde, à la date du dépôt, le contenu des demandes françaises ou désignant la France non rendues publiques à cette date. (Article L 611-11 al 3 du CPI français)

¹⁵³² Lewinski (von) S., « Le folklore, les savoirs traditionnels, et les ressources génétiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle », *Propriétés intellectuelles*, Janvier 2005, n° 14, p. 25.

¹⁵³³ En ce qu'il coupe définitivement le circuit de la brevetabilité, en détruisant la nouveauté. Voir cependant, sur le caractère parfois relatif de l'effet fusible, Lewinski (von) S., article précité, p. 25 : « *Il faut toutefois admettre que la divulgation du savoir traditionnel n'empêche pas nécessairement l'acquisition d'un brevet sur une invention basée sur ce savoir traditionnel.* »

Paragraphe 1. L'utilisation « fusible » de la divulgation.

369. La question ici est celle de la divulgation du contenu du savoir-faire traditionnel qui enlève définitivement, par destruction de la nouveauté, à toute personne y compris les détenteurs originels, la possibilité de demander avec succès un brevet sur ce savoir-faire traditionnel. Pour tenir son rôle de fusible la divulgation doit présenter certains caractères.

A. La fixation des savoir-faire traditionnels.

370. C'est un point essentiel de l'exploitation que l'on peut entendre faire des savoir-faire traditionnels. Les instances internationales ne s'y trompent pas, qui mettent l'accent sur la nécessité de bien conduire¹⁵³⁴ la fixation. Récemment encore, l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones a vivement encouragé « *l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et ses États membres à prendre des mesures pratiques pour prévenir les irrégularités dans la fixation et la publication des connaissances (...) et faire en sorte que les peuples autochtones et les communautés locales soient mieux aptes à prendre, en toute connaissance de cause, des décisions répondant à leurs intérêts propres quant à l'opportunité de fixer des connaissances (...) et, le cas échéant, quant à la façon de procéder pour ce faire, notamment en élaborant des instruments et des guides pratiques spécialement conçus à cette fin.* »¹⁵³⁵ Le support de cette fixation mérite intérêt, de même que son contenu et ses destinataires.

1. Le support de la fixation.

371. Lorsque l'on veut rendre public un savoir-faire traditionnel, est-il nécessaire de le consigner par écrit ? Telle peut être une interrogation initiale et principale de cette subdivision de notre étude. Elle reçoit une réponse tranchée qui s'articule en deux mouvements. Si les droits nationaux¹⁵³⁶ semblent plus ouverts en

¹⁵³⁴ Rapport de la commission Britannique sur la propriété intellectuelle : *Intégrer les droits de propriété intellectuelle et la politique de développement* qui indique que : « Pour empêcher l'appropriation illicite des savoirs traditionnels par l'obtention de brevets sur ces savoirs, des efforts sont déployés pour cataloguer les savoirs traditionnels dans des bases de données numériques qui seront accessibles aux examinateurs de tous les offices des brevets ».

¹⁵³⁵ Recommandations spécifiques adressées à l'OMPI ou concernant l'OMPI, Troisième session de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones (10 au 21 mai 2004) cité dans **WIPO/GRTKF/IC/7/13 Novembre 2004, Annexe p.3.**

¹⁵³⁶ Mentionnons à ce titre le cas des Etats- unis où la situation est la suivante : La Loi américaine sur les brevets ne définit pas l'état de la technique mais l'article 102 interdit la délivrance d'un brevet dans

admettant les supports écrits et oraux, le droit international à travers le traité de coopération en matière de brevets marque sa préférence pour le seul écrit. Entre ces deux pôles, l'Office Européen des brevets adopte une solution intermédiaire qui satisfait à la fois aux exigences de la Convention sur le brevet Européen et à celles du PCT.

Rappelons-nous qu'en droit interne français l'état de la technique est: « *constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date du dépôt de la demande de brevet, par une description écrite ou orale, un usage ou un autre moyen* »¹⁵³⁷. Le support de la divulgation est ici très large. Le moyen de la publicité est indifférent¹⁵³⁸.

Cette acception large présente pour les détenteurs de savoir-faire traditionnels des avantages comme elle recèle des inconvénients. L'avantage principal est la faculté qu'elle offre à ces derniers de faire la preuve d'une description écrite, orale ou par simple usage, de ce que le savoir-faire traditionnel est accessible au public pour s'opposer avec succès à une demande de brevet. L'inconvénient est que, la preuve étant si largement offerte, elle peut leur être tout aussi facilement opposée par toute personne y ayant intérêt, lorsque les détenteurs de savoir-faire traditionnels voudront à leur tour demander un brevet sur le savoir-faire traditionnel. Mais le pourront-ils seulement encore ? C'est là, une autre question. De fait, on se retrouvera plus souvent dans un cas de destruction définitive de la nouveauté. Le domaine public a vocation à considérablement croître dans de telles circonstances¹⁵³⁹. De plus, le fait que la preuve de la nouveauté soit si largement offerte introduit une série d'incertitudes relatives à l'antériorité dans la procédure d'examen. Comment pourra-t-on par exemple juger de la date d'une divulgation orale ? Comment dire dans une telle configuration que l'antériorité est certaine ?

certaines conditions. Aux termes des paragraphes a) et b) de l'article 102 du titre 35 du Code des Etats-Unis d'Amérique (USC), relatifs aux « conditions de brevetabilité; nouveauté et perte du droit aux brevets » :

« *Une personne a droit à un brevet sauf-*

a) si l'invention était connue d'autres personnes dans ce pays, utilisée par d'autres personnes dans ce pays ou brevetée ou décrite dans une publication imprimée dans ce pays ou à l'étranger, avant que le déposant n'ait réalisé cette l'invention, ou

b) si l'invention a été brevetée ou décrite dans une publication imprimée dans ce pays ou à l'étranger, ou était d'usage public ou en vente dans ce pays, plus d'un an avant la date du dépôt de la demande de brevet aux Etats-Unis d'Amérique. »

Ainsi, la Loi américaine sur les brevets ne reconnaît pas l'usage à l'étranger, à moins que l'invention n'ait été décrite dans une publication imprimée, et ne mentionne pas la divulgation orale.

¹⁵³⁷ Article L 611-11 alinéa 2 du CPI. Est également considéré comme compris dans l'état de la technique, le contenu de demandes de brevet français ou de brevet européen ou international désignant la France, telles qu'elles ont été déposées, qui ont une date de dépôt antérieure à celle mentionnée au second alinéa du présent article et qui n'ont été publiées qu'à cette date ou qu'à une date postérieure. » Article L 611-11 alinéa 3 du CPI.

¹⁵³⁸ Il peut s'agir de brevets, de demandes de brevets, de publication scientifiques ou techniques, de prospectus, de photos, de description orales (au cours d'une conférence par exemple), d'usage de l'invention, qu'il soient fait à titre commercial ou non (à condition de ne pas être couvert par une clause de confidentialité).

¹⁵³⁹ Lewinski (von) S., « Le folklore, les savoirs traditionnels et les ressources génétiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle », *Propriétés intellectuelles*, Janvier 2005, n° 14, p. 27.

372. La jurisprudence française considère habituellement qu' « *une antériorité doit présenter des garanties de certitude quant à sa date* »¹⁵⁴⁰. Il existe même une présomption de publicité du moyen technique inclus dans le préambule de la revendication¹⁵⁴¹. Ce qui fait que s'il y a un doute, il doit profiter au breveté : en effet : « *foi est due au titre* »¹⁵⁴². L'appréciation souveraine des juges semble ici avoir été sollicitée ; mais elle ne s'est pour l'instant pas encore portée à notre connaissance, sur autre chose que des documents¹⁵⁴³, et donc des écrits. Il faut en cette matière recevoir comme garantie le fait que celui qui invoque une antériorité doit en prouver la date, l'existence et le contenu par tous moyens¹⁵⁴⁴.

373. Un autre système national, celui des Etats-Unis, fait un sort particulier à la divulgation orale lorsque celle-ci a eu lieu à l'extérieur du territoire américain¹⁵⁴⁵. Il est résulté de l'application de l'article 102 du titre 35 du Code des Etats-Unis d'Amérique (USC), relatif aux « *conditions de brevetabilité; nouveauté et perte du droit aux brevets* », des difficultés dans l'affaire de « *l'Ayahuasca* »¹⁵⁴⁶ qui, au demeurant, n'a pas permis d'apporter une réponse claire. Il faut néanmoins reconnaître à ce contentieux, le mérite d'avoir souligné la question. Le cas mérite d'être rappelé : En 1999, le Centre for International Environmental Law (CIEL) a demandé le réexamen d'un brevet américain sur une prétendue « variété »¹⁵⁴⁷ de la vigne *ayahuasca* (*Banisteiopsis caapi*), plante de la forêt amazonienne. La demande de réexamen a été déposée auprès de l'Office des brevets et des marques des Etats-Unis d'Amérique (USPTO) au nom du Coordinating Body of Indigenous Organizations of the Amazon Basin (COICA) et de la Coalition for Amazonian Peoples and their Environment (Amazon Coalition). L'objection formulée reposait sur le fait que le brevet prétendait réserver à un citoyen américain l'usage d'une plante sacrée que de nombreux peuples autochtones de l'Amazonie utilisent dans leurs cérémonies religieuses et dans leur médecine¹⁵⁴⁸. On avançait également dans la demande de

¹⁵⁴⁰ Paris 18 fév. 1986, *Ann. Prop. Ind.* 1987 113 ; Paris 6 juillet 1993, *PIBD* 1993, III, 669 ; Paris 5 mai 1988, *Ann. Prop. Ind.* 1988, 281 ; Dossiers brevets 1993.IV.5 ; JCP E, 1995, I, 471 n° II, Obs. **Burst et Mousseron**.

¹⁵⁴¹ Paris 5 mai 1988, *Ann. Prop. Ind.* 1988, 281 qui estime que : *l'on doit tenir pour connu le moyen que le breveté, dans la description reconnaît être divulgué et qu'il a inclus dans le préambule de la revendication* ».

¹⁵⁴² Cass. Com, 12 mars 1996, *PIBD* 1996, III, p. 272 où il a été jugé que : « le brevet est un titre présumé valable et le doute sur l'existence ou la portée de la l'antériorité doit profiter au breveté. »

¹⁵⁴³ Com. 4 janvier 1994, *PIBD* 1994, III, p. 195 qui a jugé que : « *La cour d'appel après avoir énoncé à bon droit que la divulgation suppose que l'information mise à disposition du public doit permettre à l'homme du métier d'exécuter cette invention, a par une appréciation souveraine des documents tendant à démontrer que l'invention avait été divulguée avant la date du dépôt, pu retenir qu'ils ne fournissaient pas les informations techniques nécessaires à la réalisation de l'invention* »

¹⁵⁴⁴ Qui peuvent inclure : La production de documents étrangers à condition d'en fournir un traduction française : TGI Paris, 9 mai 1990, *PIBD* 1990, III, 558 ; La preuve par témoignages : Cass. Com. 25 octobre 1950, *Bull. civ. III*, n° 306, p. 215, Cass. Com. 20 octobre 1964, *Ann. Prop.ind.* 1967, p. 3.

¹⁵⁴⁵ L'article 102 du titre 35 du Code des Etats-Unis d'Amérique (USC), relatifs aux « conditions de brevetabilité; nouveauté et perte du droit aux brevets ».

¹⁵⁴⁶ Pour une analyse plus poussée de ce contentieux voir: voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/6 du Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoirs traditionnels et le folklore.

¹⁵⁴⁷ Nous mettons ici des guillemets car la discussion portait entre autre sur la qualification de « variété » que suggère en l'occurrence le détenteur du brevet et la contestation de cette qualification par le CIEL.

¹⁵⁴⁸ [Http://www.ciel.org/Biodiversity/ayahuascapatentcase.html](http://www.ciel.org/Biodiversity/ayahuascapatentcase.html)

réexamen que l'état de la technique révélait que « **Da Vine** »¹⁵⁴⁹, n'étant ni distinct ni nouveau, ne satisfaisait pas les exigences de la loi quant à la nouveauté.

Il a été établi que la demande de brevet décrivait l'*ayahuasca* comme une plante déjà illustrée dans les textes scientifiques et connue des autochtones de l'Amazonie. Les autres arguments ne concernaient pas l'état de la technique. L'Office des brevets et des marques a annulé le brevet au motif que : « **la même plante avait été décrite dans les herbiers du Field Museum de Chicago plus d'un an avant le dépôt de la demande** ». Il ne s'est toutefois pas prononcé, et on peut le regretter, sur la possibilité qu'un usage antérieur par les populations autochtones ou que le caractère sacré de la plante rende impossible la délivrance d'un brevet¹⁵⁵⁰.

On comprendra que dans de telles circonstances, l'affaire de l'*ayahuasca* ait soulevé une vive controverse sur la détermination de l'état de la technique. Certains ont avancé que les Etats-Unis d'Amérique devraient reconnaître l'usage à l'étranger aux termes de l'exigence de nouveauté de la loi sur les brevets. Selon un auteur : «*[A]lors que les brevets étrangers et les publications imprimées font partie de l'état de la technique et empêchent de breveter ultérieurement la même invention aux Etats-Unis d'Amérique, l'existence de connaissances traditionnelles à l'étranger, qui sont rarement imprimées, n'empêche pas la délivrance d'un brevet américain. Comme l'a montré le brevet sur l'Ayahuasca, le fait d'exclure de l'état de la technique l'usage antérieur à l'étranger rend difficile l'annulation d'un brevet sur les plantes à partir de l'étranger.* »¹⁵⁵¹

Même si l'affaire de l'*ayahuasca* n'illustre pas précisément la question de la divulgation orale de l'état de la technique, l'absence de reconnaissance de l'usage antérieur explique les inquiétudes suscitées par le fait de ne pas prendre en considération des éléments non publiés présents à l'étranger.

Il a pu être soutenu, pour minimiser cette inquiétude, que « *les difficultés que présente la preuve de l'état de la technique lors de l'examen des demandes de brevets ne surviennent pas lorsqu'une demande de réexamen est déposée auprès d'un office des brevets* ». La justification en a été que « *dans une telle situation, la personne physique ou morale qui souhaite le réexamen produit naturellement la preuve écrite ou orale de l'existence de connaissances traditionnelles constituant l'état de la technique.* »¹⁵⁵² Mais, se contenter d'un tel expédient argumentatif, serait faire fi de ce que la divulgation orale, pour représenter un obstacle au maintien du brevet doit avoir été constatée antérieurement au dépôt de ce dernier.

¹⁵⁴⁹ Nom sous lequel le brevet a été demandé et obtenu aux Etats-Unis.

¹⁵⁵⁰ Fecteau L., M. « The Ayahuasca patent revocation: raising questions about current U.S. Patent Policy », 21 B.C. Third World L. J. 69, 70 (2001) - sur le site http://infoeagle.bc.edu/bc_org/avp/lwsch/journals/.

¹⁵⁵¹ *idem*

¹⁵⁵² Fecteau L., M. « The Ayahuasca patent revocation: raising questions about current U.S. Patent Policy », 21 B.C. Third World L. J. 69, 70 (2001)

De plus, la pratique montre que la divulgation orale doit être prouvée, pour être valablement prise en compte. Le mode de preuve le plus reçu, en l'occurrence, est l'écrit. Ils sont rares, voire inexistantes les cas où la preuve d'une antériorité des savoir-faire traditionnels a été rapportée par voie orale.

La loi américaine n'offre de ce point de vue, quelle que soit la formulation de la question, aucune garantie d'efficacité d'une divulgation orale faite en dehors du territoire américain. C'est dire qu'une large part du phénomène de la bioprospection est restée en dehors du champ de cette loi.

374. Dans le système international, l'état de la technique est conçu par le PCT comme comprenant : « *tout ce qui a été rendu accessible au public en tous lieux du monde par une divulgation écrite (y compris des dessins et autres illustrations) et qui est susceptible d'aider à déterminer si l'invention dont la protection est demandée est nouvelle ou non, à condition que la mise à la disposition du public ait eu lieu avant la date du dépôt international.* »¹⁵⁵³

Le seul moyen de divulgation admis par ce texte est la divulgation écrite, ce qui est bien plus restrictif et qui contraint définitivement à la consignation des savoir-faire traditionnels.

Sur le support de la fixation et malgré l'ouverture du droit national français, la consignation par écrit semble devoir remporter la préférence des détenteurs de savoir-faire traditionnels qui désirent procéder à une protection défensive de leurs connaissances.

375. Il suffit, pour se convaincre de ce que la divulgation écrite est de plus en plus préférée, d'analyser la position de l'OEB qui essaie ici une sorte de grand écart assez bien réussi.

Rappelons nous que l'état de la technique est défini comme suit par la Convention sur le brevet européen (CBE) : « *L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet européen par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen.* »¹⁵⁵⁴

Ce texte clairement ouvert, qui envisage l'écrit comme l'oral est complété par une Directive¹⁵⁵⁵ d'exécution qui souligne qu' : « *[I]l convient de noter combien cette définition est large. On notera qu'aucune restriction n'a été prévue en ce qui concerne le lieu géographique où l'état de la technique a été rendu accessible au public, la façon dont il l'a été et la langue dans laquelle il l'a été (...).* » Tous les savoir-faire traditionnels compris dans cette large définition de l'état de la technique sont reconnus comme faisant partie de celle-ci par l'OEB, aux fins de l'article 54.2) de la CBE. Cette conception large que semble déjà regretter

¹⁵⁵³ Règle 33.1 du règlement d'exécution du PCT (traité de coopération en matière de brevets). Il convient de rapprocher cette disposition de l'article 64-1 du PCT.

¹⁵⁵⁴ Article 54 §2 de la CBE.

¹⁵⁵⁵ Directives concernant l'examen à l'Office européen des brevets (OEB).

l'autorité chargée de l'application de la CBE a été ainsi contournée dans les faits moyennant une référence claire à la règle 33.1 a) et b) du PCT qui ne reconnaît la divulgation orale, l'usage, l'exposition, etc. en tant qu'état de la technique que lorsque ceux-ci sont confirmés par une divulgation écrite. Il a été ainsi préconisé que « *lorsque l'examineur de la recherche effectue une recherche européenne, il ne devrait citer comme l'état de la technique une description orale que s'il a obtenu une confirmation écrite ou a acquis par d'autres moyens la conviction que les faits sont exacts.* »¹⁵⁵⁶

L'on abouti ainsi, avec un texte ouvert, à une pratique européenne qui ne se distingue pas de celle découlant du PCT. L'Office européen des brevets effectue surtout des recherches documentaires sur l'état de la technique, en se basant sur les documents énumérés dans le Règlement d'exécution du PCT. Cette attitude pragmatique s'explique par le souci de célérité et de certitude dans les procédures. L'on comprendra dans ce sens que l'examineur européen mette fin à sa recherche lorsqu'il estime que la probabilité de trouver des éléments pertinents de l'état de la technique est faible par rapport au travail nécessaire¹⁵⁵⁷. Cette option un peu « forcée » pour l'écrit peut aussi s'expliquer par la recherche d'une facilité dans l'administration de la preuve et l'exercice du pouvoir souverain d'appréciation du juge.

Ainsi, le problème de l'octroi d'un monopole indu est identifié et plusieurs commentateurs, à l'instar de M. RUIZ du Centre .I.E.L. se sont beaucoup inquiétés du fait que des brevets soient délivrés pour des inventions qui ne satisfont pas les conditions fondamentales de brevetabilité, notamment pour ce qui est de la nouveauté et de l'inventivité par rapport aux connaissances traditionnelles dont ces inventions sont parfois issues, directement ou indirectement. Selon eux, « *Si, au moment de l'étude des demandes de brevets, ces connaissances avaient été détenues par les autorités compétentes, les examinateurs en particulier, elles auraient pu être considérées comme faisant partie de l'état de la technique et auraient pu conduire à rejeter les allégations de nouveauté, ce qui aurait aidé à prévenir le biopiratage.* »¹⁵⁵⁸ La question, malheureusement, n'est pas aussi simple qu'il y paraît. Il ne suffit pas que les informations soient détenues par les autorités. La forme sous laquelle elles sont détenues revêt une importance particulière. En France il apparaît que seule la divulgation écrite offre une garantie d'effectivité et de facilitation de la preuve.

¹⁵⁵⁶ Directive relevée et mentionnée dans: UNEP/CBD/WG-ABS/2/3, p. 8.

¹⁵⁵⁷ **Royal Society**, *op. cit.*, p. 9. L'état de la technique dont il s'agit est ainsi présente une complétude fictive. En effet il serait bon que les examinateurs puissent disposer de toutes les informations pertinentes au cours de l'examen des demandes afin que la décision de délivrer un brevet repose sur l'état véritable de la technique. Néanmoins, il n'est peut-être pas toujours possible, concrètement, de localiser l'ensemble de l'information susceptible de présenter un intérêt pendant l'examen des demandes.

¹⁵⁵⁸ **Ruiz, M.**, « The international debate on traditional knowledge as prior art in the patent system: issues and options for developing countries », in Occasional Papers, South Centre, octobre 2002, §§ 16 et 17.

376. Cette exigence de facilitation de la preuve, désormais évidente, valorise le rôle de l'Internet même si l'outil est encore imparfait.

En effet, une recherche élargie et rapide se trouve limitée par des incertitudes quant à la date de l'antériorité. La décision de procéder à une publication défensive peut varier sensiblement selon qu'elle est réalisée sur papier, qu'elle est imprimée ou qu'elle est publiée par voie électronique¹⁵⁵⁹. Les Etats ont probablement aussi leurs préférences en ce qui concerne le moyen de publication, selon les instruments de publication dont ils disposent déjà¹⁵⁶⁰.

377. La rapidité de la recherche est largement favorisée par les moteurs de recherche conçus à cet effet à l'instar de la base de données SINGER¹⁵⁶¹ qui a été connectée au portail électronique de l'OMPI¹⁵⁶². L'arrimage de cette base de données consacrée principalement, il est vrai, aux ressources génétiques, participe de la volonté manifestée par le Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore à sa deuxième session. Il fut à cette occasion décidé de « *procéder à l'établissement d'un inventaire non*

¹⁵⁵⁹ Notons entre autres préoccupations que bien souvent, les gouvernements, organisations ou communautés souhaitant obtenir la protection défensive de leurs ressources et innovations sont freinés par des facteurs liés aux coûts et doivent prendre en considération les frais de traduction.

¹⁵⁶⁰ Par exemple, le Centre pour le folklore du Conseil de coopération du Golfe publie déjà une revue trimestrielle sur papier, qui traite également de la médecine traditionnelle. Dans ce cas, il sera probablement plus efficace et économique de fonder la stratégie défensive sur les publications existantes.

¹⁵⁶¹ System-wide Information Network on Genetic Resources (SINGER) du Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale (GCRAI) Il se trouve à l'adresse suivante : <http://www.singer.cgiar.org/>. La base SINGER est tenue à jour par le System-wide Genetic Resources Programme (SGRP) du GCRAI, qui est hébergé par l'Institut international des ressources phylogénétiques (IPGRI). Elle donne accès à l'information sur les collections de ressources génétiques détenues par les centres du GCRAI, pour la plupart sous les auspices de la FAO. Au total, SINGER contient des informations sur plus de 600 000 échantillons de germoplasme de plantes cultivées, plantes fourragères et arbres très importants pour l'alimentation et l'agriculture (il convient de préciser toutefois que toutes les collections des centres ne figurent pas dans SINGER). SINGER relie les bases de données sur les ressources génétiques des centres du GCRAI et permet la recherche simultanée d'informations concernant l'identité, l'origine, les caractéristiques et le transfert des ressources génétiques dans les collections individuelles du centre. Il est important de noter que la base de données SINGER ne contient pas d'informations exhaustives sur les collections détenues. D'autres informations peuvent être obtenues auprès des centres qui les détiennent. L'utilisation de la base de données SINGER ne constitue pas le passage obligé pour les recherches sur l'état de la technique. Un paragraphe figurant dans cette base de données indique en effet que « **le contenu du site ne doit pas être interprété comme donnant une opinion professionnelle. Ce contenu est destiné à l'information générale uniquement. Il peut présenter des inexactitudes techniques ou des erreurs typographiques. Les centres du GCRAI gèrent indépendamment l'information stockée ou mise à disposition sur ce site. Les utilisateurs doivent contacter directement le centre du GCRAI concerné pour poser des questions ou formuler des observations sur les informations gérées par ce centre** » (Voir http://www.singer.cgiar.org/Legal_Notice/legal_notice.htm.) Des efforts sont en cours pour mettre à jour et normaliser les données concernant chaque collection.

¹⁵⁶² L'OMPI et le GCRAI ont relié la base de données SINGER au portail OMPI d'accès en ligne aux bases de données et répertoires concernant les savoirs traditionnels et les ressources génétiques, de manière à faire avancer cette étude pilote des mécanismes destinés à aider à identifier l'état de la technique pertinent concernant les savoirs traditionnels et les ressources génétiques lors des procédures en matière de brevets. L'accès à SINGER signifierait que les examinateurs de demandes de brevet peuvent découvrir des ressources génétiques pertinentes détenues par le GCRAI lors de leurs recherches sur l'état de la technique (Voir la section V.2.2 du portail de l'OMPI à l'adresse suivante : <http://www.wipo.int/globalissues/databases/tkportal/index.html>.) Les recherches sur les données détenues par SINGER pourraient contribuer à éviter la délivrance de brevets pour des inventions qui reposent sur du germoplasme détenu par le GCRAI et qui ne remplissent pas les conditions de nouveauté et d'activité inventive en raison de ce germoplasme figurant dans l'état de la technique.

exhaustif des périodiques relatifs aux savoirs traditionnels »¹⁵⁶³ et de procéder à « *un inventaire non exhaustif des bases de données contenant des documents sur les savoirs traditionnels* »¹⁵⁶⁴. Ces travaux ont été accomplis dans la perspective de l'examen de recommandations éventuelles concernant l'intégration de certains périodiques dans la documentation minimale du PCT¹⁵⁶⁵.

Si une publication par l'Internet est choisie, il est essentiel, de s'assurer de la pérennité de l'information divulguée en veillant par exemple qu'elle reste constamment disponible sous la même forme depuis sa publication. Il est également important que la date de publication soit clairement indiquée, un point qui n'est pas toujours clair en ce qui concerne les éléments diffusés sur l'Internet.

L'état de la technique ne sera considéré comme pertinent pour l'examen quant au fond d'un brevet que s'il a été publié avant la date de dépôt ou la date de priorité de la demande de brevet. Ainsi, une date de publication sans ambiguïté est fondamentale pour la mise en œuvre d'une protection défensive efficace. Cela est particulièrement applicable aux stratégies de publication fondées sur l'Internet, dans lesquelles le contenu des pages Web est souvent modifié sans que la date de ces modifications soit clairement indiquée. La date importante est celle à laquelle les éléments ont été publiés, et non pas forcément la date à laquelle ils ont été consignés par écrit pour la première fois. Ce mode de divulgation présente ainsi les inconvénients de sa réactivité. Il convient néanmoins de se déterminer sur la question suivante : Que doit contenir le support matériel ou immatériel ?

2. Le contenu de la fixation.

378. Il est essentiel, dans une utilisation fusible de la divulgation, que l'information divulguée contienne une description exhaustive et complète du savoir-faire traditionnel en question. Pour que la divulgation ici envisagée constitue une antériorité destructrice de nouveauté, elle doit être **suffisante**¹⁵⁶⁶. Cette seule condition prévaudra car en effet il serait difficile voire impossible de se déterminer sur le caractère dit « *de toutes pièces* »¹⁵⁶⁷ dans l'hypothèse d'une divulgation

¹⁵⁶³ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/3/5, en particulier son annexe I.

¹⁵⁶⁴ Voir le paragraphe 81 du document WIPO/GRTKF/IC/2/6.

¹⁵⁶⁵ Voir documents WIPO/GRTKF/IC/2/17 (Rapport), § 157, ainsi que WIPO/GRTKF/IC/2/6, § 81.

¹⁵⁶⁶ Guintrand de Peyre A. F., « La jurisprudence française en matière d'accessibilité au public de l'état de la technique », *RDPI*, 1998, n° 91, p. 7 et s.

¹⁵⁶⁷ A propos duquel la Cour de cassation a estimé que : « *pour être comprise dans l'état de la technique et être privée de nouveauté, l'invention doit s'y trouver toute entière dans une seule antériorité au caractère certain, avec les éléments qui la constituent dans la même forme, le même agencement la même fonctionnement en vertu du même résultat technique* » (Cass. Com. 12 mars 1996, « Thomann c/Thomann » PIBD 1996 n° 611, III. 273 ; *Ann. Prop. Ind.* 1996 p. 173.) Une telle exigence exclut toute antériorité partielle et pousse à considérer qu'elle ne trouve en définitive sa place que dans les systèmes qui comme le système français requièrent une double composante à l'état de la technique, c'est-à-dire la nouveauté et l'activité inventive. Cf. **Plaisant R.**, « Les critères objectifs et subjectifs en matière de brevetabilité », *Mélanges Roubier*, T 2 pp. 537-539.

préventive, puisque par définition, une demande de brevet qui servirait d'élément de comparaison n'existe pas encore.

379. Pour ce qui est du caractère suffisant, la description contenue dans la publication se doit d'être la plus complète possible. Si la description ne porte que sur certains aspects du savoir-faire traditionnel, elle sera moins efficace pour empêcher des revendications ultérieures sur d'autres aspects de ce dernier. La publication dans un tel cas de figure doit donc comprendre une description complète, ainsi que les utilisations démontrées dans le cadre traditionnel et les hypothèses sur les autres utilisations ou applications possibles du savoir-faire divulgué. La description d'un savoir-faire traditionnel prouve son caractère suffisant au regard de la possibilité qu'elle offre à une personne du métier de mettre concrètement en œuvre l'invention qu'elle présente. Le divulgateur ou la personne qui procède à la publication est en tous les cas hors de la portée d'une nullité pour insuffisance de description¹⁵⁶⁸. Cependant, l'impératif d'une description suffisante est toujours de mise.

B. Les destinataires éventuels de la fixation.

380. Qu'entend-t-on ici par public ? Le but ultime de l'utilisation fusible des savoir-faire traditionnel est de rendre disponible leur contenu à une entité juridiquement construite, « le public », afin de le faire rentrer dans l'état de la technique. Pour qui une telle accessibilité est-elle organisée ? La réponse à cette question désigne « le public » avant de s'intéresser de plus près à ce que recouvre ce terme.

381. L'exigence fondamentale selon laquelle des enseignements doivent être tirés de l'état de la technique, repose sur le fait qu'ils doivent être mis à la disposition¹⁵⁶⁹ du public. En règle générale, les informations tenues secrètes ne sont pas considérées comme faisant partie de l'état de la technique. Il y a dans l'idée de public une connotation de généralité et d'universalité. Ce n'est pas dire que l'objet de la divulgation doive être accessible à tous¹⁵⁷⁰. Mais c'est exiger selon les Prs.

¹⁵⁶⁸ Le but de l'opération de divulgation n'étant pas ici de demander un brevet.

¹⁵⁶⁹ Le terme « *mise à disposition* » revêt une grande importance dans le contexte des ressources génétiques et des savoirs traditionnels eu égard à l'utilisation des bases de données et de leur mise à la disposition des offices de brevets exclusivement en vertu d'accords de non-divulgation. En règle générale, pour être considérée comme faisant partie de l'état de la technique, l'information doit avoir été mise à la disposition du public : dans certains cas, cela peut être aussi simple que de la divulguer à une seule autre personne, sans mettre cette personne dans l'obligation de la tenir secrète. Dans la pratique, afin de s'assurer que cela est pris en considération dans le cadre de la recherche et de l'examen ordinaires, il est avantageux (du point de vue de la protection défensive), de faciliter la collecte de l'information divulguée par les personnes chargées d'effectuer des recherches dans ce domaine, en particulier les examinateurs de brevets. Par ailleurs, mettre facilement l'information à disposition peut véritablement porter préjudice aux autres intérêts en matière de protection (Voir l'examen en détail de ces questions dans les documents WIPO/GRTKF/IC/5/5 et WIPO/GRTKF/IC/5/12)

¹⁵⁷⁰ Il suffit, dit l'article 611-11 al 2 du code de la propriété intellectuelle français que le contenu de l'invention « ait été rendu accessible au public... ».

FOYER et VIVANT que : « *la connaissance réelle ou seulement possible de l'invention, son accessibilité ne soit pas seulement réservé à quelques initiés liés par le secret* »¹⁵⁷¹. C'est dire aussi, selon le Pr. POLLAUD-DULIAN, que l'accessibilité « *doit avoir permis aux tiers d'en prendre connaissance.* »¹⁵⁷² Pour le droit français, le public qui est pris en considération dans l'analyse de l'état de la technique est : « *une ou plusieurs personnes qui ont eu l'occasion de prendre connaissance de l'invention sans pour autant être tenues d'une manière ou d'une autre au secret* »¹⁵⁷³. De ce point de vue, la position française est assez proche de celle de la chambre des recours technique de l'Office Européen des Brevets (OEB) qui estime que : « *C'est le fait qu'il est possible d'accéder directement et clairement à une information donnée qui rend celle-ci accessible ; qu'il y ait ou non des raisons conduisant à la recherche.* »¹⁵⁷⁴

382. Concernant les savoirs traditionnels, le terme « public » a été soigneusement étudié au regard de la question de savoir si un enseignement qui a été divulgué lors de son utilisation dans une communauté traditionnelle mais non en dehors de cette communauté devait être considérée comme ayant été mis à disposition du « public » ?. Si l'on retient la conception ci-dessus exposée, il apparaît évident que les savoir-faire traditionnels transmis de façon initiatique ne feront pas partie de l'état de la technique et ne pourront de ce fait permettre de détruire définitivement toute nouveauté que s'ils sont rendus accessibles à des personnes extérieures à la communauté traditionnelle ou à la communauté des utilisateurs tels que les guérisseurs. La raison en est que, non seulement cette information n'est pas accessible, mais aussi qu'elle est couverte par une obligation de confidentialité et de secret qui, aux termes de l'article 54 (2) de la Convention de Munich du 5 octobre 1973, n'est pas nécessairement un écrit¹⁵⁷⁵.

Pour soutenir l'idée d'une confidentialité tacite entre les membres de la communauté traditionnelle, l'on pourra citer les dispositions pertinentes de la loi péruvienne : « *un savoir collectif est considéré comme faisant partie du domaine public quand il a été accessible à des personnes étrangères aux peuples autochtones par des moyens de communication de masse, par exemple par des publications, ou, s'agissant des propriétés, des usages et des caractéristiques d'une*

¹⁵⁷¹ Foyer J. Vivant M., *Le droit des brevets*, précité p.136.

¹⁵⁷² Pollaud-Dulian F., *Droit de la propriété industrielle*, précité p. 123, n° 242.

¹⁵⁷³ La doctrine comme la jurisprudence françaises interprètent cette notion de la façon la plus large. Ainsi pour le Pr. Jean-christophe Galloux, reprenant les enseignements de la jurisprudence, (*Le droit de la propriété industrielle*, précité, p.75 s.), le public, est constitué d'une (CA Lyon , 10 janvier 1973, Ann. Propr.ind. 1974, p. 106) ou plusieurs personnes, non tenues au secret (CA Paris, 18 janvier 1990, PIBD, 1990, III, p. 252; Cass. Com. 1987, D. 1987, IR. p. 136) et capables de comprendre et de mettre en oeuvre l'invention à partir de la divulgation qui en est faite (CA Paris, 7 mars 1965, D. 1966, p. 557, note Plaisant; CA Paris, 4ème Chambre 8 mars 1994, PIBD 1994, 569, III, p. 339) .

¹⁵⁷⁴ OEB Ch. Rec. tech. 18 décembre 1992, D. 1993, somm. 376, obs. Mousseron et Schmidt ; PIBD 1993, III, p. 451.

¹⁵⁷⁵ OEB Ch. Rec. tech. 23 juillet 1993, T.. 830/90 : JO OEB N° 10 oct. 1994. 713. PIBD 1995, III, p. 63.

ressource biologique, lorsque celles-ci sont connues de façon massive en dehors de ces peuples et de ces communautés autochtones. »¹⁵⁷⁶ La réponse à la question posée plus haut est encore plus malaisée lorsque, ayant procédé à l'enregistrement des savoir-faire traditionnels, les communautés traditionnelles ne renoncent pas pour autant à leur préserver un caractère secret. Comment envisager des telles situations au vu de la définition retenue du terme « public » à la base de l'appréciation de l'état de la technique? Ici deux actes de la communauté traditionnelle sont amenés à produire des effets contradictoires. D'une part l'enregistrement qui, de fait, rend le savoir-faire accessible au public, et d'autre part, la volonté de garder ce savoir-faire secret et par conséquent inaccessible au public. C'est le cas aux Etats unis de la « **StoryBase** » des tribus TULALIP de l'État de Washington¹⁵⁷⁷ et au Pérou des **Registres des savoirs collectifs des peuples autochtones** prévus par la loi n° 27811 du Pérou.

383. Dans la storyBase américaine, les tribus TULALIP ont établi une distinction entre des savoirs de type A, qu'elles souhaitent réserver exclusivement aux membres des communautés de la tribu, et les savoirs de type B, que les tribus souhaitent mettre à la disposition du grand public. Cette volonté de maintenir un tri sélectif dans les savoir-faire traditionnels à mettre réellement à la disposition du public est servie par des moyens techniques puisque « *le logiciel de gestion de la base de données, en cours d'élaboration, est programmé de manière à limiter l'accès aux savoirs de type A aux membres de la communauté; pour ce qui est des savoirs de type B, ils pourront être divulgués soit au grand public, soit seulement aux examinateurs de brevets.* »¹⁵⁷⁸

384. Les registres péruviens, quant à eux, ne font pas reposer leur organisation de secret sur les mesures techniques. C'est la loi elle même qui organise le système en **Registre national public** des savoirs collectifs des peuples autochtones, en **registre national confidentiel** des savoirs collectifs des peuples autochtones, et en **registres locaux** des savoirs collectifs des peuples autochtones. Le Registre national public des savoirs collectifs des peuples autochtones et le Registre national confidentiel des savoirs collectifs des peuples autochtones sont gérés par l'INDECOPI¹⁵⁷⁹. Les objectifs de ces registres sont décrits de la manière suivante, selon le cas : « *a) préserver et sauvegarder les savoirs collectifs des peuples autochtones et les droits afférents de ces peuples; b) fournir à l'INDECOPI des informations qui lui permettront de défendre les intérêts des peuples autochtones concernant leurs savoirs collectifs* »¹⁵⁸⁰. Les dispositions suivantes sur la nature des différents registres prévoient que le Registre national public « **contient**

¹⁵⁷⁶ Article 13.

¹⁵⁷⁷ **Tulalip Natural Resources**, "Cultural Stories", CD-ROM ICONS, 2002.

¹⁵⁷⁸ Document WIPO/GRTKF/8/7, p. 3.

¹⁵⁷⁹ Article 15 de la loi n° 27811.

¹⁵⁸⁰ Article 16 de la loi n° 27811.

les savoirs collectifs qui font partie du domaine public”¹⁵⁸¹ et que le Registre national confidentiel “ne peut être consulté par des tiers”¹⁵⁸².

Il s'agit là en réalité d'une « *contradiction disjonctive* » devant laquelle le droit des brevets reste encore perplexe. Une perplexité accentuée par le fait que la volonté de divulguer tout en maintenant secret est servie par des moyens techniques qui rendent cette sélection possible. Ainsi, et sous réserve d'une définition adéquate de ce qu'il faut entendre par tiers, la matière de la divulgation se trouve restreinte ou du moins sélectionnée. Dans de telles hypothèses, il serait cohérent et conforme aux mécanismes de destruction de nouveauté de considérer que seuls les éléments offerts au public sont susceptibles de développer l'effet de protection recherchée par les détenteurs de savoir-faire traditionnels. La difficulté n'est pas pour autant vaincue. Quid par exemple de celui qui est rentré en connaissance, et donc possession du savoir-faire traditionnel en question en contournant l'obstacle technique de la base de donnée? Doit-on considérer que la divulgation n'est pas constituée, eu égard au fait que la mise en possession est frauduleuse¹⁵⁸³? Si la réponse à cette dernière interrogation est positive, comment rapprocher cette solution de l'appropriation illicite dont on peine à cerner les effets juridiques? Ne doit-on pas trouver là l'indice que la recherche d'une sanction spécifique de l'appropriation illicite; tâche à laquelle s'échinent les auteurs, est un effort dont l'utilité est de plus en plus marginale?

Quoi qu'il en soit et malgré toutes ces interrogations naissantes, une publication de savoir-faire traditionnel qui remplit les conditions d'une divulgation énumérées ci-dessus est appelée à produire tous les effets qui se rattachent à un défaut de nouveauté en matière de brevet.

Paragraphe 2. La renonciation au titre de propriété industrielle du fait de la divulgation.

385. La divulgation du savoir-faire traditionnel est une défense contre des titres de propriété éventuels. Elle a ainsi pour conséquence de rendre la constitution de tels titres impossibles. Cette impossibilité s'analyse, du point de vue

¹⁵⁸¹ Article 17 de la loi n° 27811.

¹⁵⁸² Article 18 de la loi n° 27811.

¹⁵⁸³ Hardison, P., “*Traditional Knowledge Studies and the Indigenous Trust*”. Les tribus Tulalip et le réseau autochtone d'information sur la biodiversité (IBIN), 15 septembre 2004, cité in « *Actualité concernant les normes et questions techniques relatives aux savoirs traditionnels enregistrés* », Document WIPO/GTRKF/IC/8/7 du 10 juin 2005

des divulgateurs comme une renonciation qui, si elle est avérée pour le brevet¹⁵⁸⁴, l'est moins pour ce qui est des droits « *sui generis* ».

A. La renonciation certaine au brevet.

386. C'est l'un des effets de la **divulgation** par la publication, encore faut-il que cette dernière corresponde à une communication au public d'informations ou de connaissances jusque là secrètes. Tel n'est pas le cas par exemple de la « Base de données expérimentale relative au patrimoine sanitaire » en Inde¹⁵⁸⁵. Dans le cas de la documentation des formules ayurvédiques, c'est bien plus une transcription qu'une divulgation¹⁵⁸⁶.

C'est là un effet irréversible qui demande que le divulgateur soit amplement informé¹⁵⁸⁷ de la portée de l'acte à poser. En effet, parce que la protection défensive nécessite souvent la publication en premier lieu des savoir-faire traditionnels ou d'informations sur les ressources génétiques, cela peut avoir des conséquences importantes pour les droits des détenteurs de savoir-faire traditionnels. Cela peut signifier que les détenteurs de savoir-faire traditionnels doivent être amplement informés de ce que, leur initiative équivaut à renoncer aux droits attachés au brevet pour toute innovation ainsi divulguée.

Non seulement les divulgateurs anéantissent toute possibilité de demander un brevet, mais aussi, en l'absence de lois spéciales, ils mettent aussi fin à la protection de ces éléments en vertu des lois relatives aux secrets d'affaires et à la confidentialité.

¹⁵⁸⁴ Ce qui se présente dans l'hypothèse d'une contestation par titre (qui fera l'objet de développements ultérieurs) comme une conséquence incidente est ici le but principal recherché.

¹⁵⁸⁵ À la demande du Gouvernement de l'Inde, le Secrétariat de l'OMPI a aidé le Conseil de recherche scientifique et industrielle (CSIR) de l'Inde à mettre en ligne une base de données que ce conseil avait auparavant mise sur CD-ROM. Cette base, intitulée « *Base de données expérimentale relative au patrimoine sanitaire* », contient de la littérature non-brevet et de la documentation en matière de brevets sur 50 plantes médicinales endémiques originaires de l'Asie du Sud et sur leur utilisation traditionnelle dans les systèmes de savoirs codifiés de médecine traditionnelle en Asie du Sud. Elle comprend aussi le nom vernaculaire de ces plantes dans 22 langues de l'Asie du Sud. La base de données est axée sur le système ayurvédique de médecine traditionnelle (L'on tend aujourd'hui vers l'achèvement de la transcription de 36 000 formules en cinq langues internationales). Du point de vue de la propriété intellectuelle, la caractéristique la plus importante du système ayurvédique de savoirs traditionnels est que celui-ci a été codifié et divulgué par écrit dans des écritures sanskrits anciennes au XII^e siècle avant J.-C. Il ne fait donc aucun doute que ces savoirs sont tombés dans le domaine public et font partie de l'état de la technique de la médecine traditionnelle. Ce sont des savoirs connus de la plupart des habitants de la région. L'on n'est donc pas confronté aux questions complexes qui se posent lorsqu'il s'agit de médecine autochtone et tribale que les guérisseurs ou les communautés n'ont pas divulguée.

¹⁵⁸⁶ Doit-on à ce propos rappeler que le système ayurvédique de médecine traditionnelle était codifié et divulgué par écrit dans les textes classique sanscrits du XII^e siècle avant J.-C?

¹⁵⁸⁷ Il est important de s'assurer du consentement préalable en connaissance de cause de toute partie fournissant des informations ou des éléments qui seraient divulgués dans un mécanisme de protection défensive : il peut être nécessaire de fonder ce consentement sur une description complète des incidences de la divulgation. Le document WIPO/GRTKF/IC/5/5 est consacré à l'élaboration d'un instrument visant à faciliter l'examen de ces questions essentielles.

387. En ce qui concerne les éléments qui ont déjà été publiés en principe, mais ont, en réalité, un sens obscur et sont de ce fait difficiles d'accès, la situation peut être un peu plus délicate. En effet, une stratégie de divulgation peut se traduire par une mise à disposition beaucoup plus rapide de ces éléments, ce qui peut, à son tour, augmenter la possibilité pour les tiers d'avoir accès à ces informations et de les utiliser, éventuellement de manière contraire aux intérêts et aux préoccupations des détenteurs de savoirs traditionnels. C'est pourquoi, il est essentiel d'examiner attentivement si une protection par la divulgation constitue réellement l'objectif visé et si la communauté ou l'institution concernée souhaite réellement adopter une telle protection.

Il s'agit ici d'une publication volontaire et décidée en vue d'obtenir la protection qu'offre le mécanisme de la recherche de l'état de la technique. Alors que dans la présente hypothèse les détenteurs de savoir-faire traditionnels agissent positivement pour constituer une situation de fait, dans une situation similaire mais pas identique¹⁵⁸⁸, ils se contentaient de la faire constater.

Si la publication défensive vise à écarter toute possibilité d'acquisition des droits de brevet sur l'invention divulguée, elle peut créer elle-même d'autres droits de propriété intellectuelle tels que le droit d'auteur. Ce qui indique que la divulgation préventive ne joue son rôle de fusible qu'en matière de droit des brevets. Le droit d'auteur quant à lui par exemple lui est totalement indifférent.

Les divers droits *sui generis* reposant sur des législations spéciales de propriété intellectuelle peuvent aussi anéantir l'effet fusible de la divulgation .

B. L'acquisition éventuelle de droits *sui generis*.

388. Certaines formes de divulgation peuvent permettre aux communautés traditionnelles ou autochtones effectuant la publication de conserver certains droits ou de **différer la renonciation à ces droits**. Tout dépend de la façon dont la divulgation a été conduite et surtout de la législation nationale ou régionale applicable. Ainsi peut-on parler d'acquisition de droits par l'effet de la loi le cas échéant ou de maintien des droits par la prudence du divulgateur.

¹⁵⁸⁸ Que nous étudierons dans la section 2 de ce chapitre.

1. L'acquisition de droits par l'effet de la loi.

389. Les dispositions nationales qui régissent spécifiquement les savoir-faire traditionnels traduisent plusieurs options vis-à-vis de l'enregistrement de ces derniers et des effets de cet enregistrement sur la constitution de droits spécifiques dits droits *sui generis*.

390. Un premier groupe de législations semble n'attacher aucune signification juridique à l'enregistrement des savoir-faire traditionnels. Ainsi la Législation type africaine¹⁵⁸⁹ qui déclare pourtant : « *l'autorité nationale compétente a notamment pour fonction de mettre en place un système d'enregistrement de tout ce qui est protégé par les droits intellectuels des communautés et des agriculteurs inscrits dans les pratiques et lois coutumières* »¹⁵⁹⁰, prévoit dans le même temps que : « *Toutefois, le non enregistrement de tout savoir traditionnel ne signifie pas que ce dernier n'est pas protégé par les droits intellectuels de la communauté* »¹⁵⁹¹.

Pour le droit national brésilien, la mesure¹⁵⁹² n'indique pas précisément les procédures et formalités concernant l'acquisition des droits. Elle mentionne simplement¹⁵⁹³ l'élaboration d'une base de données contenant des informations sur les savoirs traditionnels associés diffusés par le Conseil de gestion, mais il ***n'existe aucune exigence selon laquelle les savoirs traditionnels doivent figurer dans la base de données pour être protégés***¹⁵⁹⁴.

Une interprétation *a contrario* de ces dispositions renseigne sur le fait que si le non enregistrement des savoir-faire traditionnels est sans effet sur la constitution des droits en question, on peut dire que l'enregistrement est aussi sans influence sur ces droits. L'enregistrement ou la divulgation ne nuit ni ne profite aux droits *sui generis* réclamés. C'est ce que pose la Législation africaine comme règle, certainement destinée à lever toute équivoque, en ces termes : « *La description écrite ou orale des savoirs traditionnels, la présence de ces [savoirs] dans des banques de gènes ou des collections, leur usage local, ne sont pas susceptibles de s'opposer à l'exercice des droits intellectuels des communautés locales.* »¹⁵⁹⁵.

Ce que disent de façon indirecte ou dans un double mouvement les législations africaine et brésilienne est affirmé sans ambages par les législations du Costa-Rica et de l'Inde qui forment un second groupe.

¹⁵⁸⁹ Législation type africaine concernant la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des obtenteurs, et la réglementation de l'accès aux ressources biologiques (2000)

¹⁵⁹⁰ Article 58

¹⁵⁹¹ Article. 23.3.

¹⁵⁹² Mesure provisoire n° 2186-16 du 23 août 2001.

¹⁵⁹³ En son article 11.II)d)

¹⁵⁹⁴ L'article 8.II) mentionne cependant une inscription au cadastre prescrite par le Conseil de gestion.

¹⁵⁹⁵ Article. 23.4.

Ces législations disposent respectivement que : « Les droits de propriété intellectuelle *sui generis* des communautés existent et sont juridiquement reconnus simplement du fait de l'existence de pratiques ou de savoirs culturels liés aux ressources génétiques et biochimiques; ils ne nécessitent pas de déclaration préalable ou de reconnaissance expresse, ni d'enregistrement officiel »¹⁵⁹⁶ ; et que « l'enregistrement n'est pas expressément défini comme une procédure obligatoire pour l'obtention de la protection juridique prévue par la loi »

391. D'autres législations, sans pour autant donner à l'enregistrement un effet constitutif, tracent la limite à ne pas franchir dans la divulgation pour prétendre continuer à bénéficier de la protection *sui generis*. C'est le cas de la législation péruvienne¹⁵⁹⁷ pour qui : « la protection est uniquement conférée aux savoirs qui ne sont pas tombés dans le domaine public »¹⁵⁹⁸. Cette disposition s'éclaire de la lettre de l'article 13 de la même loi qui définit l'expression « tombé dans le domaine public » en ces termes : « Aux fins de la loi, un savoir collectif est considéré comme faisant partie du domaine public quand il a été accessible à des personnes étrangères aux peuples autochtones par des moyens de communication de masse¹⁵⁹⁹, par exemple par des publications, ou, s'agissant des propriétés, des usages et des caractéristiques d'une ressource biologique, lorsque celles-ci sont connues de façon massive en dehors de ces peuples et de ces communautés autochtones. »

392. Certaines autres législations nationales enfin, donnent à l'enregistrement des savoir-faire traditionnels un pouvoir constitutif de droits *sui generis* qui les place aux antipodes du mécanisme qui a cours en droit de brevets. C'est le cas notamment de la législation thaïlandaise¹⁶⁰⁰ et du décret-loi portugais¹⁶⁰¹.

La législation thaïlandaise fait produire à l'enregistrement acquis au bout d'une procédure complète¹⁶⁰², un effet constitutif net. Elle prévoit que : « Les droits sont acquis par dépôt d'une demande d'enregistrement auprès du directeur de

¹⁵⁹⁶ Article. 82 de la loi du Costa-Rica.

¹⁵⁹⁷ Loi n° 27 811 de 2002.

¹⁵⁹⁸ Art. 42 de la loi précitée.

¹⁵⁹⁹ C'est nous qui soulignons.

¹⁶⁰⁰ Loi sur la protection et la promotion des données médicinales traditionnelles thaïes (B.E. 2542).

¹⁶⁰¹ Décret-loi n° 118 du 20 avril 2002.

¹⁶⁰² L'article 24 régit l'examen de la demande. Lorsque la demande n'est pas conforme au règlement ministériel, le déposant peut être invité, par le directeur de l'enregistrement, à procéder à des changements dans un délai de 30 jours, étant entendu qu'à défaut, le droit est enregistré selon le principe du premier déposant (art 26). La procédure d'enregistrement prévoit une possibilité d'objection par des tiers (art. 29). En l'absence d'objection, le directeur de l'enregistrement donne l'autorisation d'enregistrer le droit de propriété intellectuelle sur la donnée de médicinale thaïe au bénéfice du déposant, étant entendu que le formulaire d'enregistrement doit être conforme au règlement ministériel. Le directeur de l'Institut de la médecine traditionnelle thaïe est le principal directeur de l'enregistrement, les chefs de centres sanitaires en province ayant la qualité de directeurs de province de l'enregistrement (art. 13).

l'enregistrement, conformément aux règles, procédures et conditions prescrites par règlement ministériel. »¹⁶⁰³

Le décret-loi portugais quant à lui, place l'enregistrement au centre du mécanisme de constitution des droits qu'il consacre. Ainsi dispose-t-il que l'une des conditions d'obtention de ces droits est que les savoirs traditionnels « *doivent être identifiés, décrits et inscrits au registre des ressources phytogénétiques* ». ¹⁶⁰⁴Il détaille même le contenu du droit ainsi constitué ¹⁶⁰⁵ avant de préciser la forme de l'enregistrement en ces termes : « *Tout matériel végétal enregistré doit obligatoirement être désigné et caractérisé conformément aux critères fixés par arrêté du ministre de l'agriculture, du développement rural et des pêches* »¹⁶⁰⁶.

Au total et concernant les législations nationales *sui generis*, on peut dire que la divulgation des savoir-faire traditionnels a majoritairement pour ces derniers un effet au moins neutre quant à l'anéantissement de droits comme c'est le cas en matière de brevets.

Lorsqu'une telle divulgation recouvre une signification juridique, c'est plus pour fonder un droit que pour l'anéantir. En cela, les régimes spécifiques de propriété intellectuelle prennent l'exact contre-pied du système des brevets.

2. Le maintien des droits par la prudence des divulgateurs.

393. Dans le cas des législations précédemment analysées, ce qu'il est convenu d'appeler la fixation a parfois, on l'a vu, un effet créateur de droits spécifiques. Mais le fait que de telles législations soient d'effet territorial national a conduit à s'interroger¹⁶⁰⁷ sur la pertinence de la démarche qui consiste à élaborer un instrument de gestion de la propriété intellectuelle en vue d'aider les protagonistes de l'exploitation des savoir-faire traditionnels à gérer les incidences de la propriété intellectuelle sur leurs travaux de fixation¹⁶⁰⁸. Cet instrument de gestion totalement volontaire¹⁶⁰⁹ a pourtant vocation à générer des normes qui

¹⁶⁰³ Article 20

¹⁶⁰⁴ Article 3.2) a du décret-loi.

¹⁶⁰⁵ L'enregistrement d'un matériel confère à son titulaire le droit au partage des avantages découlant de son utilisation (Article 4.4 du décret-loi).

¹⁶⁰⁶ Article 4.2 du décret-loi.

¹⁶⁰⁷ La nécessité d'un instrument de gestion est apparu à l'origine durant les missions d'enquête de l'OMPI relatives aux besoins et attentes des détenteurs de savoirs traditionnels; voir la page 249 du Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels.

¹⁶⁰⁸ Voir le paragraphe 157 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17.

¹⁶⁰⁹ Le Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoirs traditionnels et le folklore qui est à son initiative, dit d'ailleurs de lui, qu'il : « *est un instrument pratique et ne vise pas à faire d'une quelconque approche une approche obligatoire ou même recommandée. Il ne propose pas non plus de donner toute l'importance à la protection défensive. Il constitue plutôt une approche intégrée des stratégies de protection positive et défensive. Il est conçu de manière pratique en fonction du processus de fixation et décrit les instruments juridiques qui sont disponibles, examine comment ils peuvent être utilisés avec succès et permet donc aux détenteurs de savoirs traditionnels de faire des choix en toute connaissance de cause* » (Document WIPO/GRTKF/IC/5/6, juillet 2003 p. 22 et 23)

seront tôt ou tard intégrées et digérées par les législations. Pour l'heure, l'on s'accorde à lui reconnaître la seule vertu de « *permettre aux parties prenantes de déterminer si les droits de propriété intellectuelle constituent les mécanismes juridiques et pratiques appropriés pour atteindre leurs objectifs dans le domaine des savoir-faire traditionnels et des ressources génétiques, et, dans l'affirmative, dans quels cas* »¹⁶¹⁰. Le fait de le limiter aux questions de propriété industrielle est de nature à en rendre l'application uniforme et plus efficiente. En effet, il ne s'applique pas aux expressions culturelles traditionnelles en tant que telles, qui sont protégées par les législations nationales sur le droit d'auteur et les droits connexes et, dans certains cas, par la protection *sui generis* du folklore. C'est un outil de gestion de la fixation des savoir-faire traditionnels et il est conçu de telle sorte qu'il complétera le *Guide pratique de l'OMPI sur la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles*, et qu'il y renverra en cas de besoin¹⁶¹¹. C'est pourquoi il découpe le mécanisme de la fixation en trois étapes qui sont :

- *avant* la fixation : sensibilisation et fixation des objectifs;
- *durant* le processus de fixation : gestion pratique des questions de propriété intellectuelle, et
- *après* la fixation : possibilités d'acquisition, d'exercice et de respect des droits de propriété intellectuelle et autres mécanismes de protection.

Ces trois étapes sont actuellement en cours de finalisation¹⁶¹² mais on peut dès l'abord se féliciter de ce que les efforts soient principalement portés sur les besoins

¹⁶¹⁰ Le Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoirs traditionnels et le folklore, en accord avec toutes les parties prenantes aux consultations de l'OMPI s'est d'ailleurs empressé de confesser que cet instrument : «

- *ne laisse pas entendre que les savoirs traditionnels devraient tomber dans le domaine public;*
- *ne contient pas une introduction intégrale à la législation et à la pratique en matière de propriété intellectuelle, ni ne remplace des avis juridiques ou techniques ponctuels sur la question de savoir si des éléments isolés des savoirs traditionnels et des ressources génétiques pourraient ou devraient être protégés par des droits de propriété intellectuelle;*
- *ne propose pas, ni n'évalue les possibilités de mesures législatives en faveur des savoirs traditionnels ou des ressources génétiques, ni n'interprète la législation;*
- *ne contient pas d'avis sur la protection des savoirs traditionnels et des ressources génétiques allant au-delà des systèmes juridiques nationaux;*
- *ne donne pas de conseils sur la façon de collecter des ressources génétiques ou biologiques.* » (Document WIPO/GRTKF/IC/5/6, juillet 2003 p. 23)

¹⁶¹¹ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

¹⁶¹² L'instrument de gestion a été mis au point avec la participation élargie des pays membre de l'OMPI, ce processus ayant démarré en 1998 durant les missions d'experts de l'OMPI et s'étant achevé par des consultations systématiques sur le projet d'instrument de gestion en 2002 et en 2003. Les étapes de la mise au point de cet instrument de gestion sont les suivantes : consultations, essais sur le terrain, traduction et diffusion. Pour que cet instrument soit efficace et harmonieux, il est impératif - et c'est là la condition sine qua none - que toutes les parties prenantes aient été pleinement consultées et que leurs observations aient été prises en considération, notamment celles des détenteurs de savoir-faire traditionnels et des dépositaires de ressources génétiques. Le Secrétariat du comité a procédé à des consultations approfondies avec un large éventail de parties prenantes et s'efforce de continuer à obtenir des contributions diversifiées. Les participants du comité sont invités à appuyer les consultations aux niveaux national, régional et local sur l'instrument de gestion en les facilitant. Une fois le processus de consultations approfondies terminé, l'instrument de gestion sera prêt à être essayé sur le terrain par les communautés, les organismes et les institutions qui se chargent de fixer les savoirs traditionnels et les ressources génétiques.

et les centres d'intérêts des détenteurs de savoir-faire traditionnels et des dépositaires de ressources génétiques, il n'en reste pas moins que cet instrument s'adresse à un plus large éventail de personnes, en vue de promouvoir la coopération entre elles. C'est peut-être là un correctif des asymétries que l'on peut constater entre les différents acteurs de l'exploitation des savoir-faire traditionnels. Il convient de mentionner, pour clore notre analyse des situations de divulgation défensive, une pratique japonaise qui peut être d'une utilité pour les communautés traditionnelles en ce qu'elle est assez peu onéreuse.

Elle consiste à faire une demande de brevet pour des inventions que le ou la déposant(e) n'a pas l'intention d'utiliser¹⁶¹³, mais qu'il ou elle ne souhaite pas voir tomber entre les mains de la concurrence qui, indépendamment, pourrait réaliser la même invention. Une solution pratique consiste à « *déposer une demande de brevet, à attendre qu'elle soit publiée, sans procéder ultérieurement à la demande d'examen* »¹⁶¹⁴. Ainsi, l'objet de la demande de brevet tombe dans le domaine public pour tout tiers et en tant que tel doit être pris en compte par les examinateurs lorsqu'ils évaluent la brevetabilité d'une invention revendiquée par la concurrence¹⁶¹⁵.

394. Selon que les divulgateurs en auront assez dit dans leur processus de fixation pour détruire la nouveauté ou qu'ils auront pu s'appuyer sur la législation nationale ou régionale pour se ménager des possibilités de réclamer des droits effectifs, on verra si « l'instrument de la fixation des savoir-faire traditionnels » est utile ou pas. Il s'agit ici de naviguer entre deux dangers qui guettent en permanence et qui emmènent à considérer que : d'un côté, les recherches supposent la divulgation de l'état de la technique qui peut être mentionné contre l'invention revendiquée selon le cas; de l'autre, on s'inquiète que ces initiatives concernant les bases de données aient pour effet de rendre les savoir-faire traditionnels et d'autres matériels bien plus disponibles, augmentant ainsi les risques d'utilisation sans contre partie par des tiers.

Section 2. La destruction de la nouveauté et de l'activité inventive en présence d'une menace de brevet.

395. Dans la présente section nous nous proposons d'analyser les cas où la destruction de la nouveauté et de l'activité inventive vise une demande de brevet identifiée. La contestation de droit qui en découle peut être soutenue par

¹⁶¹³ Du moins dans l'immédiat.

¹⁶¹⁴ Pratique mentionnée dans le document : WIPO/GTRKF/IC/5/7 du 4 avril 2003, p. 9 note 23.

¹⁶¹⁵ Voir Girouard R., J., *U.S. Trade Policy and the Japanese Patent System*, document de travail 89, août 1996, Table ronde de Berkely sur l'économie internationale, consultable à l'adresse www.ciaonet.org/wps/gir01/#txt115 (Page consultée le 12 septembre 2003)

l'établissement d'une situation de fait comme elle peut se conduire au moyen d'un autre droit ou titre de propriété intellectuelle (paragraphe 1). Quel que soit le moyen, de telles contestations ont la particularité d'être générateurs de risques pour le titulaire contesté (paragraphe 2) d'où la pertinence du mécanisme pour les communautés traditionnelles.

Paragraphe 1. La contestation des droits et titres de propriété intellectuelle.

396. La contestation d'un titre de brevet ou d'une demande de brevet est presque toujours motivée par une allégation d'appropriation illicite ou abusive du savoir-faire traditionnel.

Les communautés traditionnelles qui souhaitent commercialiser et diffuser des éléments de leurs savoir-faire traditionnels peuvent avoir un intérêt plus grand dans l'acquisition positive de droits mais ils peuvent aussi avoir besoin de stratégies défensives. Quelle que soit l'option qu'ils prennent il s'agira juridiquement d'organiser une exclusivité autour de la praticité qu'offre le savoir-faire traditionnel.

Cette organisation d'exclusivité pourra résulter de la destruction de tout titre de propriété à sa phase de constitution : c'est principalement le cas de la destruction de nouveauté et de l'activité inventive en matière de brevet. L'organisation de cette exclusivité peut aussi passer par l'acquisition d'un titre de propriété intellectuelle et sa défense¹⁶¹⁶.

A. La contestation sans titre.

397. Une situation de fait peut très bien faire échec à la constitution d'un brevet. C'est l'hypothèse de la contestation d'un titre de propriété intellectuelle alors que le contestataire (la communauté traditionnelle et/ou l'agent juridique agissant) n'est lui-même pas titulaire d'un titre concurrent. Il s'agit ici d'une défense ponctuelle.

¹⁶¹⁶ Les deux moyens de protection défensive que nous nous apprêtons à étudier présentent entre eux des rapports similaires à ceux qu'entretiennent en droit des biens les actions « pétitoires » et « possessoire ».

1. La contestation d'un droit de propriété intellectuelle par une situation de fait.

398. La protection défensive¹⁶¹⁷ n'entraîne pas l'affirmation de droits de propriété intellectuelle, mais vise plutôt à empêcher des tiers de revendiquer des droits sur des objets qui auraient été détournés¹⁶¹⁸. S'il est vrai que la destruction de nouveauté est une stratégie de propriété intellectuelle pertinente dans tous les domaines de la technologie, ce n'est que tout récemment que l'on s'y est intéressé de près en ce qui concerne les inventions fondées sur les ressources génétiques et sur les savoir-faire traditionnels¹⁶¹⁹. Cela a conduit à l'examen des mesures nécessaires pour mettre les autorités chargées de délivrer les brevets plus à même de recenser l'état de la technique pertinent lors de l'examen des demandes de brevet¹⁶²⁰. Cet état de la technique peut être constitué de savoir-faire traditionnels ou d'informations sur les ressources génétiques. Il est conçu par le PCT comme comprenant : « *tout ce qui a été rendu accessible au public en tous lieux du monde par une divulgation écrite (y compris des dessins et autres illustrations) et qui est susceptible d'aider à déterminer si l'invention dont la protection est demandée est nouvelle ou non et si elle implique ou non une activité inventive (c'est-à-dire si elle est évidente ou non), à condition que la mise à la disposition du public ait eu lieu avant la date du dépôt international.* »¹⁶²¹

399. En droit interne français l'état de la technique est: « *constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date du dépôt de la demande*

¹⁶¹⁷ Dont le mécanisme est ainsi décrit par le Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoirs traditionnels et le folklore (Document WIPO/GRTKF/IC/5/6, juillet 2003 p. 4) : « La protection défensive des innovations est une composante importante des stratégies de propriété intellectuelle pour bon nombre de créateurs et d'innovateurs. Par exemple, les entreprises de recherche-développement peuvent publier des inventions ou d'autres techniques qu'ils ont choisi de ne pas faire protéger par brevet. De cette manière, ils pourront préserver leur droit d'utiliser l'invention à l'encontre de tiers qui souhaiteront ultérieurement demander un brevet pour des inventions similaires ou dérivées. L'information déjà publiée pourra faire partie de l'état de la technique lorsqu'il s'agira de déterminer si une demande de brevet ultérieure est nouvelle ou implique une activité inventive. De même, il sera moins probable qu'un brevet soit délivré qui empêche l'utilisation de la technologie que l'entreprise souhaite utiliser. »

¹⁶¹⁸ Cette distinction a été notée dans les documents WIPO/GRTKF/IC/4/8 (au paragraphe 14) et WIPO/GRTKF/IC/4/3 (au paragraphe 42.ii). Lors des débats de la quatrième session du comité, plusieurs membres ont fait état d'une telle distinction: l'Inde (document WIPO/GRTKF/IC/4/15, paragraphe 74), le Venezuela, (*id.*, paragraphe 94), le Pérou (*id.*, paragraphes 96 et 141), le Brésil (*id.*, paragraphe 103) et la Norvège (*id.*, paragraphe 133). Lors des débats précédents, l'approche défensive était appelée "protection négative" (voir le rapport de la deuxième session, document WIPO/GRTKF/IC/2/16, paragraphe 122, déclaration de la délégation du Venezuela).

¹⁶¹⁹ Voir par exemple, "Défensive Publication" dans le chapitre 4 de "People, Plants and Patents: The Impact of Intellectual Property on Trade, Plant Biodiversity, and Rural Society", The Crucible Group, 1994.

¹⁶²⁰ Voir, par exemple, dans le domaine de l'agriculture, Stephen A., et Henson-Apollonio V., : "Defensive Publishing : A Strategy for Maintaining Intellectual Property as Public Goods", ISNAR Briefing Paper n° 53, ISNAR, septembre 2002.

Dans le contexte de la bioprospection pharmaceutique, voir Ruiz Manuel : "The International Debate on Traditional Knowledge as Prior Art in the Patent System Issues and Options for Developing Countries", CIEL, octobre 2002; et le Centre pour le droit international de l'environnement (CIEL), "Comments on Improving Identification of Prior Art. Recommendations on Traditional Knowledge Relating to Biological Diversity. Submitted to the United States Patent and Trademark Office", 2 août 1999.

¹⁶²¹ Règle 33.1 du règlement d'exécution du PCT (traité de coopération en matière de brevets).

de brevet, par une description écrite ou orale, un usage ou un autre moyen »¹⁶²². Selon qu'il s'agit d'une procédure nationale initiale de demande de brevet ou d'une extension en PCT d'un brevet national, ce ne sera pas seulement le champ des investigations qui va changer. Le point de départ des recherches d'antériorité peut aussi varier, emportant des conséquences non négligeables quant au succès de la procédure engagée.

Il demeure que l'état de la technique s'apprécie au vu de trois éléments que sont : le public, l'accessibilité, la date de l'examen de la nouveauté ; autant d'éléments qu'il faudra plonger dans l'univers particulier du savoir-faire traditionnel. C'est de la combinaison de ces trois éléments que le détenteur originel du savoir-faire traditionnel et/ou son agent juridique devra tenter de tirer l'effet protecteur le plus fort, ceci dans le but d'empêcher la constitution d'un brevet ou de l'anéantir au cas où il serait préconstitué ou en voie de constitution.

C'est justement par le biais d'une action tendant à contester la nouveauté que la première contestation¹⁶²³ de brevet conduite notamment par l'Inde a été menée. Il s'agit du cas du Curcuma¹⁶²⁴ dans lequel le gouvernement indien a pu fonder la « destruction de nouveauté » sur un article de doctrine scientifique qui datait de 1953 alors que le brevet venait d'être délivré en 1995 à deux chercheurs de l'université du Mississippi. Des circonstances de l'affaire il faut retenir qu'en 1995, deux ressortissants indiens du centre médical de l'Université du Mississippi ont obtenu le brevet américain numéro 5.401.504 pour « l'utilisation du curcuma pour soigner des blessures ». A la suite de cette obtention, le Conseil indien de la recherche scientifique et industrielle (*Council of Scientific and Industrial Research- CSIR*) a demandé à l'Office des brevets et des marques des Etats-Unis (USPTO¹⁶²⁵) le réexamen du brevet.

A l'appui de cette demande, le CSIR soutenait que le curcuma était utilisé depuis des centaines d'années pour soigner les blessures et les érythèmes et que son usage médicinal n'était donc pas nouveau. Cette prétention était appuyée par des preuves écrites du savoir traditionnel, dont un texte ancien en sanskrit et un article publié en 1953 dans le journal de l'Association médicale indienne. Malgré les arguments des titulaires du brevet, l'USPTO a admis les objections du CSIR et a révoqué le brevet.

¹⁶²² Article L 611-11 alinéa 2 du CPI. Est également considéré comme compris dans l'état de la technique, le contenu de demandes de brevet français ou de brevet européen ou international désignant la France, telles qu'elles ont été déposées, qui ont une date de dépôt antérieure à celle mentionnée au second alinéa du présent article et qui n'ont été publiées qu'à cette date ou qu'à une date postérieure. » Article L 611-11 alinéa 3 du CPI.

¹⁶²³ Qui s'est révélée coûteuse : 10.000 dollars US de frais de procédure à la charge de l'Etat indien.

¹⁶²⁴ Le curcuma (*Curcuma longa*) est un végétal de la famille du gingembre produisant des rhizomes couleur safran, utilisés comme une épice pour aromatiser la cuisine indienne. Il possède également des propriétés qui en font un ingrédient efficace de médicaments, de produits cosmétiques ou encore de teintures colorées. A titre thérapeutique, il sert généralement à soigner les blessures et les érythèmes.

¹⁶²⁵ *US Patent and Trademark Office*.

Concernant cette affaire, une remarque permet d'éclairer le contexte : il s'agit bien d'une révocation du brevet pour défaut de nouveauté. L'on sait à ce propos, que la position constante des tribunaux et instances des Etats-Unis est de ne considérer les antériorités extérieures au territoire américain que si elles sont contenues dans des écrits. Il aurait donc été vain pour le centre de recherche indien de présenter et de soutenir une antériorité simplement orale.

400. Plus près de nous géographiquement, on peut citer le cas du Margousier¹⁶²⁶ qui s'est soldé par une révocation devant l'Office Européen de Brevet en 2000 du brevet n° EP0436257. Ce deuxième cas de contestation d'un titre de propriété a l'avantage de porter à la fois sur le défaut de nouveauté et le défaut d'activité inventive. L'on retiendra, pour en situer le contexte et la procédure qu'en 1994, l'OEB a délivré le brevet européen numéro EP0436257 à la société américaine W.R. Grace et au ministère de l'Agriculture des Etats-Unis (USDA) pour une « méthode pour combattre les champignons aux plants avec l'huile de margousier extraite hydrophobément ». En 1995, un groupe d'ONG internationales et de représentants d'agriculteurs indiens a déposé une opposition¹⁶²⁷ contre ce brevet. A l'appui de ses allégations, le groupe a présenté des preuves tendant à établir que l'effet fongicide des extraits de graines de margousier était connu et utilisé depuis des siècles dans l'agriculture indienne pour protéger les cultures, et qu'en conséquence, l'invention contenue dans le brevet EP0436257 n'était pas nouvelle. En 1999, l'OEB a jugé que, sur le fondement des preuves, « *tous les éléments de la présente revendication avaient été communiqués au public avant la demande de brevet ... et [le brevet] est donc réputé n'impliquer aucune activité inventive* » ; ce qui a conduit l'OEB à révoquer ledit brevet en 2000.

401. Dans l'affaire du Margousier, à la différence de la procédure américaine ayant conduit à la révocation du brevet portant sur le curcuma, non seulement la nouveauté était contestée mais aussi l'activité inventive. Ce deuxième grief qui était fait au titre de brevet cible, élargit considérablement le champ des possibilités d'utiliser le savoir-faire traditionnel comme moyen d'en obtenir la révocation.

En effet, à la différence de la nouveauté qui doit être « de toutes pièces » et dont l'appréciation par le juge est objective, le contrôle de l'activité inventive fait

¹⁶²⁶ Le margousier (*Azadirachta indica*) est un arbre originaire de l'Inde et d'autres parties de l'Asie du Sud et du Sud-Est. Il est maintenant cultivé dans les tropiques en raison de ses propriétés en tant que médicament, pesticide et engrais naturel. Les extraits de margousier peuvent être utilisés pour lutter contre des centaines d'animaux nuisibles et de mycoses qui attaquent les cultures alimentaires. L'huile extraite de ses graines est employée dans le traitement du rhume et de la grippe et, mélangée au savon, elle apporterait un soulagement à bon prix dans les cas de paludisme, de maladie de peau et même de méningite.

¹⁶²⁷ La procédure d'opposition devant l'OEB est instituée par l'article 99 de la convention de Munich du 5 Octobre 1973. Elle a un caractère contentieux et peut être formée par tout intéressé dans les 9 mois suivant la publication de délivrance du brevet Européen. La procédure est menée par la division d'opposition mais l'opposant et le titulaire sont parties. Les motifs d'une telle procédure sont listés à l'article 100 de la Convention. Il s'agit du défaut de brevetabilité au sens des articles 52 à 57 de la convention, de l'insuffisance de description.

l'objet d'une appréciation subjective et se fonde sur une pluralité de documents et de faits le cas échéant. Relevons cependant qu'ici, ce n'est pas simplement en qualité d'agent juridique que cette action peut être intentée. La procédure de l'opposition est ouverte à toute personne y ayant intérêt. Il n'est donc pas besoin de détenir quelque titre ou de représenter la communauté traditionnelle pour agir. On peut ainsi imaginer un membre de la communauté traditionnelle agissant « *motu proprio* » en opposition. Dans ce cas pèsera sur lui l'obligation négative de ne pas porter atteinte aux intérêts de la communauté traditionnelle¹⁶²⁸.

Il reste que pour détruire la nouveauté, que ce soit par voie d'opposition devant l'OEB ou dans le cadre d'une procédure en annulation, la célèbre formule de la Cour de cassation veut que : « *l'invention se trouve toute entière dans une seule antériorité au caractère certain, avec les éléments qui la constituent, dans la même forme, le même agencement le même fonctionnement en vue du même résultat technique* »¹⁶²⁹. L'invention comprise dans la demande de brevet que l'on entend contester sera donc nouvelle si elle ne se retrouve pas telle quelle dans l'état de la technique. Même si elle comporte des caractéristiques communes avec un savoir-faire traditionnel, il suffit qu'elle en diffère par des caractéristiques communes¹⁶³⁰. La combinaison d'antériorité n'est pas permise¹⁶³¹. Avec cet éclairage, la probabilité qu'une divulgation préventive représente, dans l'absolu, une antériorité « de toutes pièces » est à minorer. Ceci d'autant que la jurisprudence française¹⁶³² comme celle de l'OEB¹⁶³³ excluent la théorie des équivalents¹⁶³⁴ de l'examen de la nouveauté et la cantonnent désormais à celui de l'activité inventive¹⁶³⁵. Cependant, une telle divulgation garde tout son intérêt pour ce qui est des savoir-faire traditionnels, dont la teneur est souvent reprise dans la revendication principale des demandes de brevet.

¹⁶²⁸ Cf. nos développements de sur le déterminant subjectif du savoir-faire traditionnel (chapitre 4 de l 1^{ère} partie de notre étude).

¹⁶²⁹ Cass.com. 12 mars 1996, Thomann/ Thomann *PIBD* 1996, n° 611, III, p. 276.

¹⁶³⁰ Voir dans ce sens la décision de la CRT 3.2.2., 26 février 1990, T. 31587/ DB 1990, II, décision n°10. C'est dans ce sens que va également la Directive de l'OEB, (C.IV.9.1)

¹⁶³¹ Directive de l'OEB (C. IV 7.1)

¹⁶³² CA. Paris, 6 mars 1975, Cosmao, *PIBD* 1975, n° 158, III, p. 418, DB, 1975, III, décision n° 7, *JCP*, éd. G. 1975, II, 19193, note S. Vander-Heym ; *Annales* 1975, n° 2, note J-J *Burst* « pour apprécier la nouveauté du brevet, [...]il n'ya pas lieu de rechercher si le moyen décrit dans l'antériorité constituerait ou non l'équivalent de celui qu'enseigne le brevet. »

¹⁶³³ CRT 3.2.4. 13 mai 1990, T. 517,/90, non publiée, citée par Pollaud-Dulian F., *La brevetabilité des inventions : Etude comparative de jurisprudence France OEB*, IRPI, coll. droit des affaires, t. 16, Litec 1997, p. 90.

¹⁶³⁴ Roubier P., *Traité du brevet d'invention*, T2, N° 144 ; Comparer : Chavanne A., et Burst J-J n° 45 ; Bardehle H., « La prise en compte de la doctrine des équivalents dans le traité d'harmonisation élaboré sous l'égide de l'OMPI », *MITT*, mai 1992, p.133 (résumé au *PIBD*, 1992, n° 530. II. 137).

¹⁶³⁵ Directive C. IV. 7.2. : « *En ce qui concerne la nouveauté, il n'est pas correct d'interpréter l'enseignement d'un document comme englobant les équivalents bien connus qui ne sont pas exposés dans l document : cela est une question d'activité inventive.* »

En revanche, et en ce qui concerne l'activité inventive¹⁶³⁶, où il est question d'apprécier dans quelle mesure l'invention enrichit l'état de la technique, le savoir-faire traditionnel retrouve toute sa pertinence. Les agents juridiques, agissant au nom de la communauté traditionnelle, peuvent, en participant simplement à un faisceau d'éléments, conduire à réfuter l'activité inventive d'une demande de brevet. Si devant le juge français, la nouveauté et l'activité inventive peuvent être invoquées ensemble comme séparément, l'examineur de l'OEB se voit établir une chronologie. Il ne pourra statuer sur l'activité inventive qu'une fois la nouveauté établie¹⁶³⁷.

402. La question principale ici est de savoir si l'invention, telle qu'elle est présentée, est le simple résultat d'opérations courantes à la portée de l'homme du métier. La formule est qu'elle ne doit pas découler de façon évidente de l'état de la technique pour l'homme de l'art, faute de quoi elle n'apporterait rien à l'état de l'art. Dans l'appréciation de cette activité inventive le juge du brevet peut relever comme pertinent des enseignements épars des savoir-faire traditionnels, à condition que ceux-ci soient dans l'état de la technique et accessibles à l'homme du métier. Il ne fait pas de doute que cette possibilité de composer et de combiner¹⁶³⁸ ou de s'inspirer de plusieurs antériorités¹⁶³⁹ est favorable à l'élection d'un savoir-faire traditionnel dans l'appréciation de l'activité inventive conduisant à un brevet.

2. Contestation d'un droit de propriété intellectuelle par une simple demande de brevet.

403. Un autre facteur important concerne le fait qu'une demande de brevet comportant une date de priorité¹⁶⁴⁰ antérieure peut être considérée comme

¹⁶³⁶ **Beier F. K.**, L'évolution historique du concept d'activité inventive, *RDPI*, Avril, 1986, , n° 4, p3 ; **Schmidt-Szalewski, J.**, l'activité inventive, *J-Cl. Brevets*, fasc. 180, 1992 ; **Mousseron J-M., et Vigand P.**, « L'activité inventive selon les chambres de recours de l'OEB », *DB* 1983.

¹⁶³⁷ **Patterson G.**, *The European Patent system*, Sweet & Maxwell, 1992, First supplement 1994, n° 10-01, p. 421.

¹⁶³⁸ CA Paris, 28 juin 1996, PIBD 1996, n° 621, III, p. 583.

¹⁶³⁹ Cass. Com. 15 nove. 1994, PIBD 1995, n° 581, III, p. 51.

¹⁶⁴⁰ La **Convention d'union de Paris de 1883** prévoit en effet un **droit de priorité** pour les brevets d'invention (et les modèles d'utilité, s'il y a lieu), les marques et les dessins et modèles industriels. Ce droit signifie que, sur la base d'une première demande, régulièrement déposée dans l'un des États contractants, le demandeur dispose d'un certain délai (12 mois pour les brevets et modèles d'utilité; six mois pour les dessins et modèles industriels et marques) pour effectuer les démarches nécessaires afin d'obtenir la protection dans n'importe lequel des autres États contractants; dès lors, ces demandes ultérieures seront considérées comme ayant été déposées à la date du dépôt première demande. En d'autres termes, ces demandes ultérieures auront la priorité (d'où l'expression "droit de priorité") sur les demandes qui pourraient avoir déposées entre-temps par d'autres personnes pour la même invention, le même modèle d'utilité, la même marque ou même dessin ou modèle industriel. En outre, étant fondées sur la première demande, elles ne pourront être affectées par aucun événement pouvant se produire dans l'intervalle, tel qu'une publication de l'invention ou la mise en vente d'articles portant la marque ou incorporant dessin ou modèle industriel. L'un des grands avantages pratiques de ces dispositions tient au fait que, lorsqu'un demandeur désire obtenir la protection dans plusieurs pays, il n'est pas obligé déposer toutes ses demandes en même temps, mais dispose de six ou 12 mois pour décider dans quels pays il désire

faisant partie de l'état de la technique pertinent, même si la demande antérieure n'a pas été publiée à la date de priorité de la demande la plus récente. Cette demande peut quand même être considérée comme pertinente pour l'appréciation de la nouveauté de la demande la plus récente. Un brevet non publié est ainsi pris en compte dans la détermination de l'état de la technique contrairement à ce que prévoit par exemple le PCT qui exige que l'invention ait fait l'objet d'une divulgation écrite. Une telle possibilité d'étendre le champ d'investigation en matière de détermination de la nouveauté pour y inclure les demandes non publiées fournit à tout le moins l'indice que même dans ce domaine, la fiction juridique permet de pallier les imperfections de situations de fait juridiquement protégeables. En effet, si l'on devait se plier à une définition stricte de la divulgation qui implique obligatoirement une mise à la disposition du public, il serait impossible d'admettre qu'une demande non publiée fasse partie de l'état de la technique.

Ici, ne semble plus être en cause, le moyen de la divulgation qui se décline entre divulgation écrite et divulgation orale selon que l'on se situe en droit interne français¹⁶⁴¹ ou en droit du PCT par exemple. C'est l'exigence de mise à disposition du public qui est anéantie. Une invention encore confidentielle peut produire un effet destructeur dans la recherche de l'activité inventive d'une demande de brevet ultérieure. Le simple dépôt produit les effets d'une publication. Ceci conduit à envisager une distinction entre l'acte technique de la publication tel qu'il peut intervenir dans une procédure de brevet et la divulgation dont il est question à l'étape de la recherche de la nouveauté de l'invention brevetable. L'un est un acte technique alors que l'autre est le constat d'une publicité donnée au contenu de l'invention. Il reste que le fait de faire produire effet à une invention ou information restée encore confidentielle est un précédent qui, malgré ses paramètres spécifiques ne manquera pas d'inspirer la recherche d'une protection négative efficace des savoir-faire traditionnels où par définition, il n'existe aucun titre de propriété intellectuelle préconstitué.

Dans l'hypothèse analysée ci-dessus, un fait en l'occurrence, la « publication » du contenu de l'invention, s'oppose à la constitution d'un droit. Il est d'autres situations où ce sont des droits qui s'opposent à la constitution de droits concurrents quoique parfois d'une autre nature.

s'assurer une protection et pour organiser, avec tout le soin nécessaire, démarches à entreprendre à cet effet.

¹⁶⁴¹ Les modalités juridiques dans ce domaine varient cependant considérablement d'un pays à l'autre. Ainsi et selon les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, une description orale de l'invention constituée par le savoir-faire traditionnel serait de nature à empêcher une demande ultérieure de brevet à condition que cette description ait été de nature à communiquer ladite invention au public.

B. La contestation par la propriété : contestation par titre.

404. La protection positive entraîne l'affirmation active de droits de propriété sur l'objet protégé en vue d'empêcher des tiers d'avoir recours à des formes spécifiques d'utilisation du matériel ou du savoir-faire traditionnel protégé. Dans ce second cas comme dans celui de la protection défensive examinée plus haut, il existe un élément d'exclusion¹⁶⁴². Cette volonté d'exclusion est l'une des manifestations principales du droit de propriété que les détenteurs de savoir-faire traditionnels ont sur les biens objet de la contestation. Elle peut aussi être la traduction de l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle traditionnel relevant d'un régime *sui-generis*.

1. La confrontation entre droit de propriété et droit des brevets.

405. La situation ici est celle où le droit défendu ne serait qu'un simple droit de propriété portant sur le savoir-faire traditionnel dont nous avons démontré la qualité de *res*¹⁶⁴³. La deuxième est celle où le droit défendu est un droit de propriété intellectuelle traditionnel ou *sui generis*. La troisième est celle enfin où la demande de brevet ne sert qu'un seul but, celui d'ôter à toute personne tierce ou concurrente, la possibilité de demander et d'obtenir un droit exclusif sur le savoir-faire traditionnel en question.

La défense du savoir-faire traditionnel par le droit commun de la propriété met à jour une double réalité qui ne semble pouvoir se résorber que dans l'application du droit de possession personnelle antérieure.

Le premier enseignement de la confrontation entre le droit de propriété de l'article 544 du Code civil reconnu à la communauté traditionnelle et la prétention concurrente de tout tiers à utiliser le savoir-faire traditionnel est la particulière faiblesse du pouvoir d'interdire qui y serait attaché. Cette situation est d'autant moins normale que même la conception moderne du droit de propriété qui l'assimile à un pouvoir d'exclusivité¹⁶⁴⁴, semble inapte à en rendre compte. Ce n'est

¹⁶⁴² Dans la protection positive, il s'agit de l'exclusion de l'utilisation non autorisée des savoirs traditionnels. Dans la protection défensive en revanche, il s'agit de l'exclusion de la revendication par un tiers de droits de propriété intellectuelle visant les savoirs traditionnels. Cette distinction est importante pour préciser l'intention des parties à un procès lorsqu'ils ont recours au système de propriété intellectuelle. Dans certains cas, les détenteurs de savoirs traditionnels ont été plus préoccupés par l'utilisation offensive de leurs savoir-faire traditionnels par des tiers que par la possibilité de les exploiter eux-mêmes sur le plan commercial.

¹⁶⁴³ Conf. Titre 2 de la 1^{ère} partie de cette étude.

¹⁶⁴⁴ Voir, pour un illustration de cette conception du droit de propriété : *Atias C., Droit civil : les biens*, 5^{ème} édition, Litec, 2000, p. 77 où l'on peut lire : « *L'attribution d'une chose en propre, à une personne, caractérise la propriété. Elle seule supprime toute concurrence sur la chose dont elle est l'objet : c'est*

cependant là qu'une apparence qui ne remet pas en cause la nature du droit. La distinction doit être faite entre l'efficacité ou la vigueur d'un droit et son existence. Le droit d'exclusivité existe bel et bien c'est simplement le pouvoir qui résulte de ce droit qui se trouve momentanément et partiellement amoindri.

Tirer moyen du droit commun de propriété peut cependant permettre de fonder une prétention à participer aux bénéfices pouvant découler de cette exploitation induite.

406. Quoiqu'il en soit et quelle que soit la nature du droit concurrent, ce dernier ne semble pas en mesure de l'emporter sur le droit de propriété même si ce dernier montre de son côté des faiblesses inhabituelles¹⁶⁴⁵.

L'impossibilité pour le bénéficiaire du droit commun de la propriété de s'opposer efficacement à l'exploitation par une autre personne ; l'inaptitude corrélative de ce dernier, quel que soit le droit ou le titre qu'il excipe, à faire cesser l'utilisation que la communauté traditionnelle peut avoir du savoir-faire en question rapproche la situation observée de celle du **droit de possession personnelle antérieure**¹⁶⁴⁶. Cette limitation du monopole du breveté résulte des dispositions de l'article L 613-7 du CPI qui dispose : « *toute personne qui, de bonne foi, à la date du dépôt de priorité d'un brevet, était, sur le territoire où le présent livre est applicable, en possession de l'invention objet du brevet a le droit, à titre personnel d'exploiter l'invention malgré l'existence du brevet* ». Le droit reconnu par cet article n'est pas transmissible entre personnes physiques et ne peut en tout état de cause l'être que dans le cadre bien limité d'un fonds de commerce. Les conditions de reconnaissance en sont par ailleurs strictes¹⁶⁴⁷.

Ce droit de *pseudo possession personnelle antérieure* traduit le *continuum* qui existe entre le droit commun des biens et le droit de la propriété intellectuelle¹⁶⁴⁸

cette caractéristique particulière qui la définit dans sa réalité profonde aussi bien qu'en technique juridique ». Zenati, F., Pour une rénovation de la théorie de la propriété, RTDCiv., 1993, 305.

¹⁶⁴⁵ Prenant ainsi à contre-pied les craintes du Pr. Caron (« Droit commun des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », JCP G, 22 sept. 2004, p. 1625) certes relatives au droit de la propriété littéraire et artistique, mais transposable *mutatis mutandis*, lorsqu'il écrit : « *il serait possible de citer licitement un œuvre de l'esprit mais pas une création banale protégée par l'article 544 du code civil.* »

¹⁶⁴⁶ Sur la notion de possession personnelle antérieure, et sans être exhaustif, voir: Galloux, J-C., *Le droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2000, p. 155, n° 438. L'auteur y souligne entre autres effets de ce droit, celui de mettre son titulaire à l'abri de toute action en contrefaçon, c'est -à dire dans une sorte d'immunité vis à vis de tout droit concurrent régulièrement constitué.

¹⁶⁴⁷ Il doit tout d'abord s'agir d'une véritable possession. Ceci veut dire que la personne revendiquant le bénéfice de l'article L 613-7 du CPI doit avoir pleine connaissance de l'enseignement technique considéré. Malgré une certaine jurisprudence en ce sens (Paris 7 nov. 1966, Ann. Prop. Ind. 1967, p. 53.) il n'est pas exigé une exploitation de la connaissance. L'objet de la possession et celui de l'invention doivent être identiques.

Une possession antérieure personnelle ne confère aucun droit si elle se réalise hors de France (principe de territorialité oblige).

¹⁶⁴⁸ Caron Chr. « Droit commun des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », JCP G, 22 sept. 2004, p. 1623-1626 ; voir aussi, et sans prétention d'exhaustivité : Raynard J., « Propriétés intellectuelles, un pluriel bien singulier », in *Mélanges offerts à JJ Burst*, Litec 1997 p. 527 et s ; Mousseron J-M, Valeurs, biens, droits, in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz 1991p. 277 ; Mousseron J-M ; Raynard J. et Revet Th. « La propriété comme modèle in *Mélanges A Colomer* ; Litec 1993 p. 281. Voir enfin et pour la genèse de l'affirmation : Renouart A-Ch. *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, Paris 1860.

tout en soulignant les risques de l'entreprise. En effet, l'importation dans le domaine de la propriété intellectuelle de mécanismes relevant du droit commun des biens est redoutée par certains auteurs pour qui: « *Si les mécanismes fondamentaux du droit des biens existent au sein du droit de la propriété intellectuelle, il peut être dangereux que l'appropriation de l'immatériel se développe en dehors du code de la propriété intellectuelle* »¹⁶⁴⁹

Si, pour le Pr. CARON, il n'est pas question de nier l'existence de ce *continuum* entre droit commun et droit spécial de la propriété, il semble inévitable que cette « conception anamorphique des biens »¹⁶⁵⁰ conduira à une réadaptation du contenu du droit de propriété. C'est ici une incitation à évoluer vers une conception « *désomatisée* »¹⁶⁵¹ des biens en ce qu'elle bannit avec plus ou moins de succès les frontières entre biens corporels et biens incorporels, entre biens matériels et immatériels; exprimant ainsi, une volonté d'émancipation, d'affranchissement qui finira par refonder le droit des biens sur des dénominateurs communs aujourd'hui encore considérés comme inexistantes ou seulement inopérants. La même nécessité s'est imposée à Samuel BECQUET pour qui : « *Il existe une possibilité d'envisager les choses de manière unitaire, par delà leur caractère de matérialité ou d'immatérialité ce dernier aspect ne particularisant la chose qu'au regard d'un domaine particulier d'existence* »¹⁶⁵². Si l'on se refuse à une telle évolution, le risque est grand que le droit commun se montre plus vigoureux que le droit spécifique de la propriété industrielle, ôtant ainsi à ce dernier sa pertinence pourtant patiemment construite¹⁶⁵³. La réappropriation progressive des biens immatériels par l'article 544 du Code civil est irréversiblement enclenchée depuis les travaux du Pr. Thierry REVET¹⁶⁵⁴, récemment déclinés à travers une étude de la spécification¹⁶⁵⁵ par Samuel BECQUET qui a permis à ce dernier de fonder au delà de toute critique définitive, la notion de « bien industriel »¹⁶⁵⁶.

¹⁶⁴⁹ Caron C., « Droit commun des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », précité p.1626 .Voir sur le thème de la prudence et de la circonspection : Bergé J-S., « Entre autres droits, la propriété intellectuelle » ; *Propriétés intellectuelles* 2002, n° 4, p. 9.

¹⁶⁵⁰ Une conception affranchie des formes.

¹⁶⁵¹ Du grec *Sôma* =corps V° le terme Dictionnaire étymologique du français, les usuels du Robert, 1990, p. 621.

¹⁶⁵² Becquet S., Le bien industriel, Bibl. de Dr. Pr. Tome 448, 2005, p. 65.

¹⁶⁵³ Il est utile de rappeler dans ce sens l'un des fondements incontestés du régime de la propriété intellectuelle, la spécificité incorporelle de son objet en général, et pour ce qui est du droit des brevets en particulier, « le contrat social » qui crée un monopole temporaire au bénéfice du breveté (Sur la critique de cette conception contractuelle du droit du brevet d'invention, V.Mousseron J-M., *Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention*, LGDJ, 1969).

¹⁶⁵⁴ Revet, Th., *La force de travail, Etude juridique*, Bibl. dr.ent. T. 28, Pref. F. Zénati, Litec, 1992. Plus récemment, l'éminent auteur, avec une prudence et une objectivité bien scientifiques reconnaissait que « la catégorie des **produits de la pure activité humaine** n'est pas encore consacrée par le code ni par aucune loi civile générale non codifiée. Elle est en émergence et n'existe donc formellement, que dans l'ordre des écrits savants qui s'efforcent de mettre à jour les phénomènes nouveaux, importants et durables en les présentant sous des traits normatifs qui permettront leur intégration positive » (Revet Th. RTDCiv Janvier/ mars 2005, p. 165). Une telle déclaration préalable n'empêchera cependant pas l'auteur de soutenir vigoureusement l'idée que « tout produit de l'activité humaine constitue un bien » (loc.cit.p.164.)

¹⁶⁵⁵ Ce mécanisme qui fait l'objet des articles 570 à 572 du code civil, est destiné à régler le sort de la chose nouvelle, née de la transformation d'une chose préexistante. Mécanisme connu et déjà controversé à Rome

407. Le droit de possession personnelle antérieure, mécanisme général du droit des brevets français a été spécifiquement évoqué relativement aux savoir-faire traditionnels et aux ressources génétiques à travers ce qu'il est convenu d'appeler : **l'exception d'utilisation traditionnelle**¹⁶⁵⁷. Cette exception se conçoit comme : le droit que gardent les détenteurs originels des savoir-faire traditionnels de continuer à utiliser ces derniers même dans le cas d'une délivrance de brevet à une personne tierce sans que cela constitue un acte de contrefaçon. L'importation du mécanisme n'est, en réalité, que partiel car les conditions d'existence du droit de possession personnelle antérieure ne sont pas toutes réunies. Si l'existence de la possession d'une part, et la territorialité¹⁶⁵⁸ qui en limite l'invocabilité et les effets d'autre part, ne font pas l'objet d'un débat particulier, tel n'est pas le cas du caractère personnel que doit revêtir cette possession. En effet, l'un des enseignements de la première partie de cette étude est que le savoir-faire traditionnel est le résultat d'une transmission et que la possession dont elle peut faire l'objet peut résulter soit de cette transmission ou alors d'une élaboration personnelle. Cette dernière hypothèse, bien que rare, n'est pas impossible. Il faut donc en prendre acte. Ceci ne bat pas totalement en brèche ce qu'il convient d'appeler, afin de mieux en saisir la substance, la « **possession populaire antérieure** ». Alors que dans le mécanisme de la possession personnelle antérieure, il est nécessaire que cette possession soit l'expression d'un secret, en ce sens qu'elle « *doit avoir pour origine le travail propre de celui qui l'invoque* »¹⁶⁵⁹; celui de l'exception d'utilisation traditionnelle ignore totalement une telle exigence et attache les mêmes effets à une possession qui ne traduit qu'un secret tout à fait relatif. Malgré cette relativité, les utilisateurs traditionnels « possesseurs » se trouvent en mesure de se mettre à l'abri de toute action en contrefaçon. Les deux mécanismes se recoupent ainsi sur l'effet protecteur qu'ils offrent.

L'effet principal de l'exception d'utilisation traditionnelle, la protection de la communauté traditionnelle contre toute action en contrefaçon, souligne le rapprochement des deux mécanismes. Ce rapprochement est cependant cantonné à

(Sur les débats et la controverse, voir: E. Guibal, *L'influence de la philosophie sur le droit Romain*, Thèse Montpellier, 1937, spec. p. 196; Voir également E. Vernay, *Servius et son école*, thèse Lyon, 1909; B. Cohen, « *Concerning Jewish and Roman Law: Specification in Jewish and Roman Law* » in *Revue Internationale des droits de l'antiquité*, 1958, p. 226, il a été quelque peu délaissé par le code civil et ses commentateurs. La doctrine contemporaine ne semble pas non plus lui avoir fait un sort enviable, à l'instar des Prs. Malurie et Aynès pour qui : « *toutes les règles sur l'accession mobilière qui n'ont valeur que d'exemple pour le juge, sont du droit mort, jamais appliqué* » (Malaurie Ph. Et Aynès L., *Droit civil: Les biens, la publicité foncière*, ed. Cujas, n° 441). Il aura fallu attendre les défis de l'appropriation des biens corporels, puis incorporels pour que la pertinence de la spécification tant que mécanisme de droit civil (Mousseron J-M. « Valeurs, biens, droits », In *Mélanges A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, n°12; « L'évolution du droit de la propriété industrielle », in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3èmes journées, R. Savatier, PUF, 1991, p.157, spec. p. 164)).

¹⁶⁵⁶ Becquet, S., *Le bien industriel*, th. Paris 1, Bibl. dr. pr. LGDJ, 2005 précité.

¹⁶⁵⁷ C'est nous qui qualifions.

¹⁶⁵⁸ Territorialité réaffirmée en droit français par La Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 18 février 1986; *Ann. Propr. Ind.* 1987, p.113

¹⁶⁵⁹ Galloux J-Ch., *Droit de la propriété industrielle*, op. Cit. p. 154, n° 437.

la sphère des effets et ne concerne nullement celles des conditions de constitution. Ainsi, lorsque la jurisprudence française très tôt¹⁶⁶⁰, étend le bénéfice de la protection contre toute action en contrefaçon à l'associé du possesseur, de même qu'à ceux qui se situent en aval de la personne juridique originellement protégée¹⁶⁶¹, l'on ne peut s'empêcher de rapprocher ces extensions de protection de la situation qui prévaut au sein d'une communauté traditionnelle lorsque est invoquée l'exception d'utilisation traditionnelle. Quel que soit le droit qu'il s'agit de combattre, le savoir-faire traditionnel semble définitivement inapte à interdire l'usage traditionnel des connaissances disputées, que ce dernier usage soit commercial ou non.

Il en est autrement de sa capacité à être protégée par les dispositions de la Convention EDH, notamment l'article 1 du 1^{er} Protocole additionnel.

A l'occasion de l'affaire *British-American Tobacco Company Ltd c. Pays-Bas* du 23 Octobre 1995¹⁶⁶², la Cour EDH a pu estimer, désavouant en cela la Commission EDH, qu'il ne s'imposait pas de « ... de décider, (...), si oui ou non la demande de brevet déposée par la société requérante constituait un "bien" entrant dans le domaine de la protection accordée par l'article 1 du Protocole n° 1 ». Une telle position de la Cour concernant la reconnaissance de qualification de bien pour une simple demande de brevet, semble avoir largement évolué, spécialement à la suite de l'arrêt *Anheuser-Busch contre Portugal* du 11 janvier 2007.

Certes, l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel avait vu son champ d'application considérablement s'agrandir à la faveur d'arrêts tel que : . Cette disposition a, par ailleurs, considérablement profité du concept autonome d'« *espérance légitime* »¹⁶⁶³. L'arrêt du 11 janvier 2007, nous semble marquer un pas supplémentaire dans la réification d'une simple demande de titre de propriété industrielle, en l'occurrence, une marque sans pour autant faire reposer cette réification sur la notion d'espérance légitime.

A l'origine de l'affaire se trouvait, une requête dirigée contre la République portugaise et dont une société anonyme de droit américain, *Anheuser-Busch Inc.*, a saisi la Cour de Strasbourg le 23 juillet 2001 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. La société Américaine une violation de son droit au respect des biens en raison du fait qu'elle avait été privée du droit d'utiliser une marque commerciale, en l'occurrence, la

¹⁶⁶⁰ CA. Lyon, 31 mars 1927, *Ann. Propr. Ind.* 1929, p. 166.

¹⁶⁶¹ CA. Lyon 25 mai 1960, *Ann. Propr. Ind.* 1961, p. 11.

¹⁶⁶² Requête n° 46/1994/493/575, paragraphe 91. La question tranchée dans cette affaire se rapportait à la violation de l'article 6§1 instituant le droit à un procès équitable.

¹⁶⁶³ Voir sur cette notion l'arrêt ce la Cour EDH *LE CARPENTIER contre la France* du 14 février 2006, requête n° 67847-01 disponible su le site de la Cour DEH ; RDC juillet 2006, p. 879 observations A. Debet ; PA 3 mai 2006, p. 12, Observations E. Garaud, RTDCiv. 2006, p. 261, observations J-P Marguénaud ; D 2006, Actualité jurisprudentielle p. 717, Observations C., Rondey.

marque *Budweiser*. Après avoir été déboutée le 11 octobre 2005 par une chambre de la deuxième section, la requérante a demandé un renvoi devant la Grande Chambre.

La requérante, après avoir pendant plus d'un siècle exploité la marque *Budweiser* au Etats-Unis, décide de s'attaquer au marché européen en commençant par le Portugal. Elle se heurta alors avec une société Tchèque qui exploitait une bière du même nom. La question de l'antériorité de l'utilisation de ce nom est sujette à discussion et la commercialisation aux Etats-Unis fait l'objet d'un accord entre les parties que sociétés qui n'est pas contesté.

Dès la demande d'enregistrement d'une marque faite par Anheuser-Busch Inc, il y eut une réclamation de la part de la société Tchèque devant l'institut National de la Propriété intellectuelle portugais. Les tentatives de règlement amiables de ce différend furent un échec. Il en résultat une action judiciaire victorieuse d'Anheuser-Busch Inc, qui contesta la qualité d'indication de provenance¹⁶⁶⁴ à l'appellation *Budweiser Bier*.

A la suite de cette annulation, l'INPI, par une décision du 20 juin 1995, publiée le 8 novembre 1995, procéda à l'enregistrement au nom de la requérante de la marque commerciale *Budweiser*, malgré une réclamation préalable formée par la société Tchèque dans le cadre de la procédure administrative d'enregistrement.

Pour la Cour d'Appel de Lisbonne qui eut à connaître de cette affaire, il n'y avait pas de risque de confusion entre la marque *Budweiser* et l'appellation revendiquée par la société Tchèque. En revanche, elle conclut à l'annulation de la marque au motif que l'enregistrement de cette dernière est contraire à l'accord de reconnaissance intervenu entre le Portugal et la Tchécoslovaquie.

La Cour EDH, pour sa part, relève l'autonomie de la notion de « bien » évoquée à la première partie de l'article 1 du Protocole n° 1 et s'affranchit¹⁶⁶⁵ de la qualification retenue le 10 mai 2001 par la Cour d'appel de Lisbonne qui a décidé que « *le simple dépôt de la demande d'enregistrement conférait au demandeur une « espérance juridique » (expectativa jurídica) méritant la protection du droit* »¹⁶⁶⁶. La notion « *d'espérance légitime* »¹⁶⁶⁷ n'était pas applicable selon la Cour EDH. Cependant, elle retenu l'applicabilité de l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel à la situation qui lui était déférée tout en concluant à la non violation de la Convention EDH.

¹⁶⁶⁴ Telle qu'elle peut résulter de l'Arrangement concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international a été signé à Lisbonne le 31 octobre 1958, révisé à Stockholm le 14 juillet 1967 et modifié le 28 septembre 1979.

¹⁶⁶⁵ *Iatridis c. Grèce*, § 54, *Beyeler c. Italie*, § 100, arrêts précités et *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, § 129, CEDH 2004.

¹⁶⁶⁶ A la différence de la chambre qui distingue nettement entre « espérance légitime » et un « simple espoir d'obtenir la marque » (Paragraphe 49 et 78 de l'Arrêt)

¹⁶⁶⁷ Au grand regret des juges Caflisch et Cabral Barreto qui ont déploré cette option dans leur opinion dissidente. Voir sur la notion d'espérance légitime : Cour EDH *Pine Valley Developments Ltd. et autres c. Irlande*, série A n° 222

De ce fait, la grande chambre accepte qu'une « potentialité » soit protégée au titre de la disposition conventionnelle visée. Une telle analyse est particulièrement favorable à la protection des savoir-faire traditionnels alors même que la protection par le droit de propriété ou celle par le droit des brevets, sont, en l'état actuel du dogme de l'appropriation, encore incertains d'application. La Cour s'est simplement demandée « *si les circonstances de l'affaire, considérées dans leur ensemble, ont rendu la requérante titulaire d'un intérêt substantiel protégé par l'article 1 du Protocole n° 1* »¹⁶⁶⁸. Il convient de trouver là l'illustration de ce que la Convention EDH a vocation à embrasser peu à peu les aspects économiques de la protection des savoir-faire traditionnels.

2. Confrontation entre droit de propriété intellectuelle traditionnelle et droit des brevets.

408. Une prérogative juridique peut permettre au détenteur de savoir-faire traditionnel de combattre les prétentions adverses quels que soient leurs fondements : il s'agit des droits *sui generis* institués par les différentes législations nationales et régionales. Ces législations spéciales dans leur grande majorité dotent leurs titulaires de pouvoirs d'exclusion assez vigoureux.

La plupart de ces législations nationales *sui generis* organisent une protection du savoir-faire traditionnel à partir de leur enregistrement. En effet, les systèmes existants reposent sur plusieurs modèles, concernant les formalités en tant que critère de la protection : ils peuvent prévoir expressément l'enregistrement du savoir comme condition de la protection ; porter création de registres ou de bases de données, mais sans en faire une condition de l'acquisition de droits ; ou prévoir que la protection ne requiert aucune formalité. Dans la protection du savoir-faire, il y a, certes, des arbitrages à faire entre la prévisibilité et la clarté juridiques, d'une part, et la souplesse et la simplicité, d'autre part. Un système fondé sur l'enregistrement assurerait une meilleure prévisibilité et faciliterait l'application concrète des droits. Cela peut supposer que les détenteurs de savoir-faire traditionnels doivent accomplir certaines démarches, éventuellement dans un laps de temps défini, pour ne pas risquer de perdre le bénéfice de la protection ; il peut en découler des difficultés pour les communautés qui ne disposent pas des ressources ni des compétences requises pour entreprendre les démarches juridiques nécessaires. La tendance majoritaire, exprimée lors de la 10^{ème} session du Comité intergouvernemental de l'OMPI, considère qu' : « *un système sans formalités présente l'avantage d'instaurer une protection automatique et l'existence du droit ne suppose pas de ressources ni de compétences supplémentaires* ».

¹⁶⁶⁸ Paragraphe 75 de l'Arrêt.

La constitution de ce droit privatif est donc indifférente à une procédure de délivrance comme l'on peut en voir, en ce qui concerne le droit des brevets. Peut-on d'ailleurs parler de constitution de droit ? Le terme plus adéquat, ne serait-il pas déclaration de droit ?

409. Peut-on imaginer un savoir-faire traditionnel qui fasse l'objet d'un droit privatif *sui generis* et d'un droit de brevet par exemple ? Il n'est pas besoin de recourir aux conditions de constitution ou de déclaration des différents droits en concurrence pour résoudre la difficulté. La simple chronologie des demandes ou de l'enregistrement peut permettre d'esquisser une réponse à cette question. Une demande de brevet qui serait postérieure à l'enregistrement du savoir-faire traditionnel serait battue en brèches pour manque de nouveauté ou pour manque d'activité inventive. En revanche, une demande de brevet qui intervient avant l'enregistrement du savoir-faire traditionnel est encore susceptible d'aboutir à la délivrance d'un brevet¹⁶⁶⁹. Ce qui précède, nous permet d'envisager la situation suivante où coexisteraient un droit de brevet, dont la durée est limitée, et qui porterait sur le savoir-faire traditionnel, d'une part, et un droit de propriété intellectuelle *sui generis*, dont la durée est attachée au caractère traditionnel du savoir-faire en question, existerait aussi sur le même savoir-faire, d'autre part.

Cette apparente contradiction où l'on retrouve un seul bien, objet de deux droits concurrents appartenant à deux personnes distinctes, s'explique par le fait que les législations *sui generis* sont, dans la plupart des cas, des droits composites¹⁶⁷⁰. Il ne s'agit pas simplement d'un droit d'interdire comme c'est le cas du brevet. C'est aussi un droit au bénéfice des avantages pouvant découler de l'exploitation. D'un autre côté, le droit que le titulaire du brevet tire de son titre, ne peut l'autoriser à interdire l'utilisation traditionnelle de ce savoir-faire. C'est l'illustration de ce que nous avons appelé plus haut « exception d'utilisation traditionnelle » et qui a été réaffirmée par le Comité Intergouvernemental de l'OMPI lors de sa 10^{ème} session le 8 décembre 2006, comme un principe de la protection des savoir-faire traditionnels¹⁶⁷¹.

¹⁶⁶⁹ Nous privilégions ici à dessein l'hypothèse où l'état de la technique est composée de documents écrits et où l'analyse de l'activité inventive n'a pas permis de révoquer le brevet.

¹⁶⁷⁰ Voir article 2 du PROJET DE DISPOSITIONS RÉVISÉES RELATIVES À LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS: OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE ET PRINCIPES FONDAMENTAUX : « *La protection ne doit pas nécessairement revêtir la forme de droits de propriété exclusifs bien que de tels droits puissent, le cas échéant, être accordés aux détenteurs individuels ou collectifs de savoirs traditionnels - notamment dans le cadre de systèmes de droits de propriété intellectuelle existants ou adaptés à cet effet - en fonction des besoins et des choix des détenteurs des savoirs en question et conformément aux lois et politiques nationales ainsi qu'aux obligations internationales.* » Document WIPO/GTRKF/IC/10/5, page 28.

¹⁶⁷¹ « *La protection accordée en dehors du contexte traditionnel ne doit pas être en conflit avec l'accès coutumier aux savoirs traditionnels ni avec leur usage et leur transmission coutumiers, et doit respecter et renforcer ce cadre coutumier. Si les détenteurs de savoirs traditionnels le souhaitent, la protection doit promouvoir l'utilisation, le développement, l'échange, la transmission et la diffusion des savoirs traditionnels par les communautés concernées, conformément à leurs lois et pratiques coutumières, compte tenu de la diversité des situations nationales. Aucune utilisation novatrice ou modifiée des savoirs traditionnels au sein de la communauté qui les a élaborés et maintenus en vigueur ne saurait être*

410. Une façon plus conflictuelle d'envisager la situation serait de faire appel à l'agencement des normes tel qu'il est proposé par la délégation Suisse dans les modifications envisagées de l'article 27 de l'ADPIC et qu'il ressort, entre autres, des travaux du comité intergouvernemental de l'OMPI.

Ce dernier pose le double principe suivant : « *Les modalités de la protection des savoirs traditionnels doivent être compatibles avec les objectifs d'autres instruments et processus internationaux et régionaux pertinents, et ne doivent pas porter atteinte à des droits et obligations particuliers déjà codifiés ou établis par des instruments juridiques contraignants et le droit coutumier international* ». ¹⁶⁷²

Malheureusement, il poursuit en précisant que rien, dans les principes qu'il adopte : « *ne saurait être interprété comme ayant une incidence sur l'interprétation d'autres instruments ou le travail d'autres instances qui s'occupent du rôle des savoirs traditionnels dans leurs domaines d'action respectifs, notamment du rôle des savoirs traditionnels dans la conservation de la diversité biologique, la lutte contre la sécheresse et la désertification ou l'application des droits des agriculteurs reconnus par les instruments internationaux pertinents et régis par les législations nationales* ». ¹⁶⁷³

Ainsi, c'est le texte le plus spécifique qui semble devoir être préféré, d'autant que la légitimité d'un tel texte ne sera pas remise en cause si l'on adopte le critère d'appréciation suggéré par le Pr. Jean-Louis GOUTAL, et qui consiste à « *examiner la pertinence de la propriété intellectuelle par rapport à l'état de développement économique et social d'un pays ou d'un groupe de pays* » ¹⁶⁷⁴

L'analyse de la légitimité repose selon l'auteur ¹⁶⁷⁵, sur l'idée selon laquelle : « *Un système de propriété intellectuelle n'est légitime que s'il est bénéfique pour la société au sein de laquelle il est en vigueur, parce que la propriété intellectuelle n'est pas une fin en soi mais seulement un moyen de développer l'économie, la culture, et finalement le bien-être de la société* » ¹⁶⁷⁶

411. Un autre type de contestation peut correspondre classiquement à la défense d'un droit de brevet obtenu régulièrement dans le cas où le savoir-faire traditionnel s'y prête. Cette hypothèse ne retiendra pas longtemps notre

considérée comme un usage offensant si cette communauté s'identifie à cette utilisation ou à toute modification qu'elle suppose ». Document WIPO/GTRKF/IC/10/5, page 28, Principe h)

¹⁶⁷² *Idem*

¹⁶⁷³ *Idem*, p. 29

¹⁶⁷⁴ Goutal, J-L., « Légitimité de la propriété intellectuelle : Perspective internationale », in *La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens*, Litec/IRPI, Coll. droit des aff., Février 2006, p. 28.

¹⁶⁷⁵ Suivi en cela et seulement pour ce qui est du droit des brevets par les Prs. Vivant et Storwel. voir discussions in *La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens*, Litec/IRPI, Coll. droit des aff., Février 2006, p.40 et 41.

¹⁶⁷⁶ Goutal J-L., op. cit. p. 29. Voir pour une illustration de l'idée de légitimité de la propriété intellectuelle, Le rapport Barton de la IPR commission disponible entre autres sur www.iprcommission.org. Voir surtout la présentation de ce rapport fait par le Pr. Goutal à la revue *Propriétés intellectuelles*, nov. 2003, p. 8 sous le titre : « Propriétés intellectuelles et développement : la remise en cause de notre modèle ».

attention¹⁶⁷⁷. Il convient néanmoins de mentionner que le demandeur d'un tel brevet ne peut être qu'un agent juridique s'il agit « au nom et pour le compte » de la communauté traditionnelle. En cette qualité, la décision d'initier une contestation doit être doublement fondée : à la fois dans l'intérêt de la communauté traditionnelle, et aussi pour la défense du droit privatif qui découle du titre de propriété intellectuelle. Doit-on pour autant introduire une hiérarchie dans ces intérêts ? Quid par exemple d'un conflit entre l'intérêt de la communauté traditionnelle et la défense pure et simple du titre de propriété intellectuelle. Il nous semble que l'on doive privilégier l'intérêt clairement exprimé de la communauté traditionnelle pour retrouver une expression franche du contrôle dont est susceptible l'agent juridique dans l'exercice du pouvoir qui lui est confié.

412. Les différentes sortes de contestation qui viennent de faire l'objet de notre attention peuvent soit aboutir à une impuissance réciproque entre la personne contestée et la personne qui conteste¹⁶⁷⁸ soit à un anéantissement de toute prétention légitime des tiers à constituer valablement un droit de brevet sur les savoir-faire traditionnels en question.

Cependant, la contestation d'un brevet par les moyens évoqués n'est pas toujours promise à un succès certain. Ce qui fait que si le titre est déjà acquis par une autre personne en violation des intérêts et droits des détenteurs de savoir-faire traditionnels, les conséquences d'une contestation éventuelle ne peuvent s'analyser qu'en termes de risques.

Paragraphe 2. Les conséquences de la contestation.

423. Ce ne seront pas ici les effets de la contestation qui feront l'objet de notre analyse. Ceux-ci ont été envisagés en termes d'anéantissement du brevet ou de destruction, à l'égard de tous, de la nouveauté. Ce sont plutôt les conséquences, c'est-à-dire les implications de la contestation. Celles qui peuvent être considérées du point de vue de la contestation pure du droit comme incidentes.

Ces conséquences peuvent être cernées à travers une notion de risque juridique. Que ce soit pour la personne contestataire comme pour la personne contestée, la contestation en tant que telle est introductrice de risques.

¹⁶⁷⁷ Voir simplement sur ce point : l'article L 613-3 du CPI : « *sont interdites à défaut du consentement du propriétaire du brevet, la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit objet du brevet.* »

¹⁶⁷⁸ C'est le cas où le droit de propriété de l'article 544 du code civil combat un droit de propriété intellectuelle tel que le brevet.

A. La contestation : facteur de risques.

414. La conséquence principale réside ici dans la perte de la valeur du titre de propriété intellectuelle¹⁶⁷⁹. Une telle perte de valeur peut survenir, quelle que soit l'issue de la contestation. Cette perte qui se produit dans les actifs constituant le patrimoine du détenteur du brevet par exemple est encore plus perceptible lorsque ce dernier entreprend d'exploiter son titre par cession ou concession de licence. Dans cette dernière hypothèse, la valeur du brevet subit le contre coup de la dépréciation de la technologie qui est objet de la transaction.

Quoi qu'il en soit, l'éventualité d'une contestation introduit un aléa qui handicape lourdement toute exploitation que peut envisager le détenteur de brevet. En cela le détenteur du savoir-faire traditionnel peut évaluer l'efficacité de la défense car elle occasionne une diminution nette de valeur dans le patrimoine de l'entité qui a « porté atteinte » à son droit.

On peut dire qu'en la matière le risque est dévastateur, notamment sur l'évaluation du brevet.

L'évaluateur propose une valeur de base à la négociation qui doit approcher la valeur de marché. Or le marché tient compte des risques quels qu'ils soient. Ainsi l'évaluation doit-elle l'intégrer, afin que cédant et cessionnaire fixent un prix en connaissance de cause.

Puisqu'il s'agit de diminution nette d'actifs, nous emprunterons à la finance la définition du risque qui est : la variabilité relative d'un revenu espéré, c'est à dire la probabilité de voir son revenu varier à la hausse ou à la baisse. C'est plus précisément : « *un élément d'incertitude qui peut affecter l'activité d'un agent ou le déroulement d'une opération* ». ¹⁶⁸⁰ Une telle définition n'est pas très éloignée de celle que retient le dictionnaire des termes juridiques et qui se lit ainsi : « *le risque est un événement éventuel, incertain, dont la réalisation ne dépend pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer un dommage.* » ¹⁶⁸¹

Les causes potentielles de variation de la valeur de l'actif immatériel sont d'ordre technique, économique, financier et juridique. C'est sur ce dernier point que nous porterons notre attention ¹⁶⁸².

¹⁶⁷⁹ Bressé P., Kaiser A., *Evaluation des droits de propriété intellectuelle : valoriser les trésors cachés de votre entreprise* ; Paris Gualino, 2004, p.7.

¹⁶⁸⁰ *Dictionnaire économique et financier*, Bernard et Colli, Editions du Seuil ; 1996, p.1229.

¹⁶⁸¹ *Lexique des termes juridiques*, Guillien et Vincent (dir), 12^{ème} édition, 1999, p. 469.

¹⁶⁸² Il existe plusieurs types de risques qu'il convient avant tout de définir.

Le risque technique comprend les chances d'aboutir ou non à un produit industriel vendable, c'est à dire un produit qui fonctionne, à un coût de revient industriel raisonnable au regard du marché visé.

Le risque économique sera le risque inhérent au succès sur le marché du produit intégrant l'investissement brevet ou savoir faire. Il se mesure par la plus ou moins grande variabilité des chiffres d'affaires et donc des résultats futurs.

Les divers risques vont affecter le rapport Gain/Coût dans le futur selon la réalisation ou la non réalisation d'événements¹⁶⁸³.

La même menace¹⁶⁸⁴ prévaut quand il est question d'une contestation de la nouveauté diligentée par un détenteur de savoir-faire traditionnel. Une question se pose alors : L'acquéreur de licence accepte-t-il d'assumer seul ce risque ou veut-il le partager avec le cédant ?

S'il sait ce que vaut le brevet, et le degré de risque qui pèse sur celui-ci, il pourra, soit jouer sur le prix, soit prévoir dans le contrat de cession des modalités propres à en partager les conséquences en cas de survenance.

Insister sur les risques juridiques c'est voir qu'ils sont la plupart du temps ignorés alors que leurs chances de survenance s'accroît de jour en jour, d'abord parce que le droit s'étend toujours plus, sans pour autant se simplifier, et ensuite parce que l'internationalisation rapide des échanges fait que l'on ignore souvent le droit local du lieu où l'opération se déroule. Ajoutons à cela une tendance du risque juridique à fonctionner bien souvent en tout ou rien et nous arrivons à des exemples d'échecs cuisants dont les entreprises qui l'ont vécu ne parlent pas pour des raisons bien

Le risque financier s'analyse au niveau du déséquilibre du bilan du cessionnaire, de sa perte d'indépendance ou de toute autre incidence qui suivra l'acquisition et la mise en oeuvre de l'exploitation de la technologie mettant en cause la pérennité des revenus pour le cédant.

Le risque juridique se situera au niveau de la conservation ou de la perte des droits qui protègent la technologie et qui permet d'assurer les revenus escomptés. Il est fonction de la conformité des droits et des opérations portant sur la technologie par rapport au droit en général et de sa pertinence par rapport aux droits des concurrents.

Le risque fiscal peut être considéré comme faisant partie des risques juridiques. Il se caractérise par une plus ou moins grande variabilité des sorties de fonds, exigées par un partenaire souvent oublié, l'administration fiscale.

¹⁶⁸³ L'approche par les risques implique un savoir faire et une expérience de la part de l'évaluateur pour détecter les risques potentiels. Une check-list ne suffit pas même si elle est utile car chaque technologie est un cas atypique.

La démarche générale peut être la suivante: pour chaque famille de risques mentionnés ci-dessus, une analyse des étapes du processus de mise en oeuvre de la technologie permet de repérer chaque risque, de lui attribuer une probabilité de survenance à une date déterminée. Le produit des probabilités de non survenance de tous les risques pour une même date sera appliqué au cash-flow annuel concerné et aboutit à une valeur V de la technologie tenant compte des risques repérés à la date du transfert.

¹⁶⁸⁴ Dont un illustration chiffrée peut ressortir de l'exemple d'une invention portant sur un papier fiduciaire dont les caractéristiques optiques garantissent une authentification certaine. Le procédé faisant l'objet d'une demande de dépôt de brevet sur le territoire français intéresse plusieurs banques car il paraît difficilement reproductible par un faussaire. Le marché total représente 10 millions d'Euros, prix que les banques sont prêtes à payer. La technologie développée permet d'atteindre 60% du marché en deux ans et on estime d'après l'évolution de la technique qu'après cinq ans d'exploitation une autre technologie la remplacera totalement.

Si on suppose la protection juridique à 100% nous pouvons prévoir par exemple 30% du marché la première année, 60% du marché à partir de la deuxième année, soit respectivement 3 et 6 millions de chiffre d'affaires. Si la marge nette est, pour simplifier, de 20% et l'amortissement de la technologie de 100.000 Euros par an, on peut estimer les cash-flows à : 700 000 Euros l'année 1 et 1.3 Millions d'Euros pour la suite. Soit un cash-flow total actualisé à 30% d'environ 3.7 millions. Si en revanche l'analyse des risques par un conseil en Propriété Industrielle montre qu'un concurrent étranger disposant de plusieurs brevets dans ce domaine peut être en mesure de remettre en cause la validité de notre brevet dans le délai de 2 ans, notre part de marché restant alors à 40%, la valeur actualisée devient 2.8 millions. Donc le risque juridique du brevet représente 0.9 millions ou encore un supplément d'actualisation de 20%. (Source)

compréhensibles. Les risques économiques et technologiques sont en général mieux cernés et fonctionnent rarement en tout ou rien.

Sans vouloir être exhaustif, il convient de citer quelques exemples qui montrent l'intérêt de ne plus ignorer l'influence que pourrait avoir une contestation dans l'évaluation d'une technologie brevetée ou libre de tout droit exclusif et d'attribuer une valeur à chacun de ces risques afin de les gérer.

Tout d'abord, le droit connaît plusieurs branches qui peuvent influencer sur la valeur d'une technologie. En droit interne on peut distinguer le droit comptable, le droit des contrats, le droit de la propriété Industrielle et le droit fiscal hormis toute réglementation spécifique selon les secteurs d'activité mis en cause par la technologie à évaluer.

Concernant les droits de propriété Industrielle en général, nous avons fait état des jurisprudences ayant annulé des brevets quand les conditions de validité n'étaient pas respectées¹⁶⁸⁵. La conséquence en est que tous les contrats liés à ce brevet sont susceptibles d'être annulés pour défaut d'objet ou de cause. L'on imagine aisément la déconvenue financière pour celui qui a acquis un brevet, et qui a éventuellement contracté des accords de licence avec de nouveaux partenaires.

Bien que l'hypothèse soit marginale en l'espèce, puisque nous sommes partis du postulat de l'utilisation défensive du savoir-faire traditionnel, l'on peut inverser les situations pour analyser en quelques lignes les risques de contrefaçon de la technologie brevetée.

415. Les risques de contrefaçon ne sont pas toujours mesurables. Or c'est un fait qu'elle génère une perte de valeur de la technologie copiée. L'attaque en contrefaçon outre le fait qu'elle coûte cher à l'entreprise qui l'entreprend, ne réparera en cas de succès que le préjudice subi. La perte de valeur n'étant généralement pas mesurée, les tribunaux français ne la réparent pas. Un tel risque ne saurait être constitué par l'utilisation traditionnelle du savoir-faire traditionnel qui bénéficie d'une exception comme nous l'avons souligné plus haut.

¹⁶⁸⁵ Les causes générales de nullité d'un brevet sont contenues dans l'article 613-25 du Code PI qui en fait une énumération exhaustive (Cass. Com., 2 juin 1992, Bull. civ. IV, n°214). Elles sont : le caractère non brevetable de l'invention, l'insuffisance de la description, l'extension indue de l'objet du brevet. Il faut ajouter à cela le cas particulier des certificats complémentaires de protection (Article L613-28 du Code PI), et cet propres aux nullités des certificats d'addition (Loi du 26 décembre 1990 et Article L. 611-5 du Code PI)

B. La place spécifique des risques fiscaux en France.

416. Pour terminer cette présentation des risques juridiques, il faut évoquer les risques fiscaux. Ils peuvent être considérables malgré le dispositif fiscal¹⁶⁸⁶ qualifié d'incitatif pour les brevets, le savoir-faire et les logiciels¹⁶⁸⁷. L'administration, en remettant en cause le prix inscrit dans la comptabilité du cessionnaire ou bien la qualification des revenus du cédant, modifie les espérances de cash-flows attendus pouvant dans certains cas remettre en cause la décision de cession. Le Guide de l'Evaluation des Biens est la bible fiscale de l'évaluateur, mais elle est quasiment muette concernant la question des risques. C'est donc la jurisprudence qui nous éclaire un peu sur les règles qui doivent régir l'évaluation de brevets ou de savoir faire. **Ce sera soit la surévaluation soit la sous évaluation** qui, jugée excessive par l'administration fiscale française entraînera le paiement d'impôts supplémentaires car s'il est déclaré une valeur trop élevée aux yeux de l'administration, le cessionnaire amortira plus et de fait paiera moins d'impôts, s'il est déclaré une valeur sous évaluée, le cédant paiera moins de droits d'enregistrement, l'administration se considérant dans les deux cas lésée. Les sommes en jeu sont parfois très importantes¹⁶⁸⁸. D'un autre point de vue, imaginons une licence de savoir-faire ou une licence de demande de brevet qui a été consentie sur la base d'une évaluation trop optimiste. La méthode d'évaluation désormais retenue par le juge fiscal¹⁶⁸⁹ et qui est celle des *perspectives de profit*¹⁶⁹⁰ fait peser un risque non négligeable sur le licencié en cas de réduction, du fait d'une contestation victorieuse, de la valeur de la technologie objet de la licence.

Les risques ne sont donc pas seulement supportés par les demandeurs de brevets sur les savoir-faire traditionnels. Ils touchent tous ceux qui sont amenés à entrer dans des liens contractuels avec le demandeur du brevet.

¹⁶⁸⁶ Codifié principalement à l'article 39 terdecies-1 du code général des Impôts, dont l'origine est une loi du 12 juillet 1965 (art 10) . Modifié à plusieurs reprises, cet article conserve le même esprit qu'à l'origine : imposition à un taux atténué des produits tirés de l'exploitation indirecte de brevets et d'inventions brevetables.

¹⁶⁸⁷ Pierre J-L, « Le point de vue du fiscaliste », in *La valeur des droits de propriété industrielle*, collection de CEIPI, Litec, 2006, p.29.

¹⁶⁸⁸ Un cas intéressant a été jugé pour une firme multinationale d'origine américaine. L'administration avait remis en cause le taux de redevance de 5% jugé excessif, ces redevances représentaient la partie variable du prix. Ces redevances étaient versées par la filiale française à la société mère aux Etats-Unis pour l'achat de savoir faire, cela était jugé par l'administration comme un transfert occulte de bénéfices sur une somme dépassant plusieurs centaines de millions de francs. L'administration a été déboutée par le Conseil d'Etat car le dossier d'évaluation présenté par la société avait été solidement constitué à la date de cession et a convaincu les juges.

¹⁶⁸⁹ Suite à l'abandon de la méthode de l'analyse a posteriori du prix justifié de cession . CE 8^{ème} et 9^{ème} sous sections, 12 mars 1969, n° 75757.

¹⁶⁹⁰ CE 12 janvier 1990, n° 57754 Société Agrippine France : JCP E 1991, II, 105, concl. Comm. Du gouv. Racine, où la haute assemblée a considéré que : « la valeur d'un brevet lors de sa acquisition , qui dépend des profits que l'acquéreur du brevet peut escompter de l'exploitation de celui-ci, ne peut être déterminée rétrospectivement, en se fondant , comme l'administration l'a fait, sur l'évolution du chiffre d'affaire réalisé par la société ; qu'elle doit être appréciée en fonction des perspectives de profit que, à la date d'acquisition, la société pouvait raisonnablement espérer réaliser ». Voir également Dr. Fiscal 1990, n° 28, comm. 1368 ; RJF 3/1990, n° 253.

Ainsi, l'initiative du détenteur du savoir-faire traditionnel de contredire un droit, fut-il de propriété intellectuelle peut être lourde de conséquences pécuniaires pour la personne contestée. C'est là une capacité de nuisance qui demande à être maniée avec discernement d'autant que les options qui sont offertes vont au-delà des contestations ponctuelles et confinent parfois à la suppression définitive et *erga omnes* de toute possibilité de requérir un brevet sur le savoir-faire traditionnel convoité comme nous avons pu le voir dans la première section de ce chapitre.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

417. La destruction des conditions classiques de brevetabilité semble se focaliser autour de la nouveauté et de l'activité inventive. Elle se déploie toujours dans la sphère préventive pour empêcher la constitution de droits de propriété industrielle dont les communautés traditionnelles et/ou leurs agents juridiques ont des raisons de penser qu'ils constituent des appropriations illicites¹⁶⁹¹.

418. L'utilisation « fusible » du savoir-faire traditionnel permet, par une divulgation suffisante, de détruire la nouveauté de toute demande de brevet ultérieur. Cette technique de protection du savoir-faire traditionnel s'aidera considérablement d'une large pratique de recensement des savoir-faire. Les moyens les plus modernes tels que des bases de données disponibles sur internet sont proposés pour supporter l'effort de documentation des savoir-faire traditionnels.

419. La contestation plus ciblée de droits de propriété industrielle tels que les brevets, s'avère quant à elle, un peu moins efficace qu'annoncé. C'est peut être là le sens de la pensée du Dr. Silke von LEWINSKI lorsqu'elle écrit : « Il faut toutefois admettre que la divulgation du savoir traditionnel n'empêche pas nécessairement l'acquisition d'un brevet sur une invention basée sur ce savoir traditionnel »¹⁶⁹². Certes, le savoir-faire traditionnel garde sa pertinence quant à l'appréciation de la nouveauté et de l'activité inventive, le droit commun de propriété et les droits institués par les différents régimes sui generis semblent impuissants à eux seuls à combattre d'éventuels brevets fruits d'appropriations abusives.

420. Le droit commun de propriété permet simplement de fonder une « exception d'utilisation traditionnelle » au profit de la communauté traditionnelle et de ses membres. Les droits institués par les régimes sui generis, malgré le fait que leur légitimité¹⁶⁹³ ne soit pas douteuse, ne parviennent pas à évincer du simple fait de leur existence, un droit de brevet. Nous exceptons bien sûr le cas où les dispositions expresses de ces lois sui generis interdisent tout brevetabilité du savoir-faire traditionnel¹⁶⁹⁴.

¹⁶⁹¹ Sur l'expression appropriation illicite voir : Document WIPO/GRTKF/IC/10/5 page 400 qui en liste cinq sortes : « i) actes purs et simples d'appropriation abusive délibérée, ii) appropriation abusive par violation d'arrangements juridiques aux fins de l'obtention d'un consentement préalable donné en toute connaissance de cause et du partage des avantages, iii) appropriation abusive par tentatives d'obtention de droits de propriété intellectuelle illégaux sur des savoirs traditionnels, iv) appropriation abusive sous la forme d'une concurrence déloyale ou d'un enrichissement injustifié engendrant un avantage commercial manifestement inéquitable, et v) certaines formes d'utilisation abusive volontaire et d'outrage en ce qui concerne les savoirs traditionnels; »

¹⁶⁹² Lewinski (von) S., « Le folklore , les savoirs traditionnels, et les ressources génétiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle », *Propriétés intellectuelles*, Janvier 2005, n° 14, p. 25.

¹⁶⁹³ Goutal, J-L., « Légitimité de la propriété intellectuelle : Perspective internationale », in *La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens*, Litec/IRPI, Coll. droit des aff., Février 2006, p. 25 S.

¹⁶⁹⁴ Même dans ce cas, la territorialité de la mesure légale en limitera prodigieusement la portée.

421. Le droit de brevet ne paraît contestable que par une attaque de ses conditions de constitution. Et dans ce cas, hormis l'anéantissement du brevet ou sa réduction, effets juridiques, une série de risques peuvent surgir. Ils affectent principalement les activités des entreprises qui se livrent à des appropriations illicites.

CONCLUSION DU TITRE 1^{er}

422. L'examen de l'exploitation du savoir-faire traditionnel sous l'angle des conditions classiques de brevetabilité nous a semblé devoir passer par une application de leurs mécanismes au savoir-faire traditionnel.

423. Lorsque l'on requiert l'application des conditions classiques de brevetabilité pour exploiter le savoir-faire traditionnel à travers le brevet, l'on est frappé par les multiples incompatibilités entre les notions telles qu'elles sont conçues et mises en œuvre par le droit positif des brevets, et les caractéristiques de ce savoir-faire traditionnel. La tentative d'application des règles du droit des brevets était vouée à donner des résultats assez modestes. Il était néanmoins essentiel d'analyser les mécanismes et raisonnements qui aboutissent à cette inadéquation entre les règles et l'objet de l'exploitation. Cette application s'est avérée controversée car les différentes conditions qualitatives de brevetabilité, la nouveauté, l'application industrielle et l'activité inventive se sont révélées être autant de défis que le savoir-faire traditionnel *per se*, ne peut relever valablement. La nouveauté s'est heurtée à l'oralité et à l'immémorialité du savoir-faire traditionnel. Quant à l'application industrielle, elle semble plus favorable au savoir-faire traditionnel que pourtant elle cantonne, conformément à l'article L 611-16 du Code de la Propriété Intellectuelle française. L'activité inventive a permis de déterminer si le savoir-faire traditionnel pouvait rentrer dans la définition de l'état de la technique le plus proche. Si la réponse à cette question est positive, le savoir-faire traditionnel s'auto-antériorise du fait de sa plus ou moins grande publicité. Nous avons aussi pu approcher la notion d'homme du métier qui s'est révélée erratique en matière de savoir-faire traditionnel, passant du domaine des guérisseurs et chamanes à celui des laboratoires de recherche et aux chimistes. La non évidence de l'invention brevetable quant à elle, a été l'occasion de souligner le rôle particulièrement important que les indices sont appelés à jouer, lorsque sont en cause les savoir-faire traditionnels. La tentative de caractérisation de la condition substantielle, l'invention, n'a pas été plus heureuse.

424. A la suite de cette première recherche de construction, nous avons pris le parti d'utiliser le savoir-faire traditionnel afin d'empêcher la constitution de titres de droit de propriété industrielle indésirables.

Lorsqu'on essaye ainsi de détruire les conditions classiques de brevetabilité, viennent alors au jour, des moyens d'action aux effets variés. D'une part, il s'avère possible d'empêcher les personnes tierces à la communauté traditionnelle d'exploiter paisiblement un brevet portant sur un savoir-faire traditionnel. D'autre part, la destruction des conditions classiques de brevetabilité conduit les détenteurs

des savoir-faire traditionnels à interdire de façon permanente et définitive, toute exploitation ultérieure par un brevet d'invention, et ce, *erga omnes*.

La destruction des conditions classiques de brevetabilité semble se focaliser autour de la nouveauté et de l'activité inventive. Elle se déploie toujours dans la sphère préventive pour empêcher la constitution de droits de propriété industrielle dont les communautés traditionnelles et/ou leurs agents juridiques ont des raisons de penser qu'ils constituent des appropriations illicites¹⁶⁹⁵.

425. L'utilisation « fusible » du savoir-faire traditionnel permet, par une divulgation suffisante, de détruire la nouveauté de toute demande de brevet ultérieure. Cette technique de protection du savoir-faire traditionnel s'aidera considérablement d'une large pratique de recensement des savoir-faire. Les moyens les plus modernes tels que des bases de données disponibles sur internet sont proposés pour supporter l'effort de documentation des savoir-faire traditionnels.

La contestation plus ciblée de droits de propriété industrielle tels que les brevets, s'avère quant à elle, un peu moins efficace qu'annoncée. C'est peut être là le sens de la pensée du Dr. Silke von LEWINSKI lorsqu'elle écrit : « *Il faut toutefois admettre que la divulgation du savoir traditionnel n'empêche pas nécessairement l'acquisition d'un brevet sur une invention basée sur ce savoir traditionnel* »¹⁶⁹⁶. Certes, le savoir-faire traditionnel garde sa pertinence quant à l'appréciation de la nouveauté et de l'activité inventive, le droit commun de propriété et les droits institués par les différents régimes *sui generis* semblent impuissants à eux seuls à combattre d'éventuels brevets fruits d'appropriations abusives.

Le droit commun de propriété permet simplement de fonder une « exception d'utilisation traditionnelle » au profit de la communauté traditionnelle et de ses membres.

426. Les droits institués par les régimes *sui generis*, malgré le fait que leur légitimité¹⁶⁹⁷ ne soit pas douteuse, ne parviennent pas à évincer du simple fait de leur existence, un droit de brevet. Nous exceptons bien sûr le cas où les dispositions expresses de ces lois *sui generis* interdisent tout brevetabilité du savoir-faire traditionnel¹⁶⁹⁸.

¹⁶⁹⁵ Sur l'expression appropriation illicite voir : Document WIPO/GRTKF/IC/10/5 page 403 qui en liste cinq sortes : « i) actes purs et simples d'appropriation abusive délibérée, ii) appropriation abusive par violation d'arrangements juridiques aux fins de l'obtention d'un consentement préalable donné en toute connaissance de cause et du partage des avantages, iii) appropriation abusive par tentatives d'obtention de droits de propriété intellectuelle illégaux sur des savoirs traditionnels, iv) appropriation abusive sous la forme d'une concurrence déloyale ou d'un enrichissement injustifié engendrant un avantage commercial manifestement inéquitable, et v) certaines formes d'utilisation abusive volontaire et d'outrage en ce qui concerne les savoirs traditionnels; »

¹⁶⁹⁶ Lewinski (von) S., « Le folklore, les savoirs traditionnels, et les ressources génétiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle », *Propriétés intellectuelles*, Janvier 2005, n° 14, p. 25.

¹⁶⁹⁷ Goutal, J-L., « Légitimité de la propriété intellectuelle : Perspective internationale », in *La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens*, Litec/IRPI, Coll. droit des aff., Février 2006, p. 25

¹⁶⁹⁸ Même dans ce cas, la territorialité de la mesure légale en limitera prodigieusement la portée.

427. Le droit de brevet ne paraît contestable que par une attaque de ses conditions de constitution. Et dans ce cas, hormis l'anéantissement du brevet ou sa réduction qui sont autant d'effets juridiques, une série de risques peuvent surgir. Ils affectent principalement les activités des entreprises qui se livrent à des appropriations illicites.

428. Que ce soit par l'application des conditions classiques de brevetabilité au savoir-faire traditionnel ou par la destruction de ces conditions classiques par le savoir-faire traditionnel, le constat d'une exploitation aux contours inaboutis s'impose.

Si l'on ne prend en considération que les conditions classiques de brevetabilité, les moyens d'action des communautés traditionnelles dans l'exploitation du savoir-faire traditionnel, semblent se limiter à la sphère préventive.

C'est au delà de cette sphère que nous portent les conditions émergentes de la brevetabilité qui déterminent le sort des brevets qui peuvent être requis ou même ou qui peuvent avoir été obtenus. Il semble alors que les conditions classiques doivent être dépassées pour en envisager d'autres que la technique contractuelle va insuffler au droit des brevets.

Peu importe qu'elle soit interne ou internationale, la bonne règle de droit n'appartient à personne et s'adresse à tous : c'est, en ce sens, le premier pas vers l'universalité »
Thibaut Françoise., RRJ 2000-1 p. 382.

428. Les incitations à la réception des normes véhiculant les conditions émergentes, viennent de sources diverses¹⁶⁹⁹. Elles proviennent majoritairement, serait-on tenté d'affirmer, *prima facie*, en ce qui concerne la France, des sources internationales. Une analyse plus attentive montre pourtant que celles-ci trouvent des relais dans les principes directeurs du droit national¹⁷⁰⁰. Ainsi les normes négociées au plan international, inter-étatique ou intergouvernemental viennent donner plus de corps à des normes dont on refusait l'application en droit interne pour la raison contestable de leur caractère flou ou parfois imprécis¹⁷⁰¹. Pour certains, « *une approche équitable et harmonieuse nécessite que des solutions efficaces, pratiques et opportunes soient apportées aux problèmes liés à l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels et au partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation.* »¹⁷⁰² D'autres s'interrogent peut-être à

¹⁶⁹⁹ Nous retiendrons ici et à titre totalement illustratif la série de 4 principes proposés par la Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoirs traditionnels et le folklore dès sa 2^{ème} session :

Principe possible n° 1 :

Les droits et obligations en matière de propriété intellectuelle énoncés dans les clauses types de propriété intellectuelle devraient reconnaître, promouvoir et protéger toutes les formes de créativité ou d'innovation humaine, officielle et officieuse, fondée sur les ressources génétiques transférées ou en rapport avec celles-ci.

Principe possible n° 2 :

Les droits et obligations en matière de propriété intellectuelle énoncés dans les clauses types de propriété intellectuelle devraient prendre en compte les caractéristiques sectorielles des ressources génétiques et les objectifs et les cadres des politiques en matière de ressources génétiques.

Principe possible n° 3 :

Les droits et obligations en matière de propriété intellectuelle énoncés dans les clauses types de propriété intellectuelle devraient assurer la pleine et effective participation de toutes les parties prenantes intéressées et s'étendre aux modalités de négociation des contrats et de rédaction des clauses de propriété intellectuelle des accords d'accès et de partage, en incluant en particulier les détenteurs des connaissances traditionnelles lorsque l'accord porte sur des connaissances de ce type.

Principe possible n° 4 :

Les droits et obligations en matière de propriété intellectuelle énoncés dans les clauses types de propriété intellectuelle devraient faire la distinction entre différents types d'utilisation des ressources génétiques (utilisation commerciale, utilisation non commerciale et usage coutumier notamment). (**Document WIPO/GRTKF/IC/2/3 issu de la deuxième session du comité intergouvernemental 2001.**)

¹⁷⁰⁰ Ce qui est nouveau, ce n'est pas l'exigence de transparence ni celle d'équité, mais le fait qu'en la matière, elle se constitue en conditionnalité dans le domaine de brevetabilité.

¹⁷⁰¹ Khairallah G, « La raisonnable en droit privé français », *RTDCiv.*, 1984, p. 439 s.

¹⁷⁰² Opinion exprimée par la délégation suisse dans le document PCT/R/WG/4/13 Annexe § 2.

juste titre sur le rôle que le système des brevets peut être amené à jouer dans une pareille exploitation¹⁷⁰³.

Les droits nationaux de nombreux pays permettent à ces principes de prendre corps et les *Lignes directrices de Bonn*¹⁷⁰⁴ comme les standards des divers contrats d'accès et de partage des bénéfices sont devenus de droit positif et effectifs¹⁷⁰⁵. En cela, les influences des techniques contractuelles sur le droit des brevets se fait de plus en plus sentir. Cette tendance est si prononcée que, selon une partie de la doctrine dont Madame Christine NOIVILLE et le Pr. Florence BELLIVIER, le contrat est devenu un moyen privilégié pour corriger les effets pervers liés à l'introduction du vivant dans le droit des brevets¹⁷⁰⁶. Les normes ainsi dégagées, sans être pour l'instant, formellement intégrées au droit positif français de la brevetabilité, qui lui-même relèvent de plus en plus de la construction communautaire¹⁷⁰⁷, arrivent pourtant à introduire dans la brevetabilité des savoir-faire traditionnels et des matériels génétiques auxquels ils se rapportent, des conditions supplémentaires que sont : la Transparence et l'Équité.

429. Contrairement à ce qu'on a pu lire sous certaines plumes¹⁷⁰⁸, c'est le droit de la diversité biologique contenu et insufflé par la Convention sur la diversité biologique qui apporte, par les techniques contractuelles, au droit des brevets, un enrichissement particulier. Fondamentalement, cela revient à chercher à assurer la transparence sous la forme d'un supplément d'information dans les demandes de brevets, démarche qui ménage la possibilité d'une interprétation harmonieuse des différents Accords, dont les ADPIC et la CDB.

Ces émergences invitent avant tout à se remémorer ce qu'est une condition en droit et à ne pas continuer à confondre la « condition » et ses « avatars » marqués par leur source que sont la « condition légale » et la « condition jurisprudentielle ».

La condition, nous dit le Petit Robert est : « *un état, une situation, un fait dont l'existence est indispensable pour qu'un autre état, un autre fait existe* »¹⁷⁰⁹. Un

¹⁷⁰³ **Dutfield G.**, "Sharing the benefits of biodiversity: is there a role for the patent system?" *The journal of World intellectual property*, November 2002, vol.5, N° 6.

¹⁷⁰⁴ Qui mettent elles mêmes, en œuvre les dispositions de la CDB de 1992.

¹⁷⁰⁵ Nous citerons ici sans aucune prétention d'exhaustivité l'article 10 de la loi Indienne de 1970 (Patent Act 1970) telle que modifiée par la seconde loi de modification sur les brevets de 2002 (Patent second amendment Act). Par ailleurs, l'article 25 de cette même loi intitulée « opposition à la délivrance d'un brevet » permet le dépôt d'une opposition au motif que « *la description complète ne divulgue pas ou mentionne de façon erronée la source ou l'origine géographique de la matière biologique utilisée pour l'invention* ». Comme autres exemples d'incorporation des stipulations des Lignes directrices de Bonn on peut citer également La décision 486 des communautés Andines et son article 26 h) et 26 i) ainsi que l'article 80 de la loi du Costa Rica.

¹⁷⁰⁶ **Bellivier F., Noiville C.**, *Contrats et Vivant, Le droit de la circulation des ressources biologiques*, LGDJ, 2006, p. 220.

¹⁷⁰⁷ Voir sur ce point, la tardive transposition par l'Etat français de la directive 98/44 à travers une loi du 8 décembre 2004.

¹⁷⁰⁸ **Morin J-F.**, « La divulgation de l'origine des ressources génétiques : une contribution du droit des brevets à la protection de l'environnement », <http://www.iddri.org>.

¹⁷⁰⁹ Voir le mot, sens II.

dictionnaire plus spécialisé nous enseigne qu'une condition de fond est « *une règle de droit qui, pour la constitution d'une situation, le maintien ou l'extinction d'une situation juridique, instaure des exigences qui traduisent la conception juridique de la situation concernée* ¹⁷¹⁰ , ses éléments fondamentaux, sa substance. » ¹⁷¹¹ Une telle définition des conditions de fond a été fort justement opposée aux « *conditions de forme qui indiquent la manière dont doit se manifester, dont doit être présenté l'élément concerné* ¹⁷¹² ». ou encore « *la manière dont doit être présentée, extériorisée une situation, une opération juridique, indiquant les formalités qui doivent être accomplies* » ¹⁷¹³ Ainsi, les conditions de fond et de forme qui peuvent avoir été incluses dans les contrats et différents accords sous l'incitation normative des *Lignes directrices de Bonn* ou conformément aux lois nationales deviennent-elles des conditions de brevetabilité dès lors qu'elles déterminent dans une moindre ou large mesure l'aptitude des différents protagonistes à demander valablement un brevet et qu'elles sont effectivement analysées par les autorités chargées d'examiner ou de sanctionner les brevets.

Ces deux conditions tendent à faire savoir, pour l'une, d'où provient le savoir-faire traditionnel ou le matériel génétique auquel il est associé ; et pour l'autre si le savoir-faire traditionnel ou le matériel génétique auquel il est associé a été obtenu dans des circonstances équitables.

C'est le fond qui s'allie à la forme et l'on peut dire qu'en matière d'exploitation des savoir-faire traditionnels et de ressources génétiques associées, qui passe idéalement ¹⁷¹⁴ par le droit brevets ¹⁷¹⁵, une forme transparente (Chapitre 1) doit être soutenue par un fond équitable (Chapitre 2).

¹⁷¹⁰ C'est nous qui soulignons.

¹⁷¹¹ *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Cabrillac R., (Dir) 2004, Editions du Juris-classeur, voir « Fond ». Ce sens est celui auquel se réfère l'expression : condition de fond.

¹⁷¹² C'est nous qui soulignons.

¹⁷¹³ *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Cabrillac R., (Dir) 2004, Editions du Juris-classeur, voir « forme ». 192. Ce sens est celui auquel se réfère l'expression : condition de forme.

¹⁷¹⁴ Tellement la volonté d'exclusivité est prégnante.

¹⁷¹⁵ Comme pour tout autre titre de propriété intellectuelle, selon que le savoir-faire traditionnels s'y prête à la condition cependant que ce dernier soit demandé par un titulaire distinct du titulaire originel.

CHAPITRE 1. LA TRANSPARENCE DANS L'EXPLOITATION DU SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL.

430. Cette première condition émergente vise à assurer la connaissance, chaque fois que cela est possible, de l'implication de savoir-faire traditionnels et de l'origine de ces derniers. On découvre progressivement une exigence de transparence¹⁷¹⁶ quant aux sources des savoir-faire traditionnels qui est servie par une obligation émergente de déclaration des sources. Il s'agit d'une véritable émergence¹⁷¹⁷ dans le domaine particulier de la brevetabilité des savoir-faire traditionnels car à une forte inspiration internationale, succède une mise en œuvre qui demande encore à aboutir. La question controversée de savoir si c'est là une condition de forme ou de fond n'est pas à notre avis la plus déterminante quoique importante¹⁷¹⁸. Monsieur Martin GIRSBERGER¹⁷¹⁹ a esquissé¹⁷²⁰ une typologie des conditions de brevetabilité¹⁷²¹ qui fait consensus. Sans pour autant récuser une telle typologie¹⁷²², il semble convenable de la compléter en considérant que c'est la sanction qui est attachée au manquement à cette condition de l'utilisation du

¹⁷¹⁶ Garaud E., *La transparence en matière commerciale*, thèse Limoges 1996.

¹⁷¹⁷ Chambers B., "Emerging international rules on the commercialization of genetic resources: The FAO international plant genetic treaty and the CBD Bonn Guidelines" the *Journal of World intellectual property*, March 2003, Vol. 6, N° 2.

¹⁷¹⁸ Pour en approcher la solution l'on a emprunté au Comité permanent chargé du droit des brevets (organe relevant de l'OMPI), une classification en trois des conditions de brevetabilité à savoir : *des exigences de forme*, dont l'examen a pour but de déterminer si la demande déposée est complète; *des exigences de forme étroitement liées au fond* relatives aux différentes parties de la demande de brevet aux fins de la recherche, de l'examen et de la délivrance autrement dit les exigences qui pourraient influencer sur l'étendue de la recherche ou avoir pour effet le rejet des revendications au moment de l'examen quant au fond de la demande de brevet; et enfin *des exigences de fond*, au regard desquelles est évaluée la brevetabilité de l'invention revendiquée concernant la détermination de l'état de la technique, la divulgation de l'invention revendiquée, la brevetabilité de l'objet de l'invention, la nouveauté, l'activité inventive et l'application industrielle (Voir à ce propos et de manière générale le Document SCP/5/6, paragraphe 51). Moyennant cette nomenclature l'on a conclu contre toute attente à l'appartenance de l'exigence de divulgation à la 1^{ère} catégorie alors que cette dernière à notre avis, relèverait plus sûrement de la deuxième catégorie.

¹⁷¹⁹ Co-chef, Service juridique, Brevets et designs, Institut fédéral de la propriété intellectuelle, Suisse ; Courriel : martin.girsberger@ipi.ch

¹⁷²⁰ Girsberger M., « Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international : L'interface avec les systèmes actuels de propriété intellectuelle et les limites et possibilités pour les droits de propriété intellectuelle existants » in *Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation*, Mexique 2004, p. 152

¹⁷²¹ L'auteur les ventile en 3 groupes que sont : 1. les *exigences de forme*, qui sont examinées afin de déterminer si la demande déposée est complète;

2. les *exigences de forme étroitement liées au fond*, concernant les divers éléments de la demande de brevet à des fins de recherche, d'examen et de délivrance, c'est-à-dire les exigences qui pourraient influencer sur la portée de la recherche ou entraîner le rejet des revendications pendant l'examen quant au fond de la demande de brevet;

3. les *exigences de fond*, en fonction desquelles les revendications sont évaluées pour déterminer la brevetabilité, à savoir la définition de l'état de la technique, la divulgation de l'invention revendiquée, l'objet brevetable, la nouveauté, l'étape inventive et l'utilité industrielle.

¹⁷²² Qui s'avère utile dans la sélection des textes applicables.

savoir-faire traditionnel qui nous renseignera sur sa valeur¹⁷²³. Il conviendra, pour ce faire de voir successivement l'expression de l'exigence de transparence (Section 1) avant d'en analyser la mise en œuvre (Section 2).

Section 1. L'expression de la condition de transparence.

431. Cette condition est née de la pratique des contrats de bioprospection et des suites de la Convention sur la diversité biologique de 1992. Elle a, ensuite, connu une amplification à travers les conventions internationales et les organes chargés de leur suivi. Les contrats semblent en la matière, avoir initié une sorte d'effet d'entraînement (Paragraphe1) qui a mis en relief les insuffisances des conventions internationales en vigueur (Paragraphe2).

Paragraphe 1. L'effet d'entraînement des contrats.

432. L'effet d'entraînement des contrats se caractérise en ce que, c'est d'une pratique contractuelle contestable et asymétrique, qu'est né le besoin d'organiser une déclaration plus transparente des sources du savoir-faire traditionnel (A). Ce besoin a ensuite été considérablement amplifié par les conventions internationales et leurs organes permanents.(B)

A. L'impulsion des contrats de bioprospection.

433. Les contrats de bioprospection se singularisent par leur forte propension à comporter des éléments d'extranéité. Cette particularité les rend imaginatifs et assez réactifs. A la suite de la signature de la convention sur la diversité biologique et des fortes exigences de respect des populations autochtones

¹⁷²³ Il semble que pour l'heure, et sur ce point, la suisse se soit rangée à une option diplomatique, considérant que : « *To achieve this policy objective, the disclosure requirement has to be examined for the purposes of determining if a complete patent application has been filed. However, this policy objective neither requires nor justifies that the disclosure requirement is linked to the search, examination or grant of patents, or to the evaluation of the claims for patentability. Accordingly, it has to be considered as a formal requirement.* » (Document WIPO/GRTKF/IC/7/INF/5, du 18 octobre 2004, p. 5). Voir, pour des propos similaires, mais tenus cette fois devant le Conseil des ADPICS (Document IP/C/W/433 du 25 novembre 2004, préparé par le secrétariat du conseil des ADPICS § 7). Pour ce qui est des autres états, la question est encore ouverte comme en attestent les propos des représentants de la Colombie et la Communauté européenne qui ont déclaré que ces mesures pourraient constituer un critère (obligatoire ou non) dans le traitement de la demande de brevet. (Cette exigence de divulgation est examinée dans les documents WIPO/GRTKF/IC/4/11 (*Rapport initial sur l'étude technique concernant les exigences en matière de divulgation relative aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels*) et WIPO/GRTKF/IC/5/11).

et de la biodiversité, des correctifs ont été plus ou moins spontanément apportés au contenu des contrats de bioprospection pour intégrer l'exigence de divulgation de la source des ressources génétiques et des savoir-faire associés¹⁷²⁴. S'il est notoire que l'activité de bioprospection en tant que telle est ancienne, et a souvent fait l'objet de contrats, l'émergence d'un véritable contrat de bioprospection dont le régime s'affine de plus en plus, est l'effet conjugué de la convention sur la diversité biologique et des excès des contrats antérieurs¹⁷²⁵. L'objet de ce type de contrat : « *consiste pour une partie d'accepter de fournir à une autre, ou plus précisément de laisser prospecter par l'autre, des ressources dont le prospecteur entend étudier les caractéristiques pour tenter à terme d'en tirer les résultats sur un plan industriel ou commercial* »¹⁷²⁶. Afin de permettre un partage équitable des avantages et surtout de renforcer les clauses de contrôle¹⁷²⁷ habituelles, les signataires des contrats de bioprospection ont commencé par introduire des stipulations tendant à déclarer l'origine ou à obliger la partie concernée à procéder à une telle déclaration à l'étape d'une demande de brevet entre autres¹⁷²⁸. La transparence a été aussi renforcée dans les contrats comme mesure de facilitation pour l'identification de l'état de la technique le plus pertinent. L'idée qui soutient la pratique de plus en plus répandue de la divulgation des sources est que : obliger les demandeurs de brevets à indiquer dans leur demande tout savoir traditionnel utilisé, contribue à déterminer la nouveauté de l'invention revendiquée, et aussi aider les pays qui ont des revendications éventuelles à examiner la demande et à s'opposer au brevet en temps opportun.¹⁷²⁹ L'objectif général de l'exigence de divulgation est d'accroître la transparence dans le contexte de l'accès aux ressources génétiques et aux savoir-faire traditionnels et du partage des avantages découlant de leur utilisation, en particulier sous l'angle des obligations des utilisateurs de ressources génétiques et de savoirs traditionnels.¹⁷³⁰ Ceci, en réponse aux asymétries constatées dans les contrats et la pratique antérieurs. Une plus grande transparence permettra aux fournisseurs de ressources génétiques et de savoir-faire traditionnels de vérifier si l'inventeur ou le déposant a respecté les règles et procédures

¹⁷²⁴ L'initiative Biotrade, prise par la Conférence de Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED) est emblématique de cette approche qui, fondée sur la commerce de la biodiversité, attribue un rôle décisif au contrat. Il est considéré comme l'instrument qui permet à la fois l'exploitation et la conservation par l'incitation.

¹⁷²⁵ Sur les contrats de Bioprospection, **Bellivier, F.**, « Les contrats portant sur les ressources génétiques végétales : typologie et efficacité » in **M-A., Hermitte** (dir) Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports nord/sud, Bruylant 2004, p. 193 s. ; **Laird S.**, Biodiversity and traditional knowledge : equitable partnership in practice Earthscan Publications, London, 2002.

¹⁷²⁶ **Bellivier F , Noiville, C.**, *Contrats et vivant*, précité, p. 145.

¹⁷²⁷ Sur la présentation des clauses de contrôle, v. **Bellivier F , Noiville, C.**, *Contrats et vivant*, précité, p. 154 **Bellivier F , Noiville, C.**, *Contrats et vivant*, précité, p. 145

¹⁷²⁸ La demande de brevet étant considérée comme un mode d'exploitation parmi d'autres, l'obligation de divulguer le provenance des savoir-faire traditionnels et de ses ressources génétiques vaut pour tout type d'exploitation envisagé.

¹⁷²⁹ Brésil, IP/C/W/228, IP/C/M/33, paragraphe 121, IP/C/M/32, paragraphe 128; Inde, IP/C/W/195, IP/C/M/29, paragraphes 164-165.

¹⁷³⁰ Voir PCT/R/WG/5/11, paragraphe 7.

applicables en matière d'accès à ces ressources ou savoirs, et si des dispositions ont été prises pour le partage des avantages. Ces mesures de transparence renforcent ainsi, la complémentarité des accords internationaux pertinents, à savoir les traités administrés par l'OMPI, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC), la Convention sur la diversité biologique (CDB) et les Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation (Lignes directrices de Bonn), ainsi que le Traité international de l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) (Traité international de la FAO) sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

Cette exigence, née de la volonté d'adaptation des pratiques contractuelles va trouver un écho particulièrement positif dans les instances internationales.

B. L'amplification par les conventions internationales.

434. Elle s'est concrétisée dans les efforts déployés au sein de diverses instances internationales, dont la CDB¹⁷³¹, l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO)¹⁷³², le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels

¹⁷³¹ La Suisse a soumis à la CDB un document intitulé « Projet de lignes directrices sur l'accès aux ressources génétiques et sur le partage des avantages », qui a largement inspiré les délibérations ayant conduit à l'adoption des *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation* à la sixième réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, tenue en avril 2002. À cette même réunion de la Conférence des Parties, la Suisse a en outre présenté une étude sur la certification des activités de bioprospection (voir Lyle Glowka, *Towards a Certification System for Bioprospecting Activities* (document UNEP/CBD/COP/6/CH/RPT) ce document se trouve à l'adresse suivante : <http://www.biodiv.org/doc/meetings/cop/cop-06/other/cop-06-ch-rpt-en.pdf>.

¹⁷³² A travers le Traité sur les ressources phylogénétiques de 2001. La 31^{ème} session de la Conférence de la FAO a en effet adopté le 3 novembre 2001 le Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. Ce traité qui est entré en vigueur au début du second trimestre 2004, contient notamment des dispositions sur l'accès aux ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture et sur le partage des avantages découlant de leur utilisation. Ce traité dont la limite matérielle est l'alimentation et l'agriculture diffuse pourtant ses principes au-delà. En ce qui concerne l'accès aux ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture et le partage des avantages découlant de leur utilisation, les articles 12.2, 12.3b), 12.5 et 13.2 du traité international de la FAO présentent un intérêt particulier. Ce traité prévoit une mesure précise visant à améliorer la transparence, c'est-à-dire un accord type de transfert de matériel (ATM) convenu au niveau international. Cette mesure n'a toutefois aucun lien avec le système international des droits de propriété intellectuelle mais elle participe de la normativité qui encadre la bio prospection. De plus le cantonnement de ce traité au champ de l'alimentation et de l'agriculture ne permet pas d'en généraliser les prescriptions. Tout de même il convient de noter qu'à chaque fois que son champ d'application matériel sera le théâtre d'une question impliquant des savoir-faire traditionnels les mesures de transparence plus vigoureusement soutenues.

et au folklore de l'OMPI¹⁷³³ et le Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Conseil des ADPIC)¹⁷³⁴.

435. Une question fondamentale que ces instances internationales ont abordée est la nécessité de mettre en œuvre des mesures permettant d'accroître la lisibilité des circonstances dans lesquelles sont ou peuvent être exploités les savoir-faire traditionnels ; toutes sortes de mesures qui concourent à la **transparence**¹⁷³⁵. Cet objectif primordial a été réaffirmé en des termes assez peu équivoques : « *Si toutes les législations en matière de brevets faisaient peser sur le demandeur une obligation de divulgation de la source d'origine des ressources génétiques et de preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause, on estime que la transparence augmenterait et que la simple communication d'informations contribuerait à faire respecter les accords d'accès et de partage des avantages.* »¹⁷³⁶ Les mesures de transparence permettraient ainsi, de renforcer la complémentarité des accords internationaux applicables. Un préalable pour qu'elles soient mises en œuvre avec succès réside dans la nécessité pour toutes les instances internationales pertinentes de coordonner étroitement leurs efforts pour parvenir à des résultats cohérents en agençant leurs politiques et les normes qu'elles émettent. En effet, les lignes Directrices de Bonn déclarent leur propre subsidiarité vis-à-vis des « régimes internationaux pertinents » en ces termes: « *les lignes directrices devraient être appliquées de manière cohérente en soutien mutuel avec les travaux des institutions et accords internationaux pertinents. Elles sont sans préjudices des dispositions sur l'accès et le partage des avantages du Traité international sur les ressources génétiques de la FAO*¹⁷³⁷. En outre, il faudrait tenir compte des travaux de l'OMPI sur les questions relatives à l'accès et au partage des avantages. Pour l'application des lignes directrices, il faudrait aussi prendre en compte la législation et les accords régionaux existant sur l'accès et le partage des avantages »¹⁷³⁸.

¹⁷³³ Pendant les réunions de ce comité, la Suisse a proposé plusieurs mesures et solutions pratiques et concrètes en rapport avec les questions inscrites à l'ordre du jour du comité. En outre, la Suisse a appuyé une proposition tendant à ce que l'OMPI fournisse davantage de moyens financiers pour que les communautés autochtones et locales participent davantage aux réunions à venir du comité.

¹⁷³⁴ La Suisse a notamment proposé la création d'une base de données internationale pour les savoirs traditionnels (voir les paragraphes 16 à 19 du document IP/C/W/284).

¹⁷³⁵ Girsberger M. A., "Transparency measures under Patent law regarding genetic resources and traditional knowledge - Disclosure of source and science evidence of Prior informed consent and benefit-sharing", *The Journal of World Intellectual Property*, July 2004, vol. 7, n° 4

¹⁷³⁶ Barton, J., et Al. « Intégrer, les droits de propriété intellectuelle et la, politique de développement », *Rapport de la, Commission britannique des droits de propriété intellectuelle*, Londres, Septembre 2002 p.209

¹⁷³⁷ C'est nous qui soulignons.

¹⁷³⁸ Lignes directrices de Bonn, dispositions générales D-10. On peut dire de cette disposition qu'elle indique une subordination formelle des lignes directrices au traité de la FAO, aux lois nationales et régionales. Elle propose en outre, une application concertée avec les travaux des autres institutions au rang desquelles l'OMPI. Cette subordination formelle ne présage cependant pas de la véritable valeur des lignes directrices qui ont en définitive inspiré les pratiques et les textes ultérieurs.

436. Les incitations à l'adoption des mesures visant à instaurer une transparence véritable sont portées par plusieurs textes et les pratiques contractuelles¹⁷³⁹ évoquées plus haut.

Le PLT, adopté le 1^{er} juin 2000 à l'issue d'une conférence diplomatique convoquée par l'OMPI, vise à harmoniser certaines conditions de forme énoncées dans les législations nationales sur les brevets en ce qui concerne l'acquisition et le maintien en vigueur des brevets. Il contient notamment des dispositions sur les conditions de forme auxquelles les déposants doivent satisfaire dans leurs demandes de brevet et limite la liberté de ses Parties contractantes, les Etats, en ce qui concerne l'introduction de conditions supplémentaires dans leur législation nationale sur les brevets. Il mérite donc à ce titre d'être pris en considération dans cette promotion de la transparence.

437. La Déclaration ministérielle de Doha, adoptée le 14 novembre 2001, prévoit dans son paragraphe 19 que le Conseil des ADPIC a pour instruction : « *dans la poursuite de son programme de travail, y compris au titre du réexamen de l'article 27.3.b), de l'examen de la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC au titre de l'article 71.1 et des travaux prévus conformément au paragraphe 12 de la présente déclaration, d'examiner, entre autres choses, la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique, la protection des savoirs traditionnels et du folklore et autres faits nouveaux pertinents relevés par les Membres conformément à l'article 71.1.* » En insistant sur la mise en conformité des accords ADPIC avec la convention sur la diversité biologique, la Conférence ministérielle de DOHA a donné l'occasion à l'instance exécutive de cette dernière de poser les jalons audacieux d'un « code de bonne conduite des contrats de bioprospection »¹⁷⁴⁰.

Ainsi, la sixième réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique qui s'est tenue en avril 2002 a-t-elle notamment adopté les *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation*. En vertu de son premier paragraphe, cet instrument volontaire¹⁷⁴¹ veut : « *fournir des éléments pour la mise au point et l'élaboration de mesures législatives, administratives ou de politique*

¹⁷³⁹ Du fait du champ d'application des lignes directrices de Bonn (Dispositions générales C-9) qui s'étendent à : « *toutes les ressources génétiques et les connaissances et les connaissances innovations et pratiques traditionnelles associées qui sont couvertes par la Convention sur la diversité biologique ainsi que les avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ces ressources (...)* »

¹⁷⁴⁰ C'est nous qui qualifions.

¹⁷⁴¹ Il faut quand même dire à son propos et en accord avec M. Hamdallah Zedan, Secrétaire exécutif de la Convention que : « *l'adoption à l'unanimité des lignes directrices de Bonn par quelque 180 Pays leur confère, en dépit de leur caractère volontaire, un pouvoir indéniable et traduit de la part de la communauté internationale, le désir de s'attaquer à des questions délicates qui exigent (...) de parvenir à un juste équilibre* », (Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation.*, CDB-PNUE, 2002, ISBN 92-807-2255-7.)

générale sur l'accès et le partage des avantages eu égard en particulier aux dispositions des articles 8.j), 10.c), 15, 16 et 19, ainsi que de contrats et autres arrangements à des conditions convenues d'un commun accord pour l'accès et le partage des avantages ». En ce qui concerne les mesures de transparence, les Lignes directrices de Bonn prévoient ce qui suit dans leur paragraphe 16.d) :

« Les Parties contractantes ayant sous leur juridiction des utilisateurs de ressources génétiques devraient prendre les mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées selon qu'il conviendra, afin de favoriser le respect du consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie contractante fournissant ces ressources ainsi que des conditions convenues d'un commun accord auxquelles l'accès a été accordé¹⁷⁴². Ces pays devraient dans ce sens envisager notamment les mesures suivantes :[...]

_ji) Mesures visant à encourager la divulgation du pays d'origine des ressources génétiques, l'origine des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales dans les demandes de droits de propriété intellectuelle [...] »¹⁷⁴³

438. La coopération entre le secrétariat de la CDB et l'OMPI est à cet égard exemplaire et harmonieuse car le comité intergouvernemental de l'OMPI a décidé, à sa troisième session tenue en juin 2002, de procéder à l'étude technique mentionnée¹⁷⁴⁴ dans le paragraphe 4 de la section C de la décision VI/24, adoptée pendant la sixième réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique. Dans ce paragraphe, l'OMPI avait été invitée « à établir une

¹⁷⁴² souligné par nous.

¹⁷⁴³ Les décisions adoptées à la sixième réunion de la Conférence des Parties évoquent aussi la divulgation de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevet. Dans le premier paragraphe de la section C de la décision VI/24 (intitulée : Accès et partage des avantages associés aux ressources génétiques"), la Conférence des Parties « invite les Parties et les gouvernements à encourager la divulgation du pays d'origine des ressources génétiques dans les demandes d'octroi de droits de propriété intellectuelle quand l'objet de la demande concerne ou utilise des ressources génétiques dans son développement, en tant que contribution possible au suivi du respect du consentement préalable donné en connaissance de cause et des conditions convenues d'un commun accord sur la base desquelles l'accès à ces ressources a été accordé[.] »

En outre, dans le paragraphe 46 de la décision VI/10 (intitulée Article 8.j) et dispositions connexes"), la Conférence des Parties « invite les Parties et les gouvernements à encourager la divulgation de l'origine des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique dans les demandes d'attribution de droits de propriété intellectuelle lorsque l'objet des demandes concerne ces connaissances ou repose sur elles. »

¹⁷⁴⁴ Entre les sixième et septième sessions du comité, un questionnaire sur la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets (WIPO/GRTKF/IC/Q.5) a été établi et distribué à tous les États membres de l'OMPI, ainsi qu'à d'autres parties prenantes. La teneur de ce questionnaire découle des travaux menés antérieurement par le comité sur ces questions, notamment d'une série de propositions d'États membres et de groupes régionaux (présentées dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/8). Le questionnaire porte à la fois sur les aspects juridiques et pratiques de la reconnaissance de l'état de la technique, notamment les caractéristiques juridiques de l'état de la technique pertinent aux fins de déterminer la nouveauté et la non-évidence (activité inventive), les sources de l'état de la technique qui sont effectivement utilisées dans la recherche et l'examen, d'autres aspects des procédures de recherche et d'examen, ainsi que des dispositions ou études de cas concernant précisément la reconnaissance des savoirs traditionnels et des ressources génétiques au cours de la recherche et de l'examen.

étude technique, et à en communiquer les résultats à la Conférence des Parties à sa septième réunion, au sujet des méthodes compatibles avec les obligations découlant des traités administrés par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle pour requérir la divulgation dans les demandes d'obtention de brevets, concernant notamment :

_a) Les ressources génétiques utilisées dans la réalisation des inventions revendiquées ;

_b) Le pays d'origine des ressources génétiques utilisées dans les inventions revendiquées ;

_c) Les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles associées, utilisées dans la réalisation des inventions revendiquées ;

_d) La source des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles associées ;

_e) La preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause [.] »

Cette étude a été menée et certains résultats en ont été transmis au Comité Intergouvernemental de l'OMPI lors de sa 7^{ème} session qui s'est tenue en novembre 2004. Cette étude dont la nature est avant tout technique doit être prise comme un document « *mis au point en vue d'apporter une contribution, au niveau international, à l'examen et à l'analyse de cette question générale et d'aider à clarifier certaines des questions juridiques ou de politique générale qu'il soulève. Il n'a pas été établi pour préconiser une approche particulière, ni pour exposer une interprétation définitive d'un quelconque traité. Par conséquent, il est proposé que ce document soit considéré comme une contribution technique visant à faciliter les débats de politique générale et l'analyse au sein de la Convention sur la diversité biologique et d'autres instances; il ne doit pas être considéré comme un document officiel exprimant une prise de position de la part de l'OMPI, ni de son secrétariat ou de ses Etats membres* », prend-on le soin de préciser¹⁷⁴⁵.

Signe de ce que les contrats sont sollicités comme moyen de diffusion des bonnes pratiques, l'on s'accorde désormais à dire au sein de l'OMPI que : « *Ces éléments d'information devraient permettre de fonder sur une large base empirique l'élaboration du projet de recommandations sur la prise en considération des savoirs traditionnels au cours de la recherche et de l'examen* »¹⁷⁴⁶. Il convient de préciser à ce propos que ces recommandations viseront avant tout à « *susciter une attention plus poussée et mieux ciblée aux savoirs traditionnels au cours de la recherche et de l'examen en matière de brevets, et ce dans les limites du cadre juridique existant, ce qui devrait permettre concrètement de fonder l'application*

¹⁷⁴⁵ Ainsi que l'a précisé l'Assemblée Générale de l'OMPI en septembre 2003 lors de la transmission de cette étude au comité intergouvernemental et cité dans le document UNEP/CBD/WG-ABS/2/3, p. 4.

¹⁷⁴⁶ WIPO/GRTKF/IC/7/8, p. 3.

des principes régissant les brevets sur une base d'état de la technique plus large et une meilleure compréhension du contexte des savoirs traditionnels »¹⁷⁴⁷.

Ainsi, par le mécanisme incitatif de la recommandation, ce sont les conditions préexistantes qui sont affermies en même temps que sont promus de nouveaux impératifs au rang desquels précisément la transparence. Cependant, l'amplification opérée par la voie des recommandations ne saurait suffire à elle seule¹⁷⁴⁸ et il faut la traduire en possibilité juridique.

La concrétisation de cette incitation à la transparence a été tentée par la Suisse qui a fait dans ce sens une proposition déterminante¹⁷⁴⁹, quoique à l'analyse, insuffisante, au plan international pendant qu'au plan interne, et ce dès 1999, elle faisait des efforts pour se mettre en conformité avec la Directive 98/44 du 6 juillet 1998 notamment à travers la motion LEUMANN¹⁷⁵⁰.

¹⁷⁴⁷ *Idem* p. 4 et 5.

¹⁷⁴⁸ Pour s'en convaincre il est édifiant d'en lire rapidement les fins : « - *aider les administrations des brevets à examiner et à mettre au point des procédures garantissant que les savoirs traditionnels pertinents seront pris en compte au cours du traitement des demandes de brevets, ce qui devrait permettre d'augmenter la probabilité que les brevets délivrés soient valables; - fournir un outil de formation et de sensibilisation aux examinateurs de brevets, aux spécialistes des brevets, aux chercheurs et aux entreprises innovantes, aux représentants des communautés, aux représentants de la société civile et à d'autres parties concernées par la validité des brevets délivrés; - fournir des conseils pratiques concernant spécifiquement les cas où des détenteurs de savoirs traditionnels prennent en connaissance de cause la décision de fixer certains éléments de leurs savoirs traditionnels à des fins de publication défensive (conseils complétant le manuel sur la préservation des intérêts des détenteurs de savoirs traditionnels au cours de la fixation de ces savoirs); - fournir un cadre informel de coopération entre les offices, avec par exemple la reconnaissance de certains d'entre eux comme étant particulièrement compétents en ce qui concerne des systèmes de savoirs traditionnels spécifiques (comme cela est expliqué au paragraphe 22 du document WIPO/GRTKF/IC/6/8); - fournir des conseils généraux ou des orientations possibles aux responsables politiques et aux législateurs au cours de l'analyse et de la mise au point de systèmes nationaux et régionaux de brevets.* »

¹⁷⁴⁹ Les propositions présentées par la Suisse qui visent à permettre expressément aux Parties contractantes des arrangements internationaux pertinents, parmi lesquels le PCT, le PLT, l'Accord sur les ADPIC, la CDB et le traité international de la FAO, de remplir leurs obligations respectives. Cela vaut en particulier pour l'article 27.1 du PCT, qui exclut toute exigence supplémentaire en ce qui concerne la forme et le contenu des demandes internationales de brevet, l'article 6.1) du PLT, qui interdit des conditions supplémentaires quant à la forme et au contenu des demandes nationales de brevet, les articles 27.1 et 62.1 de l'Accord sur les ADPIC, qui excluent respectivement des conditions supplémentaires de brevetabilité et des procédures et des formalités qui ne seraient pas raisonnables, ainsi que les articles 8.j), 15.4, 15.5, 15.7 et 16.5 de la CDB.

¹⁷⁵⁰ Le 20 avril 1999, le Parlement a soumis au Conseil fédéral une motion de la Conseillère aux Etats **Helen Leumann** lui demandant d'entreprendre d'harmoniser le droit suisse des brevets avec la **Directive 98/44/CE** du Parlement européen et du Conseil du **6 juillet 1998** sur la protection juridique des inventions biotechnologiques (Directive européenne sur la biotechnologie CE - Biotechnologie). Certains aspects de la motion ont déjà été pris en considération dans d'autres procédures législatives (Loi sur le génie génétique). Les autres préoccupations exprimées dans la motion forment le point central de la révision en cours de la Loi sur les brevets. La motion demande pour l'essentiel des adaptations dans les quatre domaines suivants: une concrétisation de la réserve des bonnes mœurs et de l'ordre public par une énumération d'exemples d'inventions exclues du brevet (entre autres les procédés de clonage d'organismes vivants humains, de modification de l'identité génétique du patrimoine germinal de l'organisme humain, l'utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales), une prise de position sur le rôle de la Commission d'éthique pour la biotechnologie dans le domaine non humain, la détermination des effets de la protection d'un brevet qui contient des droits sur du matériel biologique ainsi que l'introduction du privilège de l'agriculteur.

L'exigence d'une plus grande transparence souligne ainsi, les insuffisances de certaines dispositions des conventions internationales en l'état. Il convient dans un premier temps d'identifier ces dernières.

Paragraphe 2. L'identification des dispositions cibles.

439. Ce sont l'article 27(1) du Traité de coopération en matière de brevets (PCT) et la règle 4.1 du Règlement d'exécution du PCT ainsi que l'article 6(1) du Traité sur le droit des brevets (PLT) qui s'appliquent. À l'heure actuelle, ni la règle 4 ni la règle 51bis.1 du Règlement d'exécution du PCT ne contiennent de dispositions sur l'exigence de divulgation. Dès lors, pour clarifier la situation juridique sur le plan international, il est apparu nécessaire de modifier le Règlement d'exécution et de permettre ainsi explicitement au législateur national d'introduire une telle mesure. Compte doit également être tenu de l'article 62.1 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), qui stipule que les membres de l'OMC pourront seulement exiger, comme condition de l'acquisition ou du maintien des brevets, que soient respectées des procédures et formalités «raisonnables».

A. Les conventions internationales spécifiques au droit des brevets.

440. Le PCT met en place un système centralisé largement utilisé pour la réception des demandes internationales de brevet et la recherche se rapportant à ces demandes¹⁷⁵¹. La signature du traité de Washington du 19 juillet 1970 répond principalement à la volonté d'établir une coopération internationale dans les recherches des antériorités et de l'examen des demandes de brevet. C'est donc naturellement que l'on a proposé d'en modifier certaines dispositions pour y renforcer les exigences de transparence. En effet, selon son article 27.1 : « *Aucune législation nationale ne peut exiger que la demande internationale satisfasse,*

¹⁷⁵¹ L'on peut tenter de résumer la procédure de la phase internationale du PCT comme il suit : le dépôt de la demande de brevet en tant que telle, une recherche internationale, la publication et un examen préliminaire. D'autres démarches sont ensuite entreprises dans les pays pour lesquels le déposant a demandé la protection par brevet. Sur la structure de ce traité : il comporte 2 parties dont seule la 1^{ère} est obligatoire.. Sur les possibilité de combinaison entre les demandes PCT et les demandes régionales, se reporter à l'article 45 du traité PCT. Voir pour les relations particulières entre le traité PCT et la Convention de Munich du 05 octobre 1973 instituant le Brevet Européen, voir les articles 150 et suivants de la convention de Munich.

quant à sa forme ou son contenu, à des exigences différentes de celles qui sont prévues dans le présent traité et dans le règlement d'exécution ou à des exigences supplémentaires »¹⁷⁵². Pour bien comprendre la portée de cette disposition et savoir par conséquent ce que, selon elle, ne peuvent exiger les législations nationales, les règles 4.1 et 51bis.1 du Règlement d'exécution du PCT sont à prendre en considération :

441. La règle 4.1 énumère les éléments que **doit et peut** comporter la requête d'une demande internationale. Il s'agit d'une option qui, si elle est retenue par le déposant, ouvre pour les offices désignés, la possibilité d'exiger la preuve des déclarations faites par le déposant. En effet, selon la règle 4.1.c)iii), la requête peut contenir des « *déclarations prévues à la règle 4.17* »¹⁷⁵³. Que retenir de ces renvois successifs à des textes techniques, sinon qu'il s'agit d'autoriser ou de contraindre des déposants à formuler leur déclaration internationale en se fondant sur les exigences qui peuvent découler de la législation nationale applicable par l'office désigné. Interprétant l'article 4.1 dans le sens d'organiser a transparence, principe émergent en la matière, l'on peut tirer argument de la règle 51bis.1, qui dans son texte actuel, indique dans ses sous-alinéas a) à f) un certain nombre d'éléments à l'égard desquels le déposant peut être tenu de fournir des documents ou des justifications en vertu de la législation nationale applicable par l'office désigné. Cette règle indique clairement, à l'intention des déposants et des offices désignés, que le déposant peut être tenu de fournir ces éléments en vertu de la législation nationale applicable par l'office désigné. Sans pour autant régler la question au fond, la possibilité est donnée au droit national de déterminer dans quelle mesure la déclaration de la source du savoir-faire traditionnel devait être prise en compte dans le processus conduisant au brevet.

La règle 4 du Règlement d'exécution du PCT n'exige pas la communication de la source des ressources génétiques et des savoir-faire traditionnels dans les demandes internationales de brevet. Par ailleurs, en vertu de la règle 4, les déposants d'une demande internationale de brevet ne peuvent pas inclure volontairement ce type d'information dans le cadre de la procédure du PCT¹⁷⁵⁴, sauf dans le mémoire descriptif de l'invention. En outre, la règle 51bis.1, telle qu'elle est actuellement rédigée, ne mentionne pas expressément la possibilité pour les offices désignés d'exiger du déposant qu'il fournisse des informations sur la source des

¹⁷⁵² C'est dire tout de suite qu'en l'état actuel de ce texte les législations nationales sont bridées.

¹⁷⁵³ La règle 4.17 elle-même porte sur certaines déclarations qui sont exigées par les législations nationales conformément à la règle 51bis.a). IL n'est donc pas excessif de dire que l'article 4.17 permet l'expression entière des dispositions nationales concernant les formalités et les déclarations, le cas échéant. Selon la règle 4.18.a), « *La requête ne doit pas contenir des éléments autres que ceux qui sont mentionnés aux règles 4.1 à 4.17 ...* » ; en outre, la règle 4.18.b) exige que l'office récepteur biffe d'office les éléments supplémentaires.

¹⁷⁵⁴ Puisqu'il est exigé d'office du récepteur qu'il biffe les informations complémentaires.

ressources génétiques et des savoir-faire traditionnels en vertu de la législation nationale applicable par l'office désigné.

Ainsi, l'on peut constater que, s'en remettre aux dispositions du PCT actuel pour soutenir une exigence supplémentaire de transparence est chose sinon impossible du moins très difficile.

442. Le traité sur le droit matériel des brevets ne satisfait pas totalement non plus de ce point de vue.

En effet, L'article 6.1) du Traité sur le droit des brevets (PLT), qui traite de la forme et du contenu des demandes nationales de brevet, contient les dispositions suivantes :« *Sauf disposition contraire du présent traité, aucune Partie contractante ne peut exiger qu'une demande remplisse, quant à sa forme ou à son contenu, des conditions différentes*

_ i) des conditions relatives à la forme ou au contenu qui sont prévues en ce qui concerne les demandes internationales déposées en vertu du Traité de coopération en matière de brevets ;

_ii) des conditions relatives à la forme ou au contenu qui, en vertu du Traité de coopération en matière de brevets, peuvent être requises par l'office d'un État partie audit traité, ou par l'office agissant pour cet État, une fois engagé le traitement ou l'examen de la demande internationale en vertu de l'article 23 ou 40 de ce traité ou des conditions qui s'y ajouteraient. »

Ces dispositions sont à rapprocher des règles 4.1 et 51bis.1 du Règlement d'exécution du PCT que nous mentionnions plus haut. En effet, selon que ces dernières autorisent ou obligent les déposants à apposer des mentions supplémentaires sur leurs demandes internationales, il sera possible de tirer moyen de l'article 6.1 du PLT pour mettre des obligations similaires à la charge des déposants nationaux. Quoiqu'il en soit, le PLT prévoit aussi que « *l'inobservation d'une ou plusieurs des conditions de forme relatives à une demande, énoncées aux articles 6.1) [...] ne peut pas constituer un motif de révocation ou d'annulation du brevet, dans sa totalité ou en partie, sauf lorsque l'inobservation de la condition de forme résulte d'une intention frauduleuse* »¹⁷⁵⁵. La validité des brevets délivrés n'est donc pas remise en cause si le déposant de la demande de brevet n'observe pas les conditions de forme énumérées à l'article 6.1). Il est seulement dérogé à cette règle générale lorsque l'inobservation de la condition de forme résulte d'une intention frauduleuse. Toutefois, l'article 10 du PLT ne s'applique que lorsqu'un brevet est délivré, mais il ne s'applique pas à la procédure de délivrance d'un brevet national en tant que telle. Les exigences de déclaration sur les sources des savoir-faire traditionnels et des ressources génétiques et des savoir-faire traditionnels associés ne peuvent être sanctionnées que si elles

¹⁷⁵⁵ Article 10 du Patent Law Treaty.

confinent à la fraude. Et même dans ce cas, la sanction ne peut intervenir que relativement au résultat de la procédure, c'est-à-dire la révocation totale ou partielle du brevet délivré. Il n'est pas étonnant que dans ces conditions, le PLT soit suspecté d'entretenir un déséquilibre partiel à l'avantage des pays développés¹⁷⁵⁶.

443. En effet, le PLT adopte une position satisfaisante en apparence¹⁷⁵⁷ en faisant une part importante à la transparence comme condition potentiellement sanctionnable. Cependant, les éléments tels que la fraude qui permettent de déclencher cette hypothétique sanction relèvent du droit général des obligations. L'on eut préféré une faute spéciale constituée par l'abstention non justifiée de déclaration d'une information requise dans la procédure de demande de brevet. A cette proposition on pourrait objecter qu'une telle mesure jetterait la suspicion sur tout un processus où la confiance et la fluidité sont des qualités essentielles. La création d'une catégorie spéciale d'infraction n'est de ce point de vue peut être pas souhaitable. L'on peut néanmoins donner plus de force à l'exigence de transparence en restituant au concept de fraude un sens plus civiliste caractérisé principalement par la volonté de tourner les exigences légales.

Ainsi peut on dire que l'interdiction de sanctionner l'absence de déclaration que l'article 10 du PLT édicte ne touche pas la procédure de délivrance en tant que telle mais seulement le résultat de cette procédure, une fois celui-ci acquis. Ce qui a fait dire à certains états que « *L'article 10 n'empêche donc pas les Parties contractantes du PLT de prévoir des sanctions pour inobservation des conditions de forme*¹⁷⁵⁸ avant la délivrance d'un brevet ». ¹⁷⁵⁹. Selon certains auteurs, l'approche la plus prometteuse serait de maintenir l'obligation de divulgation, comme une obligation administrative tout en l'assortissant de la sanction d'invalidité¹⁷⁶⁰.

444. Le débat est en train d'évoluer en ce qui concerne les ressources génétiques et les brevets y relatifs, vers l'intégration de clauses de flexibilité pour raisons d'intérêt public, et la divulgation des sources comme en témoignent les travaux du Comité sur le droit des brevets tenus à l'OMPI du 1^{er} au 3 juin 2005¹⁷⁶¹. L'on a pu voir là une influence de l'évolution des différentes législations

¹⁷⁵⁶ **Dutfield, G.** Interview accordée à Intellectual Property Watch le 27 avril 2006 où il déclare « *the intention behind harmonisation of substantive patent Law is in part, not wholly, to prevent today's developing countries from doing what today's developed countries were freely able to do when they were developing countries* ». Consulté sur www.ip-watch.org. Le 14 décembre 2006

¹⁷⁵⁷ **Girsberger, M.A.**, « Transparency Measures Under Patent Law Regarding Genetic Resources and Traditional Knowledge: Disclosure of Source and Evidence of Prior Informed Consent and Benefit Sharing », *Journal of World Intellectual Property*, 7(4) 2004 :451-489.

¹⁷⁵⁸ Contenus notamment dans l'article 6.8 du PLT.

¹⁷⁵⁹ PCT/R/WG/4/13 Annexe IV 2) *in fine*

¹⁷⁶⁰ **Dutfield, G.**, Interview précité : « *The most promising approach is would be to require patent applicants to provide evidence that the sources of knowledge were acquired legally but not to be part of the substantive examination of validity of patents. It should be separate from determination of the validity of the patent, it should be part of administrative requirements. If it turns out that proof was not submitted, and the patent was subsequently granted, then that patent should be made unenforceable* ».

¹⁷⁶¹ WIPO-Update 250 en date du 6 juin 2005.

nationales¹⁷⁶² qui, en maintenant étroits les liens entre la protection de la biodiversité et les droits de propriété intellectuelle, constituent une sorte de minorité agissante difficile à ignorer¹⁷⁶³.

B. Les dispositions spécifiques au commerce international.

445. La forme¹⁷⁶⁴ des demandes de brevets reçoit-elle un traitement différent au vu des dispositions de l'Accord sur les ADPIC ?

La seule exigence précise quant à la forme, est relative à la complétude de la description de l'information à destination de l'homme du métier. Il n'est nullement question d'une exigence relative à la source. Ainsi, peut-on lire à l'article 29 que « *les déposants d'une demande de brevet doivent divulguer l'invention d'une manière suffisamment claire et complète pour qu'une personne du métier puisse l'exécuter [...]* ». Lorsqu'il est fait mention d'exigences quant à la forme, cette exigence est couplée avec le terme flou : « *raisonnable* ». Ainsi peut on lire à l'article 62.1 du même instrument, que seules sont autorisées des « *procédures et formalités raisonnables* »¹⁷⁶⁵. Ceci qui exclut, pourrait-on dire dans un primo-réflexe, que les États membres imposent aux déposants de demandes de brevet des procédures et des formalités qui ne soient pas raisonnables au sens de l'article 62.1.

Dans ces conditions, la question qui demeure est celle de savoir si le fait d'exiger que lors d'une demande nationale, les déposants mentionnent la provenance des savoir-faire traditionnels incorporés et apportent la preuve du consentement préalable et éclairé est « déraisonnable » ? Une réponse positive est difficile à apporter. La fin de l'article 62-1 des Accords ADPIC donne la mesure du raisonnable, qui devra en tout état de cause, être compatible avec ses propres dispositions. La modification de cet accord n'étant pas encore effective, notamment en ce qui concerne l'article 27.3b, il est difficile de saisir le contenu exact de ce « raisonnable ». De plus, les seules mesures qui sont destinées à améliorer la « transparence » au sens de ces accords sont celles de l'article 63.1 *in*

¹⁷⁶² Morin, J-F, « Une réplique du sud à l'extension du droit des brevets : la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle », *Droit et société* 58/2004 p. 14

¹⁷⁶³ Le groupe dit des méga-divers représente assez bien cette tendance à l'activisme étatique. Il comprend un quinzaine de pays, dont deux africains qui ont développé depuis peu un position commune à l'OMC et à l'OMPI.

¹⁷⁶⁴ Etant entendu que pour ce qui est du fond, l'interdiction est totale de poser des conditions supplémentaires de brevetabilité. L'article 27.1 de l'Accord sur les ADPIC n'autorise en effet comme seules conditions de brevetabilité quant au fond que 1) la nouveauté, 2) l'activité inventive ou la non-évidence et 3) l'application industrielle ou l'utilité. Il est donc interdit aux membres d'imposer, sur le fond, des conditions de brevetabilité différentes ou supplémentaires.

¹⁷⁶⁵ L'article 62.1 de l'Accord sur les ADPIC précise que « *les membres pourront exiger, comme condition de l'acquisition ou du maintien des droits de propriété intellectuelle prévus aux sections 2 à 6 de la partie II, que soient respectées des procédures et formalités raisonnables. Ces procédures et formalités seront compatibles avec les dispositions du présent accord* ».

fine qui font obligation aux Parties de publier les différents accords particuliers portant sur les questions de propriété intellectuelle touchant au commerce. Comme on peut le constater, cette disposition est plus destinée à informer le Comité des ADPIC de l'état des différents accords particuliers qu'à assurer une véritable transparence au sens de nos développements. Dans ces conditions, et en l'absence de dispositions spécifiques, imposer la divulgation de la source ne peut être jugé raisonnable du strict point de vue des Accords ADPIC.

En revanche, lorsqu'on met en perspective les Accords ADPIC avec la convention sur la diversité biologique, on s'aperçoit alors qu'il devient plus difficile de considérer la mesure de transparence comme déraisonnable. Cette impression se renforce lorsque l'on examine la batterie des dispositions qui puisent toutes leur inspiration de la *Convention sur la diversité biologique (CDB)*. Un tel rapprochement suppose que soit dépassée la phase de l'opposition primaire entre les deux textes ; opposition que Jock LANGFORD exprime fort justement en ces termes: « *Pour autant, il existe une différence essentielle (...), une différence philosophique centrale, au regard de la protection des savoirs traditionnels, qui existe entre l'OMPI et la CDB. L'OMPI voit les savoirs traditionnels à travers le prisme de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire à travers la philosophie qui sous-tend les objectifs et la nature des DPI. Pour être protégés en vertu d'une loi sur la propriété intellectuelle sui generis, les savoirs traditionnels devront être adaptés à cette structure légale. En revanche, l'article 8 j) et les dispositions connexes offrent la possibilité d'élaborer des systèmes sui generis de protection reconnus par la législation nationale qui s'apparenteront au droit coutumier et aux protocoles traditionnels des communautés autochtones et locales.* »¹⁷⁶⁶ Nous retrouvons ici encore les bénéfices d'une lecture combinée des normes tel que le paradigme de réseau que nous avons adopté nous le permet.

Une mise en œuvre des conditions de transparence dans de telles conditions paraît un peu plus aisé à organiser.

Section 2. La mise en œuvre de la transparence dans l'exploitation des savoir-faire traditionnels.

446. S'agissant des mesures nécessaires pour l'amélioration de la transparence dans le cadre du droit des brevets, les dispositions de plusieurs instruments internationaux doivent être prises en considération. Ainsi, l'organisation d'une meilleure transparence dans le droit des brevets semble passer

¹⁷⁶⁶ Langford J., « La protection *sui generis* des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés » in *l'Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation, Compte rendu des discussions, Mexique 2004*, p. 139

par certaines dispositions du PCT¹⁷⁶⁷, du PLT¹⁷⁶⁸, de l'Accord sur les ADPIC, de la CBD et du traité international de la FAO dont il convient de mettre en harmonie, des dispositions cibles éparpillées. L'on pourra alors recourir au contrat dans son rôle de relais¹⁷⁶⁹ des dispositions générales et incitatives des conventions internationales diversement reçues au niveau national.

La mise en oeuvre en question est effective moyennant une quadruple prudence¹⁷⁷⁰. Les propositions qui nous serviront d'hypothèses de discussion émanent de la représentation suisse auprès de l'OMPI.

Pour optimiser la transparence dans les demandes de brevets, il est proposé de modifier la règle 51bis.1 du règlement d'exécution du PCT dans ce sens la Suisse propose d'introduire un nouveau sous-alinéa g) dans la règle 51bis.1 du Règlement d'exécution du PCT¹⁷⁷¹ (Paragraphe 1). Cette traduction textuelle de l'exigence de transparence souligne le rôle irradiant que joue en la matière, la Convention sur la diversité biologique (Paragraphe 2).

¹⁷⁶⁷ **Traité de coopération en matière de brevets (PCT) de 1970.** Ce traité permet de demander la protection d'un brevet pour une invention simultanément dans un grand nombre de pays en déposant une demande "internationale" de brevet. Une telle demande peut être déposée par toute personne qui a la nationalité d'un État contractant ou est domiciliée dans un tel État. Elle peut en général être déposée auprès de l'office national des brevets de l'État contractant dont le déposant a la nationalité ou dans lequel il est domicilié ou, si le déposant le préfère, auprès du Bureau international de l'OMPI à Genève. Si le déposant est ressortissant d'un État contractant, ou domicilié dans un État contractant, qui est partie à la Convention sur le brevet européen, au Protocole de Harare relatif aux brevets et aux dessins et modèles industriels (Protocole de Harare) ou à la Convention sur le brevet eurasiatique, la demande internationale peut aussi être déposée auprès de l'Office européen des brevets (OEB), de l'Organisation régionale africaine de la propriété industrielle (ARIPO) ou de l'Office eurasiatique des brevets (OEAB), respectivement.

¹⁷⁶⁸ Le **PLT : Patent Law Treaty** (dont le texte intégral peut être consulté à l'adresse www.wipo.int/treaties) a été conclu le 1er juin 2000 et est ouvert à l'adhésion des États membres de l'OMPI ou parties à la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle. Il est également ouvert à l'adhésion de certaines organisations intergouvernementales. Les instruments de ratification ou d'adhésion doivent être déposés auprès du directeur général de l'OMPI. Le PLT entrera en vigueur trois mois après que dix États auront déposé leurs instruments de ratification ou d'adhésion. Le Traité sur le droit des brevets (PLT) vise à harmoniser et à rationaliser les procédures de forme relatives aux demandes et aux brevets nationaux et régionaux afin de les rendre plus favorables aux utilisateurs. À l'exception notable des exigences relatives à la date de dépôt, le PLT définit les exigences maximales pouvant être appliquées par l'office d'une Partie contractante. Par conséquent, une Partie contractante est libre de prévoir des exigences plus généreuses du point de vue des déposants et des titulaires mais ne peut prévoir des exigences plus contraignantes.

¹⁷⁶⁹ Sur la présentation du contrat en tant que relais de la loi en matière de bio prospection, V. **Bellivier F, Noiville, C., Contrats et vivant**, précité, p. 219.

¹⁷⁷⁰ Premièrement, toute mesure de ce genre devrait permettre d'atteindre la transparence souhaitée de façon efficace. Deuxièmement, toute mesure visant à améliorer la transparence devrait garantir la certitude juridique, être facile à appliquer et ne pas entraîner de tâches et de dépenses administratives inutiles pour les déposants de demandes de brevet et les administrations chargées des brevets. Troisièmement, **les mesures devraient laisser aux États une liberté aussi grande que possible, et leur permettre d'adopter, au niveau national, des solutions qui tiennent compte des besoins et des intérêts nationaux.** Quatrièmement, la mesure de transparence devrait se conjuguer aux obligations existantes découlant des accords internationaux pertinents.

¹⁷⁷¹ Dont le texte serait le suivant :

_g) La législation nationale applicable par l'office désigné peut, conformément à l'article 27, exiger que le déposant :

_ i) déclare la source d'une ressource génétique déterminée à laquelle l'inventeur a eu accès, si une invention est directement fondée sur cette ressource ; si cette source n'est pas connue, il en sera fait état

_ ii) déclare la source des savoirs, des innovations et des pratiques des communautés autochtones et locales utiles pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, si l'inventeur sait qu'une invention est directement fondée sur ces connaissances, ces innovations et ces pratiques ; si cette source n'est pas connue, il en est fait état. »

Paragraphe 1. La traduction textuelle de la divulgation d'origine.

447. Pour traduire la condition émergente de transparence en matière de brevets portant sur les savoir-faire traditionnels, deux options sont en compétition. Face à une complexité aux effets incertains, nous optons pour une approche plus pragmatique que les négociations en matière de commerce international viennent de remettre au centre des débats.

A. Une complexité aux effets incertains.

448. La règle 51*bis*.1g) du règlement d'exécution du PCT ne s'appliquerait que si la législation nationale d'une Partie contractante exigeait que les déposants qui déposent une demande internationale de brevet déclarent la source des ressources génétiques et des savoirs, innovations et pratiques dans leur demande. C'est donc au législateur national qu'il appartient de décider si une telle déclaration est nécessaire ou non. Si une demande ne contient pas la déclaration requise, la législation nationale peut prévoir que le traitement de cette demande sera suspendu tant que le déposant n'aura pas fourni la déclaration en question.

449. La législation nationale peut aussi prévoir que le défaut de déclaration sera sans incidence sur le traitement des demandes. Ainsi, dans le cadre européen, la directive de l'Union européenne sur la protection juridique des inventions biotechnologiques¹⁷⁷² prévoit-elle dans son 27^{ème} considérant ce qui suit : *« considérant que, si une invention porte sur une matière biologique d'origine végétale ou animale ou utilise une telle matière, la demande de brevet devrait, le cas échéant, comporter une information concernant le lieu géographique d'origine de cette matière, si celui-ci est connu ; que ceci est sans préjudice de l'examen des demandes de brevet et de la validité des droits résultant des brevets délivrés [...] »*. À voir de plus près, le texte européen semble s'être arrêté au milieu du gué en reconnaissant d'un côté la nécessité de procéder à la déclaration de l'origine du savoir-faire traditionnel ou du matériel génétique et en privant dans le même temps le défaut d'une telle déclaration de tout effet quant à l'examen de la demande et à la constitution des droits. Il eut été en effet préférable d'assortir une telle demande de transparence, de sanctions telles que la suspension de l'examen. Ceci aurait eu pour avantage d'inciter à la transparence sans pour autant freiner la R&D dans le domaine. Ce considérant marque néanmoins un point d'ancrage entre le texte Européen et les divers textes internationaux allant dans le sens de l'instauration de règles contraignantes de transparence. En l'état actuel des

¹⁷⁷² Directive 98/44 du Parlement et du conseil du 6 juillet 1998.

textes il demeure possible au juge saisi sur la base d'une abstention frauduleuse¹⁷⁷³ de porter un coup fatal au titre corrompu ou à la demande de brevet.

450. Il ressort clairement de la proposition suisse ainsi libellée : « *si une invention est directement fondée sur (...)* », que la condition est remplie si une invention utilise directement la ressource génétique ou les savoir-faire, les innovations et les pratiques. Les déposants ne pourront déclarer la source des savoir-faire traditionnels et des ressources génétiques que s'ils disposent effectivement des informations relatives à cette source. Toutefois, les déposants qui ne disposent pas de ces informations ne devraient être libérés d'aucune obligation. C'est pourquoi il est proposé que les déposants puissent être tenus de déclarer que la source ne leur est pas connue. Par conséquent, si une invention remplit les conditions énoncées dans la nouvelle règle 51bis.g), le texte proposé permettrait expressément au législateur national d'exiger des déposants qu'ils déclarent la source de la ressource génétique ou des savoir-faire, des innovations et des pratiques ou qu'ils déclarent que cette source ne leur est pas connue. Cette dernière déclaration devrait être d'une aide certaine lorsqu'il s'agira d'apprécier la bonne foi ou la fraude du déposant.

En réponse à la volonté de transparence impulsée, il a été aussi proposé de modifier la règle 4.17 du Règlement d'exécution du PCT

En complément du nouveau sous-alinéa g) de la règle 51bis.1, la Suisse propose d'introduire un nouveau sous-alinéa vi) dans la règle 4.17 du Règlement d'exécution du PCT, dont le texte pourrait être le suivant :

_vi) une déclaration, visée à la règle 51bis.1g), relative à la source d'une ressource génétique et de savoirs, innovations et pratiques déterminés de communautés autochtones et locales utiles pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique ».

451. Cette proposition donnerait aux déposants de demandes de brevet la possibilité de satisfaire à l'exigence imposée par la législation nationale relative aux brevets en ce qui concerne la fourniture d'une déclaration conformément à la nouvelle règle 51bis.1g) proposée au moment du dépôt de la demande internationale de brevet ou ultérieurement pendant la phase internationale. Cela simplifierait encore les procédures relatives à la déclaration de la source des ressources génétiques et des savoirs, innovations et pratiques, en ce qui concerne les demandes internationales de brevet.

¹⁷⁷³ Abstention frauduleuse dont le constat serait facilité par le fait de la création d'une liste d'organismes gouvernementaux qui seraient habilités à recevoir des informations sur les demandes de brevet contenant une déclaration de la source (Proposition faite par la Suisse). Ainsi la divulgation et les informations connexes permettraient à la Partie contractante qui fournit les ressources génétiques de vérifier si le déposant a respecté les conditions et les procédures de son système national de consentement préalable donné en connaissance de cause et si des dispositions ont été prises en vue d'un partage juste et équitable des avantages.

En ce qui concerne les conditions relatives à la forme ou au contenu de la demande, l'article 6.1) du PLT mentionne les dispositions du PCT, en particulier les règles 4.1 et 51*bis* du Règlement d'exécution du PCT. Compte tenu de cette mention du PCT dans l'article 6.1) du PLT, la nouvelle règle 51*bis*.1g) qu'il est proposé d'introduire dans le PCT s'appliquerait aussi au PLT. Les Parties contractantes du PLT pourraient donc exiger dans leur législation nationale relative aux brevets la fourniture d'une déclaration en relation avec les demandes nationales de brevet. Compte tenu de l'article 10 du PLT, la législation nationale relative aux brevets peut prévoir que la validité d'un brevet délivré est remise en cause si la source n'est pas déclarée ou l'est incorrectement, et si ces manquements relèvent d'une intention frauduleuse. Cela pourrait être le cas si le déposant déclare, dans l'intention de nuire aux intérêts des fournisseurs ou de contourner la loi, que la source n'est pas connue.

Comme on le sait, tout système d'information, pour rendre effective la transparence doit présenter une qualité intrinsèque : l'accessibilité. Ceci n'a pas échappé aux promoteurs des modifications discutés ci-dessus. La nécessité d'établir des organismes gouvernementaux compétents pour recevoir les informations centralisées sur les déclarations a été ainsi affirmée par eux.

Il s'agit là d'une garantie de l'efficacité de la mesure qui s'impose tant dans la pratique internationale que nationale. En effet, plusieurs facteurs nuisent à l'efficacité de l'obligation proposée de déclarer la source d'une ressource génétique et de savoirs, d'innovations et de pratiques dans les demandes de brevet. Si la source d'une ressource génétique et de savoirs, d'innovations et de pratiques est simplement déclarée dans les demandes de brevet, les États et les autres parties intéressées qui souhaitent vérifier s'ils sont mentionnés dans ces demandes devront passer en revue le grand nombre de demandes de brevet déposées chaque année dans le monde entier. En outre, certains offices de brevet ne publient pas du tout les demandes de brevet ou ne les publient qu'après l'expiration d'un délai déterminé. Par ailleurs, il peut s'écouler plusieurs années entre la date du dépôt d'une demande de brevet et la délivrance d'un brevet et sa publication.

Par conséquent, si les demandes de brevet ne sont pas publiées, la déclaration de la source ne sera accessible publiquement qu'une fois le brevet délivré et publié.

Cette situation pourrait changer si l'office qui reçoit une demande de brevet contenant une déclaration de la source d'une ressource génétique ou des savoirs, des innovations et des pratiques, informait un organisme gouvernemental de l'État indiqué comme source de la déclaration en question. Il semblerait que le correspondant national pour l'accès et le partage des avantages, dont le rôle est indiqué au paragraphe 13 des Lignes directrices de Bonn, serait particulièrement

bien placé pour exécuter cette tâche¹⁷⁷⁴. Les informations contenues dans la déclaration pourraient être fournies dans une lettre type envoyée à l'organisme gouvernemental compétent de l'État indiqué dans la demande de brevet. Cette lettre informerait cet organisme que l'État en question a été indiqué dans la déclaration comme source de la ressource génétique ou des savoirs, des innovations et des pratiques et contiendrait le nom et l'adresse du déposant de la demande de brevet. Une proposition similaire a été faite par la commission britannique sur la propriété intellectuelle dans son rapport de 2002 qui a estimé en effet qu' : « *il faudrait envisager d'établir un système selon lequel les offices des brevets examinant les demandes de brevets qui indiquent l'origine géographique des ressources génétiques ou de savoirs traditionnels transmettent cette information soit au pays concerné, soit à l'OMPI qui pourrait agir en tant que dépositaire des informations liées au brevet et relatives aux allégations de « biopiraterie ». Ces mesures permettraient de suivre au plus près l'utilisation et l'usage abusif des ressources génétiques.* »¹⁷⁷⁵

452. Cette proposition, malgré son pragmatisme et son volontarisme affichés, ne semble considérer que l'hypothèse d'une déclaration faite par le déposant ; laissant de côté celle dans laquelle le déposant s'abstiendrait d'une telle déclaration. Il convient de voir là une inégalité entre les ressources génétiques qui sont matérielles et les savoir-faire traditionnels qui sont des objets immatériels. En effet, à notre avis, cette dernière hypothèse ne peut en définitive se présenter que pour les savoir-faire traditionnels et les informations relatives aux ressources génétiques. Il est en effet clair que l'obligation de dévoiler la source de la ressource génétique est, en pratique, non dissimulable dans le sens où elle contraindra tout déposant de demande de brevet sur une ressource génétique à déclarer une origine dont la fausseté ou la véracité pourra être vérifiée grâce à la centralisation et le mécanisme d'information des agences nationales proposé. Ainsi peut-on dire qu'à chaque fois qu'il y aura une demande de brevet portant sur une ressource génétique elle ne pourra valablement se faire sans déclaration d'origine.

453. En revanche, tout autre est le cas des savoir-faire traditionnels, des innovations et des pratiques qui peuvent ne pas faire l'objet d'une telle déclaration ou plus précisément. Il peuvent ainsi faire l'objet d'une fausse déclaration sans que l'organisme examinateur de la demande puisse la vérifier. Il n'y a en effet aucun moyen de vérifier qu'une demande de brevet contient ou est basée sur des savoir-

¹⁷⁷⁴ Il est ainsi proposé que l'OMPI envisage, en étroite collaboration avec la CDB, la création d'une liste d'organismes gouvernementaux compétents pour recevoir ce type d'information. Cette liste pourrait être mise à disposition par l'intermédiaire de l'OMPI et du Centre d'échange de la CDB. Les États souhaitant recevoir ce type d'information pourraient indiquer l'organisme gouvernemental compétent, qui serait ensuite intégré dans la liste proposée.

¹⁷⁷⁵ Barton, J., et Al. « Intégrer, les droits de propriété intellectuelle et la, politique de développement », *Rapport de la, Commission britannique des droits de propriété intellectuelle*, Londres, Septembre 2002, p. 87.

faire traditionnels, si le demandeur lui-même ne le déclare. La situation type serait celle où l'invention déclarée est fondée uniquement sur un savoir-faire traditionnel, une innovation ou une pratique traditionnelle. Dans ce dernier cas il conviendra toujours de se reporter au contrat de bioprospection ou à l'accord de transfert de matériel (ATM). Il est possible cependant d'imaginer que, les savoir-faire traditionnels, se rapportant dans une majorité de cas, à l'utilisation d'un élément de la biodiversité, la simple mention de la ressource génétique, entraînera celle du savoir-faire traditionnel associé.

Ces propositions paraissent à plus d'un titre constructives, bien qu'assez complexes et impliquant un nombre important de modifications des textes existants. Elles méritent toute l'attention du Comité permanent du droit des brevets (SCP) et du Groupe de travail sur la réforme du PCT dans le travail de refonte qui se poursuit selon un calendrier que l'Assemblée Générale de l'OMPI a fixé et détaillé en 6 points¹⁷⁷⁶.

Ainsi, nous paraît-elle insuffisante à elle seule, d'autant que les tiraillements demeurent forts quant au caractère facultatif ou obligatoire qu'il convient de reconnaître à la divulgation de la source dans le système du PCT comme en attestent les récentes conclusions du groupe de travail¹⁷⁷⁷. Mais comme soutenu plus haut, la question de la « facultativité » ou de « l'obligatorité » de la condition de transparence est relative à la force de cette condition en non à son existence.

¹⁷⁷⁶ L'Assemblée générale de l'OMPI a décidé que l'OMPI doit donner une réponse positive à la sollicitation de la conférence des parties de la convention sur la diversité biologique, et a arrêté à cet effet le calendrier et les modalités ci-après :

1) le directeur général invitera tous les États membres de l'OMPI à faire part de leurs propositions et suggestions avant le 15 décembre 2004;

2) un projet d'étude (ci-après dénommé "projet") sera établi par le Bureau international, publié sur le site Web de l'OMPI et distribué pour la fin du mois de janvier 2005 à tous les États membres de l'OMPI et aux observateurs accrédités auprès du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, du Comité permanent du droit des brevets (SCP) et du Groupe de travail sur la réforme du PCT aux fins d'observations et de commentaires;

3) tous les États membres et observateurs accrédités pourront soumettre leurs observations et leurs commentaires sur le projet pour la fin du mois de mars 2005;

4) tous les commentaires et observations reçus seront publiés sans délai ni modification sur le site Web de l'OMPI, puis dans un document de synthèse à l'expiration du délai prévu pour la communication des commentaires et observations

5) une réunion intergouvernementale ad hoc d'une journée se tiendra en mai 2005 en vue d'examiner et de discuter une version révisée du projet. Cette version révisée sera publiée au moins 15 jours avant la réunion. Tous les États membres de l'OMPI et les observateurs accrédités seront invités à cette réunion, qui élira son président et sera régie par les Règles générales de procédure de l'OMPI. La date de la réunion sera fixée de manière à permettre la participation du plus grand nombre possible d'organisations observatrices de peuples autochtones et aborigènes;

6) le Bureau international établira à l'issue de la réunion un nouveau projet révisé qui sera présenté à l'Assemblée générale de l'OMPI à sa session ordinaire de septembre 2005 pour examen et décision. (Document WIPO/GRTKF/IC/7/10 du 15 Octobre 2004 p. 6)

¹⁷⁷⁷ In view of the clear divergence of opinions among the Contracting Parties of the PCT with regard to the introduction of a formal disclosure requirement, Switzerland has proposed to make it optional for the national legislator to introduce such a requirement. Voir dans le même sens le document PCT/R/WG/6/11 de Mai 2004, ainsi que PCT/R/WG/6/12, paragraphes. 82-107, en particulier les paragraphes 105-107.

Il convient alors de considérer qu'il s'agit bien là d'une condition qui gagnera progressivement en force et selon les législations nationales. Elle semble déjà gagner en force en s'imposant comme centrale dans les négociations et les suggestions de modifications de l'article 29 de l'accord sur les ADPIC car les propositions de modification étudiées plus haut ne résolvaient pas la question de la compatibilité avec les accords ADPIC¹⁷⁷⁸.

B. La modification de l'article 29 de l'accord sur les ADPIC.

454. C'est l'impulsion de la convention sur la diversité biologique conjuguée avec celle des contrats de bioprospection qui vient à nouveau de s'illustrer au sein de l'OMC où la question des savoir-faire traditionnels vient d'être remplacée au centre des discussions. Faisant fi des modifications parcellaires¹⁷⁷⁹ proposées par les pays développés pour prendre en compte l'exigence de transparence dans le droit international des brevets, les pays en voie de développement viennent de reprendre l'initiative en proposant une modification du texte des Accords ADPIC. Le 29 mai 2006, un groupe de six pays en développement¹⁷⁸⁰, représenté par l'Inde, a soumis à l'Organisation mondiale du commerce¹⁷⁸¹ une proposition¹⁷⁸² prévoyant d'introduire dans le droit commercial international des prescriptions relatives à la divulgation de l'origine des ressources génétiques dans le cadre des demandes de brevets. Le texte visé est l'article 29 de l'accord sur les ADPIC qui devrait se voir rallonger d'un 29 bis.

Au moment de sa soumission, la proposition était soutenue par le Brésil, l'Inde, le Pakistan, le Pérou, la Thaïlande et la Tanzanie. Le 6 juin dernier, ces pays ont présenté leur proposition aux États membres intéressés dans le cadre de consultations qui portaient également sur la question des indications géographiques.

¹⁷⁷⁸ Vivas E. D., « *Requiring the Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Traditional Knowledge : the Current Debate and Possible Legal Alternatives* », dans Christophe BELLMANN, Graham DUTFIELD and Ricardo MELÉNDEZ-ORTIZ (dirs), *Trading in Knowledge, Development Perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability*, Londres, Earthscan, 2003 p. 201-202 ; Pires de carvalho, N., « *Requiring Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Prior Informed Consent in Patent Applications Without Infringing The TRIPS Agreement: The Problem and The Solution* », *Washington University Journal of Law and Policy*, vol 2, 2000, p. 371-401.

¹⁷⁷⁹ Cf. les modifications proposées par le suisse et exposée plus haut.

¹⁷⁸⁰ Brésil, Pakistan, Thaïlande, Pérou, Tanzanie.

¹⁷⁸¹ Document WT/GC/564 TN/C/W/41 du 31 mai 2006, présenté au Comité des négociations commerciales et portant le titre : *Doha work programme-The outstanding implementation issue on the relationship between the trips agreement and the convention on Biological diversity?*. Le document original étant en Anglais, les différentes citations qui en sont faites dans le texte de notre étude, sont le fruit d'une traduction personnelle.

¹⁷⁸² Elle est intervenue à l'approche d'une autre date butoir importante pour l'OMC : le 31 juillet 2006. En effet, la Déclaration ministérielle adoptée à Hong Kong en décembre 2005 dispose que « le Conseil [général] examinera les progrès accomplis et prendra toute mesure appropriée au plus tard le 31 juillet 2006 ». Le directeur général de l'OMC a d'ailleurs reçu pour instruction d'« intensifier » les débats et d'en faire régulièrement rapport au Conseil général et au Comité des négociations commerciales.

L'adoption de cette proposition d'amendement signifierait que toute personne qui dépose une demande de brevet pour un produit dérivé de matériel génétique ou de savoir-faire traditionnels serait tenue de divulguer le pays ou la région d'origine de ces ressources. Le déposant serait également dans l'obligation d'apporter la preuve que les fournisseurs ont consenti à l'utilisation de ces ressources et que les avantages commerciaux ou autres bénéfiques qui en découlent seront partagés de façon équitable entre les parties concernées. Cette proposition a été soumise peu avant la session du Conseil des Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), qui a eu lieu du 12 au 15 juin 2006.

Le texte de la proposition, intitulé « *Divulgence de l'origine des ressources biologiques et/ou savoirs traditionnels associés* », suggère d'ajouter un article 29bis à l'Accord sur les ADPIC.

L'article 29 de l'Accord porte sur les prescriptions relatives à la divulgation des inventions dans le cadre des demandes de brevets. Le premier paragraphe du projet d'amendement souligne la nécessité d'établir « *une relation de soutien mutuel* » entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention de l'ONU sur la diversité biologique, en tenant compte de leurs objectifs et principes respectifs.

La proposition établit que, si « *l'objet d'une demande de brevet concerne des ressources biologiques et/ou savoirs traditionnels associés, découle de ces ressources et/ou savoirs ou est élaboré avec ces ressources et/ou savoirs* », les États membres sont tenus d'exiger « *des déposants qu'ils divulguent le nom du pays fournissant les ressources et/ou savoirs traditionnels associés, le nom de la personne dans le pays fournisseur auprès de laquelle ces ressources et/ou savoirs ont été obtenus, et, tel qu'il est connu après une enquête raisonnable, le nom du pays d'origine* ». En vertu de l'amendement proposé, les États membres doivent également exiger du déposant qu'il fournisse la preuve qu'il a agi en conformité avec : « *les prescriptions légales applicables dans le pays fournisseur en ce qui concerne le consentement préalable donné en connaissance de cause pour l'accès et le partage loyal et équitable des avantages découlant de l'utilisation commerciale ou autre de ces ressources et/ou savoirs traditionnels associés* ».

La proposition instituerait un suivi et un devoir d'actualisation de l'information. Elle suggère en effet que les États membres exigent des : « *déposants ou des titulaires de brevets qu'ils complètent et rectifient les renseignements* » fournis « *à la lumière de tout renseignement nouveau porté à leur connaissance* ». Dans le cas où de nouveaux renseignements seraient divulgués après l'octroi du brevet, ils devraient être publiés « *sans retard indu* ».

En outre, le projet d'amendement établit que tous les renseignements requis doivent être divulgués « *conjointement avec la demande ou la délivrance, si celui-ci est antérieur* ». Enfin, il enjoint aux États membres de mettre en place des

procédures d'exécution efficaces pour garantir que ces obligations soient observées. Dans ce sens ils est proposé que: « *Les États membres [...] feront en sorte que les autorités administratives et/ou judiciaires aient le pouvoir de bloquer le traitement d'une demande ou l'octroi d'un brevet et de révoquer, sous réserve des dispositions de l'article 32 du présent accord [sur les ADPIC], ou de rendre inexécutoire un brevet lorsque le déposant a, sciemment ou en ayant des motifs raisonnables de le savoir, omis de se conformer aux obligations prévues [...] ou communiqué des renseignements fallacieux ou frauduleux.* »

455. La proposition tardive¹⁷⁸³ de cet amendement s'explique en partie par le fait que le tout premier amendement à l'Accord de 1994 n'a été adopté qu'en décembre 2005 et se rapporte à la santé publique. Cet amendement est intervenu à la suite de la décision du 30 Août 2003 sur l'accès aux médicaments dont il faut reconnaître qu'elle constitue une étape historique dans le processus de négociations de l'OMC¹⁷⁸⁴. A considérer, d'une part le chemin qui a mené de la Déclaration de DOHA du 14 novembre 2001¹⁷⁸⁵ à la décision du 30 Août 2003 sur l'accès aux médicaments des pays les plus démunis¹⁷⁸⁶ ; et d'autre part celui qui a mené de cette dernière décision à l'adoption de l'amendement à l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC, l'on peut comprendre que la spontanéité et l'audace des pays en voie de développement ait mis une « petite décennie » à s'exprimer. La décision, prise par le Conseil Général exerçant les fonctions de la conférence ministérielle¹⁷⁸⁷, instituait une triple dérogation portant sur les article 31 f)¹⁷⁸⁸ et 31 g)¹⁷⁸⁹ de l'accord sur les ADPIC. De telles dérogations constituent au sens de l'article IX, paragraphe 3 de l'Accord instituant l'OMC, un mécanisme qui ne doit trouver sa

¹⁷⁸³ Si l'on considère le fait que l'adoption de l'accord sur les ADPIC (1994/1885) est contemporaine des premiers travaux de la Commission DAES qui a soulevé et posé la question spécifique de la protection des savoir-faire traditionnels dans le commerce international. L'on comprend ainsi mieux le sentiment du représentant thaïlandais a estimé qu'il était « *désolant* » que les pays en développement soient obligés de négocier l'introduction de la question des ressources génétiques et des savoir-faire traditionnels dans l'Accord sur les ADPIC dix ans après son adoption. Il a ajouté que l'article 29bis était indispensable en raison des problèmes de « *biopiratage* », que les pays en développement considèrent comme une appropriation illicite de leurs ressources génétiques et savoir-faire traditionnels.

Le représentant thaïlandais s'est dit dans le même entretien, « convaincu que le chemin vers la table des négociations serait long », regrettant que ce texte n'ait pas été « négocié dans le cadre du Cycle d'Uruguay (qui s'est achevé en 1994), car toutes les parties auraient sans doute obtenu certaines compensations » en termes de pouvoir de négociation. (<http://ip-watch.org/> propos recueillis par William New de l'ONG Intellectual Property Watch : wnew@ip-watch.ch.)

¹⁷⁸⁴ **Ravaillard P.**, « La décision du 30 Août 2003 sur l'accès aux médicaments : une étape historique dans le processus de négociations de l'OMC », *Propriétés intellectuelles*, Janvier 2004, n° 10, pp. 524-536. Sur la Déclaration de Doha ayant conduit à cette décision, voir l'étude synthétique de **Calmont S.**, *L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et les pays en développement : Les suites de la Conférence de Doha - État des lieux et enjeux*, IRPI, Septembre 2002.

¹⁷⁸⁵ Document WT/MIN(01)DEC/W/2, 14 nov. 2001.

¹⁷⁸⁶ Document WT/L/ 540, 2sept. 2003, Cette décision a été adoptée par le Conseil général à la lumière d'une déclaration dont la Président a donné lecture et qui figure dans le document JOB(03) 177, 24 Août 2003. Voir également sur cette décision, **Vandoren P.**, et **Van Eeckhaute**, "The WTO decision on paragraph 6 on the DOHA declaration on the TRIPS Agreement and Public Health-Making it work": *The Journal of World intellectual Property*, nov. 2003, vol. 6N° 6.

¹⁷⁸⁷ Conformément à l'article IV, §2, de l'Accord instituant l'OMC.

¹⁷⁸⁸ Modalités et conditions d'octroi des licences obligatoires et coopération régionale.

¹⁷⁸⁹ Rémunération du détenteur du brevet.

justification que dans des circonstances exceptionnelles¹⁷⁹⁰. Mesure normalement individuelle, elle a pour objectif de permettre à un membre de faire face à des circonstances pressantes. En l'occurrence il s'agissait de répondre aux besoins sanitaires urgents¹⁷⁹¹ des pays en voie de développement. C'est le caractère permanent de ces besoins urgents qui ont permis d'envisager la transformation de la décision, mesure provisoire par définition, en Amendement de l'Accord sur les ADPIC. C'est à coup sûr là, pour plagier la formule de M. SABATIER, la prise en compte de « *l'intérêt général sanitaire dans l'exploitation des brevets* »¹⁷⁹².

456. La proposition d'amendement de l'article 29 de l'accord sur les ADPIC s'explique aussi par l'état du rapport de force qui se durcit entre les pays en voie de développement et les pays développés à propos de l'exigence de divulgation de l'origine des ressources génétiques et des savoir-faire traditionnels. Dans ce qu'il convient désormais d'appeler « une guerre » entre les pays en voie de développement et les représentations diplomatiques de certains pays développés particulièrement sensibles aux lobbies, les fronts sont au nombre de trois : l'OMPI, la Convention sur la Diversité Biologique et l'OMC. Au sein de ce trois instances où les discussions sur l'instauration d'un régime de divulgation des origine était étaient jusqu'alors âpres mais équilibrées, il s'est produit entre la fin de l'année 2005 et le premier trimestre 2006, des événements qui ont poussé les pays en voie de développement à reprendre l'initiative.

Sous l'effet d'un activisme renouvelé des entreprises de biotechnologies, regroupées au sein de lobbies comme l'influente American Bioindustry Alliance¹⁷⁹³, un sérieux coup d'arrêt a été marqué à la CDB tandis que le Comité intergouvernemental de l'OMPI vient de s'enfermer dans « circularité carcérale » d'un processus en boucle.

457. Au sein de la CDB, la question de la divulgation de l'origine des savoir-faire traditionnels et des ressources génétiques a été débattue à la réunion d'experts de Grenade en Espagne en Février 2006. Les recommandations et projets de cette réunion ont été présentés ensuite à la huitième réunion biennale de la

¹⁷⁹⁰ L'expression ici recouvre une réalité très vaste qui se caractérise principalement par la gravité. Elle ne véhicule pas toujours l'idée d'un péril imminent pour l'Etat comme cela peut être le cas en droit national français. Il ne s'agit donc pas ici de la « *théorie d'origine jurisprudentielle* », s'analysant en une *extension temporaire des compétences normales de l'administration dans la mesure nécessaire pour permettre la poursuite du fonctionnement des services publics même en présence de situations de fait exceptionnelles* ». (Lexique des termes juridiques Dalloz)

¹⁷⁹¹ Sida, Tuberculose, Paludisme.

¹⁷⁹² Sabatier M., *L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique*, Collection du CEIPI, Librairies techniques, 1976. Voir aussi, sur la prise en compte de cet intérêt général dans le cas de l'Afrique notamment Ngo Mbem S., *L'intérêt général et laprotection des médicaments par le brevet dans les pays en développement*, Mémoire de DESS « Accords et propriété industrielle », CEIPI, sous la direction du Pr. Yves REBOUL, 2002-2003.

¹⁷⁹³ L'ABIA compte parmi ses membres les sociétés suivantes: Bristol Myers-Squibb, Eli Lilly, Hana Biosciences, General Electric, Merck, Pfizer, Procter & Gamble et Tethys Research. Son Président, M. Jacques Gorlin, a déclaré que le secteur industriel mobiliserait toutes ses ressources pour convaincre les gouvernements de ne pas appuyer les propositions visant à rendre obligatoire la divulgation de l'origine du matériel génétique dans leurs demandes de brevets.

Conférence des parties (CdP-8) à la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique, qui s'est déroulée du 20 au 31 mars 2006 à Curitiba, au Brésil. Or, la Conférence des Nations Unies a essentiellement porté sur des questions de procédure¹⁷⁹⁴. Ainsi, l'adoption d'une décision sur un régime international a-t-elle finalement été reportée à 2010. Ce coup d'arrêt de 4 ans n'était pas de nature¹⁷⁹⁵ à satisfaire les promoteurs du projet. Il convient à cet égard de remarquer que les pays favorables aux conclusions de la réunion de Grenade entre autres, le Brésil, la Thaïlande, Malaisie sont précisément ceux là qui sont à l'initiative de la proposition d'amendement de l'article 29 de l'accord sur les ADPIC.

458. Au sien du comité intergouvernemental de l'OMPI, la neuvième session, tenue du 24 au 28 avril 2006, à Genève a certes fait la synthèse des discussions passées et préparé des documents qui pouvaient fonder une position argumentée sur les options et les principes de la protection des savoir-faire traditionnel et surtout la question de la divulgation des origines de ces savoir-faire traditionnels. Doit-on rappeler que la proposition de la suisse présentée plus haut, pouvait être rediscutée ? Au lieu de confirmer les options à présenter à l'assemblée générale, les membres du Comité semblent vouloir tirer le meilleur parti de la prolongation de mandat qui leur a été octroyée jusqu'en 2007¹⁷⁹⁶. Moyennant quoi, les décisions ont été renvoyées à la 10^{ème} session qui a opéré le 8 décembre 2006, une remarquable pirouette¹⁷⁹⁷ en listant une série de 10 questions auxquelles, selon elle, il convient désormais de rechercher réponse. Le point le moins encourageant, qui traduit la réussite de la stratégie de freinage des lobbies principalement Américains et Japonais, est que cette liste ne pose aucune nouvelle question. Elle n'élimine pas non plus des préoccupations qui sont considérées comme sans réponses¹⁷⁹⁸. De plus, ces question ont été formulées il y a dix ans et ont toujours été présentes dans le débat depuis¹⁷⁹⁹. La méthode chronologique de discussion de

¹⁷⁹⁴ Dans ce sens, le porte-parole de la Convention a déclaré qu'il a été décidé au début de la Conférence : « de ne pas débattre du projet » de Grenade, mais de mettre l'accent sur la manière de mener les négociations relatives à un régime international, et notamment sur la question de savoir s'il fallait ou non engager les débats sur la base du projet élaboré à Grenade ». Gerhardsen T. I. S. et New W., « La décision sur la mise en place d'un régime en matière de ressources génétiques est reportée à 2010 », www.ip-watch.ch consulté le 04 janvier 2007.

¹⁷⁹⁵ Malgré le discours très convenu des diplomates.

¹⁷⁹⁶ Cette prorogation de mandat intervenue en 2005 est due à l'initiative des pays développés.

¹⁷⁹⁷ Décisions de la 10^{ème} session du Comité Intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, adopté le 8 décembre 2006.

¹⁷⁹⁸ Nous pensons ici à celle portant le N° 3 et qui consiste à se demander quel objectif vise l'octroi de la propriété intellectuelle (droits économiques, droits moraux).

¹⁷⁹⁹ Blakeney M., « Protection of traditional medical knowledge of indigenous peoples », *EIPR* 1997, p. 446 s. Qui posait les questions suivantes : Y- a-il lieu de protéger les savoir-faire traditionnels ? Quelle forme devrait revêtir une éventuelle protection ? S'il ne fait aucun doute qu'il importe de veiller à la préservation de ces savoir-faire, est-il judicieux de donner à ceux qui en sont les détenteurs le pouvoir de contrôler l'utilisation qui en est faite, voire d'autoriser ou d'interdire cette utilisation ? La mise en place d'un nouveau régime de protection est elle nécessaire ? Un tel régime serait-il utile ? Serait-il praticable ? La protection juridique des savoir-faire traditionnels verra-t-elle même le jour ? Les droits attachés à un savoir-faire traditionnel consisteraient-ils en un droit d'interdire ? Si oui quelle en serait l'étendue ? Ou alors ces droits consisteraient ils en un droit de percevoir une compensation ou en un simple droit à la reconnaissance de l'origine du savoir-faire ? Quels seraient les critères de protection ? Qui serait titulaire

ces dix questions, avec un renvoi des questions en suspens aux sessions ultérieures traduit à tout le moins, la volonté d'allonger le processus de décision¹⁸⁰⁰.

Il était urgent que dans de telles circonstances, les pays en voie de développement reprennent l'initiative au sein du seul forum restant, l'OMC. Ces modifications envisagées ou opérées soulignent une fois de plus la question formulée par le Pr Johanna SCHMIDT-SZALEWSKI, du rôle des pays en voie de développement dans la Convention de Marrakech et ses accords annexes.¹⁸⁰¹

Cette nouvelle direction donnée, souligne le rôle prépondérant que joue la Convention sur la diversité biologique et la nécessité de préciser le seuil de déclenchement d'un éventuel contrôle. Ce sont là autant de moyens d'affermir cette condition qui émerge sous cette nouvelle forme.

Paragraphe 2. L'affermissement de la condition de transparence.

459. Il convient d'adosser, pour plus de fermeté, la condition de transparence à la convention sur la diversité biologique et d'en proposer un seuil de déclenchement.

A. Le rôle irradiant de la Convention sur la diversité biologique

460. La Convention sur la diversité biologique inspire toute la dynamique de renforcement de la transparence mais ne prescrit pas de mesures précises que les Parties contractantes devraient introduire dans leur législation nationale pour favoriser cette transparence. Ce texte renvoie en effet la détermination des mesures pratiques au niveau national en conférant aux Etats, la haute main sur les ressources génétiques et la biodiversité. Ainsi, peut-on y lire que « *le pouvoir de déterminer l'accès aux ressources génétiques appartient au gouvernement et est régi par la législation nationale* »¹⁸⁰². Cette disposition que l'on peut qualifier de non spécifique à la condition de transparence en matière de brevetabilité du matériel génétique issu de la biodiversité et des connaissances traditionnelles associées, n'en est pas moins à la base d'un véritable foisonnement normatif à

des droits : un individu, une famille, un clan, une tribu, un « peuple indigène », une nation ? Sur quel(s) territoire(s) ces droits produiraient-ils effet ? Qui exercerait et défendrait ces droits et par quels moyens ? La protection serait-elle subordonnée à un enregistrement ?

¹⁸⁰⁰ Sur une présentation de la stratégie de ralentissement mise en place par les Etats-Unis et le Japon notamment, voir : New, W., « *Wipo committee breaks deadlock in talks on traditional knowledge and folklore* », www.ip-watch.org/weblog, consulté le 14 décembre 2006.

¹⁸⁰¹ Schmidt-Szalewski J., *Rapport sur "Le rôle des pays en voie de développement dans la convention de Marrakech crant l'OMC"*, au colloque de la l'Université Lyon 2 et Barreau de Lyon, janvier 1995.

¹⁸⁰² Article 15(1) de la CDB

l'échelle nationale¹⁸⁰³. Cette multiplication des législations nationales est le principal ferment¹⁸⁰⁴ de l'élaboration des lignes directrices de Bonn dont il faut s'accorder à dire qu'elles constituent le « bréviaire du parfait petit bioprospecteur »¹⁸⁰⁵.

Les mesures de transparence y sont en effet, traitées plus en détail et de façon plus intégrée ainsi que dans deux décisions adoptées à la sixième réunion de la Conférence des Parties : le paragraphe 6.d) des Lignes directrices de Bonn, le paragraphe 46 de la Décision VI/10 et le paragraphe 1 de la Section C de la Décision VI/24¹⁸⁰⁶ mentionnent tous la divulgation de la source des ressources génétiques et des savoir-faire traditionnels dans les demandes de brevet. La 7^{ème} réunion de la conférence des parties à la CDB qui s'est tenue à Kuala Lumpur en Malaisie en février 2004 a poursuivi les travaux sur la question et a confirmé ses propositions à l'égard de l'OMPI¹⁸⁰⁷.

461. La valeur référentielle de la CDB est si forte qu'elle a même imposé sa terminologie pour fixer les paramètres du débat.

En effet, les termes utilisés appellent les observations suivantes avant que l'on ne s'intéresse au fond de la modification proposée.

462. Premièrement, c'est le terme relativement général « source » qui a été utilisé dans la proposition de modification. Ce terme doit être compris dans son sens le plus large possible : il couvre non seulement d'autres termes utilisés dans ce

¹⁸⁰³ Principalement dans les pays d'Amérique Latine, d'Afrique et d'Asie du sud. L'on citera à titre illustratif l'article 26 de la décision 486 de la Communauté Andine qui précise que la brevetabilité du matériel génétique est soumise à l'obtention d'un droit d'accès.

¹⁸⁰⁴ Tel est aussi l'avis de notre collègue Morin J-F : « Une réplique du sud à l'extension du droit des brevets : la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle » *Droit et société* 58/2004 p. 11 pour qui : « De telles initiatives au niveau national sont vaines si elles ne sont pas suivies par l'ensemble de la communauté internationale »

¹⁸⁰⁵ C'est nous qui qualifions.

¹⁸⁰⁶ Section C de la décision VI/24 adoptée par la Conférence des Parties de la CDB à leur sixième réunion, selon laquelle la divulgation de la source des ressources génétiques dans les demandes d'octroi de droits de propriété intellectuelle constitue une « contribution possible au suivi du respect du consentement préalable donné en connaissance de cause et des conditions convenues d'un commun accord sur la base desquelles l'accès à ces ressources a été accordé ».

¹⁸⁰⁷ Dans sa décision VII/19, la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique a notamment : « invité l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle à examiner et traiter, le cas échéant, en tenant compte de la nécessité de faire en sorte que ce travail soutienne, et ne contrarie pas, les objectifs de la Convention sur la diversité biologique, les problématiques des relations entre l'accès aux ressources génétiques et les obligations de notification dans les demandes d'octroi de droits de propriété intellectuelle, y compris notamment :

- “a) les options de clauses types pour les obligations de divulgation proposées;
- “b) les options concrètes pour les formalités de demande d'octroi de droits de propriété intellectuelle en ce qui concerne les facteurs déclenchant l'obligation de divulgation;
- “c) les options pour les mesures d'incitation à l'intention des demandeurs;
- “d) l'identification des implications, pour le fonctionnement de l'obligation de divulgation, dans les différents traités gérés par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle;
- “e) les questions de propriété intellectuelle soulevées dans le cadre de la proposition de certificat international d'origine/source/provenance juridique

“et à fournir régulièrement à la Convention sur la diversité biologique des rapports sur ses activités, notamment les actions et mesures proposées pour traiter les problématiques énumérées plus haut, afin de permettre à la Convention sur la diversité biologique de fournir des informations supplémentaires à l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle pour qu'elle puisse les examiner, dans l'esprit de soutien mutuel qui caractérise les deux organisations. »

contexte tels que « origine », « origine géographique »¹⁸⁰⁸, « pays d'origine des ressources génétiques »¹⁸⁰⁹ ou « Partie contractante qui fournit les ressources génétiques »¹⁸¹⁰, mais aussi toute autre source telle que les publications dans des revues ou des livres scientifiques¹⁸¹¹, les bases de données sur les savoir-faire traditionnels ou les collections *ex situ* de ressources génétiques. Le choix d'un terme aussi large contribuera à éviter les difficultés et les incertitudes qui pourraient être associées à d'autres termes utilisés dans ce contexte.

En outre, le mot « source » permet d'indiquer si la ressource génétique en question a été obtenue dans le cadre du système multilatéral créé en vertu de traité international de la FAO ou selon des conditions convenues d'un commun accord en vertu de la CDB. Cela a son importance étant donné que les règles du traité international de la FAO quant à l'accès aux ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture ainsi que le partage des avantages découlant de leur utilisation diffèrent des règles correspondantes de la CDB.

De plus, le terme « source » permet de déclarer en particulier la région, la communauté ou la personne physique qui a fourni les savoir-faire, les innovations et les pratiques.

Enfin, si les ressources génétiques ou les savoir-faire traditionnels ont plusieurs sources, il peut en être fait état. Tel peut par exemple être le cas pour des savoirs traditionnels d'une communauté locale qui sont décrits dans une revue scientifique. Afin de donner plus de clarté au terme source, une double acception a été proposée qui le ventile entre source primaire et source secondaire. Les sources primaires sont les détenteurs originels des savoir-faire traditionnels ou des ressources génétiques¹⁸¹² et les sources secondaires, les collections *ex situ* et les divers organismes qui, pour des besoins de conservation ou de recherche, sont en possession des savoir-faire traditionnels ou des ressources génétiques¹⁸¹³. La déclaration de la source secondaire, « revue scientifique », serait insuffisante en l'occurrence, il faudra aussi déclarer la communauté locale comme source première.

¹⁸⁰⁸ Ce terme est utilisé au vingt-septième considérant de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

¹⁸⁰⁹ Ce terme est utilisé à l'article 15.3 de la CDB. Il est défini à l'article 2 de cette convention comme « tout pays qui possède ces ressources génétiques dans des conditions *in situ* ».

¹⁸¹⁰ Cette expression est utilisée dans les articles 15.5 et 15.7 de la CDB. L'article 2 de la CDB définit le terme « pays fournisseur des ressources génétiques » comme « tout pays qui fournit des ressources génétiques récoltées auprès de sources *in situ*, y compris les populations d'espèces sauvages ou domestiquées, ou prélevées auprès de sources *ex situ*, qu'elles soient ou non originaires de ce pays ».

¹⁸¹¹ Cela peut-être le cas, par exemple, lorsque les savoirs, les innovations et les pratiques de communautés autochtones et locales ont été trouvés dans une revue scientifique.

¹⁸¹² On peut à ce propos lire dans le document WIPO/GRTKF/IC/7/INF/5, du 18 octobre 2004, p.4: « Primary sources are the Contracting Party providing genetic resources (see Articles 15, 16 and 19 of the CBD), indigenous and local communities (see Articles 8(j) of the CBD), and the Multilateral System established by the International Treaty (see Articles 10-13) ».

¹⁸¹³ Selon le Document cite ci-dessus et issu des travaux de la septième session du comité: « secondary sources are *ex situ* collections such as gene banks and botanical gardens as well as databases on genetic resources and traditional knowledge, and scientific literature ».

463. Deuxièmement, le terme « **ressource génétique** » a été utilisé dans la proposition de préférence à des termes tels que « matière biologique »¹⁸¹⁴ dans un souci d'homogénéité avec la CDB et le traité international de la FAO. L'article 2 de la CDB définit le terme « ressources génétiques » comme « le matériel génétique ayant une valeur effective ou potentielle » et le terme « matériel génétique » comme « le matériel d'origine végétale, animale, microbienne ou autre, contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité ».

Ces définitions sont en harmonie avec les définitions des expressions « ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture »¹⁸¹⁵ et « matériel génétique »¹⁸¹⁶ dans l'article 2 du traité international de la FAO.

464. Troisièmement, la proposition contient les termes « *des savoirs, des innovations et des pratiques des communautés autochtones et locales utiles pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique* » au lieu de l'expression « savoirs traditionnels ». L'objectif est d'assurer la cohérence avec l'article 8.j) de la CDB et d'éviter des difficultés que pourrait soulever l'utilisation de l'expression « savoirs traditionnels », pour laquelle il n'existe actuellement aucune définition internationalement reconnue.¹⁸¹⁷ La proposition vise à faire figurer la source des savoirs, des innovations et des pratiques des communautés autochtones et locales concernant le droit des brevets. La proposition suisse, tout en ne prenant pas position sur la nécessité d'une définition serrée de l'objet de notre étude illustre cependant le fait que c'est bien le potentiel utile de ces connaissances qui est ici le nœud de la définition. Ainsi n'hésite-t-elle pas à attirer l'attention sur le fait qu' « *il va de soi que l'accent sera mis sur les aspects techniques de ces savoirs, innovations et pratiques.* »

Pour autant, ce n'est pas du point de vue des termes que cette proposition est intéressante. Il faut alors se demander ce que pourrait être l'apport des modifications suggérées ? Il conviendra aussi de se demander s'il ne s'ouvre pas une autre voie vers une transparence plus effective dans les demandes de brevets.

¹⁸¹⁴ Ce terme est utilisé au vingt-septième considérant de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

¹⁸¹⁵ L'article 2 du traité international de la FAO définit l'expression : « ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture » comme « le matériel génétique d'origine végétale ayant une valeur effective ou potentielle pour l'alimentation et l'agriculture ».

¹⁸¹⁶ L'article 2 du traité international de la FAO définit l'expression « matériel génétique » comme : « le matériel d'origine végétale, y compris le matériel de reproduction et de multiplication végétative, contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité ».

¹⁸¹⁷ La définition ci-après de l'expression « savoirs traditionnels », par exemple, semble beaucoup trop générale aux fins du nouveau sous-alinéa g) qu'il est proposé d'inclure dans la règle 51bis.1. Cette expression est définie comme englobant « les oeuvres littéraires, artistiques ou scientifiques traditionnelles ou fondées sur la tradition, les interprétations et exécutions, les inventions, les découvertes scientifiques, les dessins et modèles, les marques, les noms et les symboles, les informations non divulguées, et toutes les autres innovations et créations traditionnelles ou fondées sur la tradition qui sont le fruit de l'activité intellectuelle dans le domaine industriel, scientifique, littéraire ou artistique » (voir le paragraphe 13 du document WIPO/GRTKF/IC/Q.2 intitulé : Questionnaire sur les pratiques et clauses contractuelles relatives à la propriété intellectuelle, à l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages »).

B. La question du seuil de déclenchement de l'exigence de transparence.

465. La condition de transparence est en pleine consolidation en matière de savoir-faire traditionnel. La question du seuil de déclenchement de son contrôle n'en est que plus accrue.

Il convient alors, à présent que l'on a localisé les dispositions pouvant la soutenir, et que nous avons essayé de les mettre en conformité avec cet objectif la question se pose avec un peu plus d'acuité de savoir s'il existe un seuil de déclenchement du contrôle de la transparence.

En d'autres termes, quel peut être le critère qui donne corps à cette exigence en matière de brevet. La question a été abordée par M. GIRSBERGER¹⁸¹⁸ qui a ventilé sa réponse selon que sont concernées les ressources génétiques ou que seuls sont en cause les savoir-faire traditionnels. Selon cet auteur : « *S'agissant des ressources génétiques, l'invention devrait être **directement fondée sur une ressource génétique** à laquelle l'inventeur a eu accès pour que l'exigence de divulgation s'applique. Dès lors, l'invention doit faire un usage immédiat de la ressource génétique, c'est-à-dire qu'elle doit dépendre des propriétés particulières de cette ressource, et l'inventeur doit avoir un accès physique à ladite ressource, c'est-à-dire qu'il doit être en mesure de déterminer les propriétés de la ressource génétique qui sont utiles pour l'invention. En ce qui concerne les savoirs traditionnels, l'inventeur devrait savoir que l'invention est **directement fondée sur ces savoirs, c'est-à-dire que l'inventeur doit consciemment déduire l'invention de ces savoirs*** »¹⁸¹⁹ Est-ce à dire que lorsque l'invention n'est pas directement fondée sur un savoir-faire traditionnel, cette exigence de transparence soit écartée ? L'idée même d'une gradation dans l'appréciation de la part du savoir-faire traditionnel dans l'invention paraît plus acceptable si l'on considère la finalité de l'exigence de transparence qui est de donner des indices pouvant fonder une prétention légitime à participation aux bénéfices et au partage des avantages.

466. Pour d'autres, le critère de déclenchement de la protection des savoir-faire traditionnels, dont l'un des corollaires est l'exigence de transparence ici étudié serait la nouveauté de ce savoir-faire traditionnel¹⁸²⁰. Ceci nous semble être une parfaite tautologie dans le sens où, si le savoir-faire traditionnel en question est

¹⁸¹⁸ Girsberger M., « Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international : L'interface avec les systèmes actuels de propriété intellectuelle et les limites et possibilités pour les droits de propriété intellectuelle existants » in *Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation*, Mexique 2004, p 126

¹⁸¹⁹ C'est nous qui soulignons.

¹⁸²⁰ Yinliang Liu, « Protection des savoirs traditionnels nouveaux », *PI France Industrial Property Survey*, www.pifrance.com/dossiers consulté le 14 Juin 2006.

brevetable, c'est qu'il remplit les conditions classiques de brevetabilité au nombre desquels, la nouveauté. Ce n'est, dans ce cas, plus la nouveauté du savoir-faire en question qui justifie l'exigence de transparence supplémentaire, mais bien le caractère de bien affecté¹⁸²¹

467. L'efficacité de l'exigence de transparence, même vigoureusement soutenue par les droits nationaux et le droit de la convention sur la diversité biologique n'est ainsi, pas acquise. Elle reste largement tributaire de plusieurs circonstances.

Il faut d'abord tenir compte du fait que les demandes de brevet sont généralement déposées après plusieurs années d'activités de recherche et de développement, c'est-à-dire très longtemps après l'accès initial aux ressources génétiques et aux savoir-faire traditionnels. En conséquence, l'exigence de divulgation ne constitue pas un remède avec des effets «immédiats». Il faut, de plus, prendre en considération le fait que, l'exigence de divulgation ne remplira son rôle que si des demandes de brevet sont effectivement déposées. Il est en effet possible de se soustraire à l'exigence de transparence en renonçant simplement à la protection offerte par le brevet. Il est donc évident que l'introduction d'une exigence de divulgation dans le droit des brevets ne résoudra pas tous les problèmes qui se posent dans le contexte de l'accès aux ressources génétiques et aux savoir-faire traditionnels et du partage des avantages qui en découlent.

Dès lors, l'exigence de divulgation doit être assortie d'autres mesures relevant d'autres domaines juridiques, dont la majorité, de toute évidence, n'est pas liée aux droits de propriété intellectuelle, si l'on veut résoudre entièrement ces problèmes. De ce point de vue, les mécanismes contractuels qui relèvent plutôt de l'obligation d'information et du PIC seront d'une aide précieuse. Là aussi, la question n'est pas tranchée, et loin s'en faut! Il y aurait selon M. Geoff BURTON¹⁸²² « *un élément manquant* »¹⁸²³ dans la chaîne d'efficacité telle quelle se déploie actuellement. Ce chaînon manquant serait le : « *moyen qui permettrait aux entreprises, aux chercheurs et aux autres organisations ayant des intérêts dans le processus de biodécouverte de prouver leur adhésion*¹⁸²⁴ à des normes de conduite démontrant qu'ils se conforment tant à l'esprit qu'à la lettre de la CDB »¹⁸²⁵. C'est dire s'il convient d'avoir une lecture intégrée de toutes les conditions émergentes.

468. En définitive, la question du seuil de déclenchement ne nous semble pas pertinente, d'une part, parce qu'elle accrédite d'une part l'idée qu'il y aurait des

¹⁸²¹ Cf. nos conclusions sur le déterminant subjectif (Chapitre 2, Titre 2, 1^{ère} partie)

¹⁸²² Directeur de la politique de gestion des ressources génétiques, Courriel : geoff.burton@deh.gov.au

¹⁸²³ Burton G., « Le régime international : un élément manquant » in *Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation*, Mexico 2004, p.137

¹⁸²⁴ Barber, C., S. Johnston et B. Tobin, *User Measures: Options for Developing Measures in User Countries to Implement the Access and Benefit-sharing Provisions of the Convention on Biological Diversity*, 2e éd., UNU-IAS Report 2003.

¹⁸²⁵ Ibid. p. 135

degrés exonérés dans l'appropriation des savoir-faire traditionnels. D'autre part, lorsque l'on considère que cette exigence ne prend réellement corps que dans l'hypothèse d'une demande de brevet, l'ajout d'un troisième critère de déclenchement qui se trouverait dans l'importance de la contribution du savoir-faire traditionnel dans la mise au point de l'invention ne nous semble pas très opportun.

469. Cependant, toutes ces limitations n'ôtent pas à cette exigence tout intérêt, en ce sens que, l'incorporation de l'exigence de divulgation dans le droit des brevets constitue toujours, une mesure valable qui contribue à la résolution des problèmes éventuels. Certains auteurs à l'instar de M. Jean-Frédéric MORIN ont pu voir dans l'exigence de divulgation de l'origine des ressources génétiques et des savoir-faire traditionnels, une contribution du droit des brevets à la protection de l'environnement¹⁸²⁶. Il semble pourtant, à notre sens, que ce soit le contraire et que le droit des brevets sorte plus enrichi de cette première confrontation avec le droit de la Convention sur la diversité biologique. En effet, les dispositions dont la modification est envisagée n'appartiennent pas à la Convention signée à Rio mais bien aux textes relatifs aux brevets, que ce soit le traité de coopération en matière de brevets ou son règlement d'exécution ou que ce soit les accords sur les ADPIC.

La Convention sur la diversité biologique inspire la transparence. Les techniques contractuelles organisent cette transparence en impulsant une dynamique que viennent seulement relayer les législations nationales.

¹⁸²⁶ Morin J-F., « La divulgation de l'origine des ressources génétiques : une contribution du droit des brevets à la protection de l'environnement », <http://www.iddri.org/>. Du même auteur et sur la question des ressources génétiques et des savoir-faire traditionnels dans leurs relations avec la propriété intellectuelle voir : Morin, J-F, La Convention sur la diversité biologique: partage des avantages et respect de la propriété intellectuelle, Montréal, Observatoire sur la génétique, 2003, disponible à l'adresse http://www.ircm.qc.ca/bioethique/obsgenetique/cadrages/cadr2003/c_no14_03/c_no14_03_03.html ; « Les accords de bioprospection répondent-ils aux objectifs de la CDB », Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, vol 34, no 1, novembre 2003, p. 308-343 ; Louafi S., et Morin J-F., « Gouvernance internationale de la biodiversité : Comment intégrer les utilisateurs de ressources génétiques », Paris, Institut du développement durable et des relations internationales, disponible sur http://www.iddri.org/iddri/telecharge/syntheses/sy04_abs.pdf

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

470. L'on pouvait attendre de la condition de transparence qu'elle serve de ciment à la pluralité de textes et de normes qui trouvent à une titre ou à un autre à s'appliquer aux savoir-faire traditionnels. Selon les vœux de certains, « *ces mesures de transparence renforceront la complémentarité des accords internationaux pertinents, à savoir les traités administrés par l'OMPI, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC), la Convention sur la diversité biologique (CDB) et les Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation, ainsi que le Traité international de l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture* »¹⁸²⁷.

Ce n'est pourtant pas d'une simple complémentarité qu'il s'agit, mais d'une véritable mise en réseau de ces différentes sources du droit international des brevets.

471. A l'occasion de la concrétisation d'une plus grande transparence quant à l'origine des savoir-faire traditionnels, les principes dégagés dans la Convention sur la diversité biologique semblent diffuser dans les autres textes. A la faveur de cette diffusion, l'idée que tout organe de contrôle doit avoir la possibilité de déterminer dans quelle mesure la Convention sur la diversité biologique est respectée, prend de plus en plus corps.

472. Sans établir une hiérarchie¹⁸²⁸, l'on peut s'interroger sur les raisons de la diffusion préférentielle des principes inspirés par la CDB. Doit-on ainsi, considérer cette dernière comme étant porteuse de normes fondamentales ? Une réponse positive tranchée à une telle interrogation serait à coup sûr excessive. L'on peut cependant tirer de la quasi systématique référence à la « Convention fondatrice » sur la diversité biologique de 1992, une valeur inspiratrice¹⁸²⁹.

Comment de fait, faut-il se situer par rapport à cette exigence de transparence dont on voit bien qu'elle ne se prête pas à une lecture isolée ? En effet, cette première condition émergente de transparence va de paire avec une seconde dont elle est strictement inséparable¹⁸³⁰ : le partage équitable des bénéfices.

¹⁸²⁷ Document IP/C/W/433 du 25 novembre 2004, préparé par le secrétariat du conseil des ADPIC § 6 *in fine*.

¹⁸²⁸ Comme nous l'aurions fait si nous n'avions écarté l'idée d'une première d'un système juridique kelsennien, pour adopter celui de réseau.

¹⁸²⁹ Cf chapitre 1 de la 1^{ère} partie : Une éviction discutable de la source coutumière.

¹⁸³⁰ Il suffit, pour cela de considérer entre autres le titre des lignes directrices de Bonn qui elles mêmes reprennent les préoccupations posées par l'article 8j de la CDB.

CHAPITRE 2. L'ÉQUITÉ DANS L'EXPLOITATION DU SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL

473. Inséparable de la transparence, condition de forme, la condition de fond, l'équité¹⁸³¹, a été pourtant soigneusement maintenue dans l'ombre de sa sœur jumelle à chaque fois que l'on adopte le vocable « exigence de divulgation » pour les saisir ensemble¹⁸³².

474. Cette deuxième condition qui émerge et se détache de la transparence vise à assurer que le savoir-faire traditionnel ou le matériel génétique associé a été obtenu dans des circonstances équitables qui recouvrent : le consentement préalable donné en connaissance de cause à un accord ou contrat prévoyant la répartition des bénéfices. La Convention sur la diversité biologique en pose clairement le principe dans son article 15.7 : « *Chaque partie contractante prend les mesures législatives ou de politique générale appropriées [...] pour assurer le partage juste et équitable des résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques avec la partie contractante qui fournit les ressources* ». Il a été soutenu que : « *si la promotion du consentement vise bien à rééquilibrer les relations des parties au processus d'exploitation, elle est également le moyen, pour le fournisseur de matériel biologique et de savoir-faire traditionnel, d'obtenir sa part des avantages escomptés des opérations menées.* »¹⁸³³ Autant, il est possible de soutenir que la condition de forme, la transparence, est relative à une obligation d'informer incombant au déposant d'un brevet, autant convient-il de considérer la présente condition de fond, l'équité, comme, entre autres, un moyen de vérifier la sincérité de l'exécution de cette première obligation de transparence. C'est justement dans cet esprit qu'il a été demandé que les procédures applicables aux demandes de titres de droit de propriété intellectuelle puissent comporter l'obligation pour le requérant de produire des « *preuves* »¹⁸³⁴ du consentement préalable éclairé¹⁸³⁵. Cette obligation de preuve est largement affirmée¹⁸³⁶. Ainsi, le

¹⁸³¹ Sak, H., « Que reste-il de l'équité ? Essai sur le présent et l'avenir d'une notion en droit français », *RRJ 2002-4* p. 1690.

¹⁸³² Voir dans ce sens la déclaration de la délégation suisse pour qui : « l'objectif général de l'exigence de divulgation proposée par la Suisse est d'accroître la transparence dans le contexte de l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels et du partage des avantages découlant de leur utilisation, en particulier sous l'angle des obligations des utilisateurs de ressources génétiques et de savoirs traditionnels » (Document IP/C/W/433 du 25 novembre 2004, préparé par le secrétariat du conseil des ADPICS § 6). Voir aussi le Document PCT/R/WG/6/12, paragraphes 82 à 107, en particulier §§ 105 à 107.

¹⁸³³ Bellivier F., Noiville C., *Contrats et Vivant, Le droit de la circulation des ressources biologiques*, LGDJ, 2006, p. 115.

¹⁸³⁴ « Systèmes de protection des savoirs, innovations et pratiques traditionnels et expérience acquise au niveau national en la matière » Document TD/COM.1EM/13/2 de la Conférence des nations unies sur le commerce et le développement, Août 2000, p. 15.

¹⁸³⁵ Voir à ce propos la décision V/26 §4c) qui fait référence aux articles 15, 16 et 19 de la Convention sur la diversité biologique de 1992.

plan d'application adopté par le Sommet mondial sur le développement durable, tenu en août/septembre 2002, demande-il aux États, dans son paragraphe 42.o), de « *négocier dans le contexte de la Convention sur la diversité biologique, compte étant tenu des principes directeurs de Bonn, un régime international propre à promouvoir et à assurer un partage juste et équitable des bénéfices découlant de l'utilisation des ressources génétiques* »¹⁸³⁷.

475. L'Assemblée générale des Nations Unies a invité la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique « *à prendre les mesures voulues à cet égard* »¹⁸³⁸. La Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique a ainsi étudié une nouvelle fois la question de la mise en place d'un régime international à sa septième réunion qui s'est tenue en avril 2004 à Kuala Lumpur en Malaisie, sans pour l'instant parvenir à une décision définitive¹⁸³⁹. Sans pour autant se résumer à un intéressement financier, le principe du partage des avantages permet au fournisseur de savoir-faire traditionnels de revendiquer légitimement, sous une forme ou sous une autre, une part du profit éventuellement tiré du processus de recherche et développement auquel le savoir-faire traditionnel fourni a contribué.

Si la condition émergente d'équité tend à s'individualiser et à se distinguer de la conditionnalité de transparence, c'est parce qu'avant tout, elle se matérialise mieux (Section1) en même temps qu'elle gagne en effectivité (Section2).

Section 1. La manifestation de l'exigence d'équité

476. Le consentement éclairé ou donné en connaissance de cause est « *un principe cardinal* »¹⁸⁴⁰ en matière de bioprospection. Il ne s'agit plus simplement

¹⁸³⁶ Barton, J., et Al. « Intégrer, les droits de propriété intellectuelle et la, politique de développement », *Rapport de la, Commission britannique des droits de propriété intellectuelle*, Londres, Septembre 2002 précité p. 87 que : « tous les pays devraient prévoir dans leur législation l'obligation de divulguer dans la demande de brevet l'origine géographique des ressources génétiques dont l'invention est dérivée ».

¹⁸³⁷ Sur le partage équitable voir aussi : Laird, S A. and Kate, L.t. "Biodiversity prospecting: the commercial use of genetic resources and best practice in benefit-sharing," *Biodiversity and Traditional Knowledge: Equitable Partnerships in Practice*, London and Sterling, VA: Earthscan Publishing, 2002, p. 241.

¹⁸³⁸ Dans le §8 de la résolution A/Res/57/269 adoptée à sa 57^{ème} session.

¹⁸³⁹ Le Groupe de travail (GROUPE DE TRAVAIL SPÉCIAL À COMPOSITION NON LIMITÉE SUR L'ACCÈS ET LE PARTAGE DES AVANTAGES) avait été prié de se pencher sur l'expérience acquise dans la mise en œuvre des Lignes directrices et d'examiner le processus, la nature, la portée, les éléments et les modalités d'un régime international sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages. L'annexe du rapport renfermait six recommandations. Le projet de mandat pour les négociations d'un régime international comportait des doubles et parfois même des triples crochets, témoignant de l'absence d'accord entre les Parties sur cette importante question. Voir sur ce point les documents : UNEP/CBD/COP/7/INF/17 ; UNEP/CBD/COP/7/6 cités in *RAPPORT DE LA CONFÉRENCE DES PARTIES À LA CONVENTION SUR LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE SUR LES TRAVAUX DE LA 7^{ème} REUNION*, Document UNEP/CBD/COP/7/21 du 13 avril 2004.

¹⁸⁴⁰ Bellivier F., Noiville C., *Contrats et Vivant*, précité, p. 111, n° 121.

d'une condition de validité du contrat mais d'une véritable condition de légitimité des échanges. C'est justement parce que le consentement donné en connaissance de cause « *constitue la clé de voûte d'une relation équitable que de nombreux Etats en ont fait la pierre angulaire des lois nationales qu'ils ont adoptées sur le fondement de la Convention sur la diversité biologique* ». ¹⁸⁴¹

Pour la commission britannique sur la propriété intellectuelle : « *en application du principe d'équité, aucune personne ne devrait pouvoir bénéficier d'un droit de propriété intellectuelle fondé sur des ressources génétiques ou des savoirs associés acquis en violation de toute législation régissant l'accès à ce matériel* » ¹⁸⁴². Ce n'est pas là un simple souhait mais une véritable exigence qui prend forme.

Ici, un degré supplémentaire semble devoir être franchi en ce que le consentement préalable éclairé qui est exigé dans les contrats d'exploitation du savoir-faire se trouve directement appliqué aux clauses de répartition des bénéfices. Si la promotion du simple consentement reste un moyen d'équilibrer les forces en présence dans la négociation du contrat, elle est également le moyen pour le fournisseur de savoir-faire traditionnel, d'obtenir sa part des avantages escomptés des opérations menées. Il est possible ainsi, d'espérer un accord large sur une définition pragmatique de l'équité en matière de bioprospection et de collecte de savoir-faire traditionnel qui y verrait la condition de la pérennité du système dans sa globalité: « *le marché de la biodiversité, d'une part, le paradigme du contrat comme soutien aux politiques de conservation d'autre part, n'ont d'avenir que si les bénéfices qui en découlent ne sont pas entièrement captés par certains au détriment des autres* » ¹⁸⁴³.

Le caractère émergent de l'exigence d'équité que nous allons étudier en matière de brevet, explique le fait qu'elle ne soit pas encore sortie des méandres de la pratique pour intégrer une législation. Cela importe peu en définitive puisque les parties aux différents contrats sont liées et que le juge des contrats sera convié à appliquer strictement la maxime selon laquelle « le contrat est la loi des parties ». Ainsi, que l'exigence d'équité soit légale ou contenue dans un contrat, elle détermine, et c'est l'essentiel, la brevetabilité du savoir-faire traditionnel et de la ressource génétique associée. Le contrat est ici, un véritable « *vecteur éthique* » ¹⁸⁴⁴ en ce qu'il incorpore des normes à la juridicité faible, mais qui, par son intermédiaire deviennent obligatoires entre la parties

¹⁸⁴¹ Bellivier F., Noiville C., op. cit. p. 113, n° 124. Voir aussi, sur la place du consentement donné en connaissance de cause, Varella M., « Typologie des lois sur l'accès aux ressources biologiques » in Hermitte M-A. (dir) *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Bruylant, 2004, vol.II, p. 175 et s.

¹⁸⁴² Rapport de la British IP rights commission : « Intégrer les droits de propriété intellectuelle et la pratique de développement » précité p. 86

¹⁸⁴³ Bellivier F., Noiville C., *Contrats et vivant*, précité, p. 272, n° 328.

¹⁸⁴⁴ Bellivier F., Noiville C., *Contrats et vivant*, op.cit. p. 281, n° 346.

Cette condition trouve corps dans une double réalité : le **consentement préalable** aux clauses de répartition des bénéfiques (Paragraphe1) et de **consentement éclairé** à ces clauses (Paragraphe2).

Paragraphe 1. Le consentement préalable aux clauses de répartition des bénéfiques.

477. Ce premier volet de la condition de fond pourrait être utilement considéré comme le noyau dur, la masse critique, sans laquelle un titre de propriété intellectuelle pourrait être mis en cause dans son existence ou dans la validité de sa constitution. L'on pourrait, ainsi, dire que si le consentement n'est préalable il ne peut exister de titre de propriété intellectuelle portant sur le savoir-faire traditionnel en question. Envisagée ainsi, la situation est trompeuse et tend à présenter l'exigence d'équité comme une condition de brevetabilité. Une telle conception ne traduit ni l'état actuel du droit positif ni le consensus en vue d'un régime applicable aux savoir-faire traditionnels. Aussi, convient-il de réaffirmer l'importance de la notion de conditionnalité qui permet de déterminer le processus de la brevetabilité, si celui-ci est engagé, sans pour autant le conditionner. Ceci étant, la matérialité de la conditionnalité émergente d'équité passe par l'existence d'un consentement préalable et la qualité de ce consentement.

A. L'existence du consentement préalable.

478. La question de la preuve du consentement éclairé, suppose que soit résolue celle de l'existence de ce consentement. Il s'agit en effet de se demander comment il est possible d'établir que le consentement aux clauses de répartition des bénéfiques préexiste à l'entrée en possession du savoir-faire traditionnel en cause.

Pour commencer, il ne nous semble pas que le consentement préalable soit celui qui doit exister à la demande du titre de propriété intellectuelle. Une telle perception n'est que la conséquence de la chronologie. Elle ne saurait cependant, nous renseigner valablement sur le moment de l'appréciation de l'existence de ce consentement. L'existence de ce consentement doit s'apprécier au moment de la mise en possession du bioprospecteur. C'est ainsi qu'un premier réflexe a été de rechercher un tel consentement dans les clauses du contrat de mise à disposition du savoir-faire traditionnel ou du matériel génétique ou encore dans la chaîne des négociations et contrats qui mènent à la réalisation de la bioprospection.

479. Le cas d'une bioprospection conduite au Nigeria¹⁸⁴⁵ dans les années 1990¹⁸⁴⁶ a été étudié par Katy MORAN¹⁸⁴⁷ qui croit établir les étapes dans un processus de négociation contractuelle permettant de satisfaire à l'exigence d'un consentement préalable éclairé ou donné en connaissance de cause.

Le processus global de cette bioprospection a été modélisé en 9 étapes réparties sur 7 années.

1. L'entreprise bioprospectrice prend contact avec les scientifiques de l'Université de Nsukka au Nigéria et leur présente ses objectifs de recherche et les engagements.
2. L'entreprise bioprospectrice invite et organise la visite des scientifiques nigériens dans ses laboratoires et installations en Californie.
3. Contribution financière de l'entreprise bioprospectrice au développement des capacités de l'Université nigérienne et à un programme gouvernemental de conservation et de développement des ressources biologiques.
4. Les scientifiques nigériens se rendent auprès des communautés traditionnelles cible pour les informer des objectifs et engagements de l'entreprise américaine et leur proposer d'être associés au programme national de conservation et développement des ressources biologiques.
5. Les communautés intéressées reçoivent les chercheurs de l'entreprise américaine.
6. L'entreprise Américaine obtient du gouvernement nigérien, les autorisations nécessaires pour la prospection et l'exportation des plantes récoltées.
7. Les chercheurs américains et nigériens se rendent auprès des communautés traditionnelles pour confirmer les engagements et les objectifs de la bioprospection.
8. Informées de ces objectifs et engagements, les communautés traditionnelles acceptent de signer un accord quadripartite (entreprise américaine ;

¹⁸⁴⁵ Sur la question de la bio prospection au Nigéria et de l'utilisation des connaissances ethnopharmacologiques dans le respect de l'équité voir : Iwu M., *Handbook of African medicinal plants*. 435 pages. Boca Raton: CRC Press 1995; du même auteur: *Linking biodiversity and socio-economic development. Bioresources Development and Conservation Programme*: Washington, D.C. 1995, "Biodiversity prospecting in Nigeria: seeking equity and reciprocity in intellectual property rights through partnership arrangements and capacity building", *Journal of Ethnopharmacology* 51:209-219, "Resource utilization and conservation in Africa" In *Medicinal resources of the tropical forest* Columbia University Press, New York 1996. Voir également, Carlson, T. J., M.M. Iwu, S. King, C. Obialor, and A. Ozioko. "Medicinal plant research in Nigeria: an approach for compliance with the Convention on Biological Diversity". *Diversity*. Vol.13, No.1:29-33.

Plus généralement en Afrique voir: Green, E.C., *Indigenous healers and the African state*. Pact Publications:1996, New York, N.Y.

¹⁸⁴⁶ Conduite par the "The Healing Forest Conservancy", une ONG créée par une compagnie pharmaceutique californienne du nom de « Shaman Pharmaceuticals, Inc » fondée en 1990. Voir sur les activités de collecte de la Société Shaman Pharmaceuticals Inc : King, Steven R. & T. J. Carlson. 1995. Biocultural diversity, biomedicine and ethnobotany: the experience of Shaman Pharmaceuticals. *Interciencia*. Pp. 134-139. Volume 20, No. 3.

¹⁸⁴⁷ Moran K., *Mechanisms of benefits sharing: Nigerian Case Study for the Convention on Biological Diversity*, p. 13, The Healing Forest Conservancy 3521 S Street, N.W. Washington, DC 20007-2243 USA 202.333.3438 <MoranHFC@aol.com> March 21, 1998

Université nigériane ; programme national de conservation et de développement des ressources biologiques ; communautés traditionnelles.

9. Les recherches ethno botaniques sont lancées¹⁸⁴⁸.

Ce qui est présenté comme un modèle de bioprospection respectueux de l'esprit et de la lettre de la Convention sur la diversité biologique est cependant critiquable par certains de ses aspects, lorsque l'on considère le sort spécifiquement fait aux savoir-faire traditionnels. On peut en effet, regrouper les étapes de cette bioprospection en 3 temps dont le contact avec les communautés traditionnelles ne constitue que l'ultime.

Le 1^{er} temps : la recherche de compétences techniques locales.

Le 2^{ème} temps : la recherche des autorisations gouvernementales nécessaires.

Le 3^{ème} temps: le contact avec les communautés traditionnelles pour accord et conduite de la bioprospection.

La question ici est de savoir de qui doit émaner le consentement, lorsque sont concernés les savoir-faire traditionnels. L'observation de l'exemple de bioprospection exposé plus haut, semble désigner l'Etat et ses possibles démembrements. Or, ni l'un, ni l'autre, n'est détenteur de savoir-faire traditionnel. Il apparaît alors que les savoir-faire traditionnels sont encore maintenus dans leur statut de connaissances « relatives aux ressources génétiques ou biologiques » et donc d'accessoires aux ressources génétiques tangibles : les plantes.

Or, le fait de consacrer les savoir-faire traditionnels en tant que « bien » permet désormais de se dégager d'une telle lecture. Il est ainsi possible d'ouvrir un temps supplémentaire dans cette chaîne qui serait consacré au consentement libre et éclairé de la communauté, de son représentant, ou du membre de la communauté traditionnelle qui est détenteur du savoir-faire traditionnel.

En effet, il convient ici d'observer la similitude des rapports qui existent entre le brevet et le savoir-faire d'une part, et les ressources génétiques et les savoir-faire traditionnels d'autre part. En ce qui concerne les premiers, brevet et savoir-faire, la doctrine juridique a longtemps considéré le savoir-faire comme une réalité périphérique du brevet et a par conséquent accordé peu d'intérêt à l'étude autonome de ce dernier. Le résultat en a été que le caractère de « res » qu'il convient de reconnaître au savoir-faire, ne fait que s'ébaucher en doctrine. L'habitude et la pratique de cet objet immatériel par essence, l'invention brevetée, ont, semble-t-il « entraîné à ses flancs la prise en compte d'objets de même essence. »¹⁸⁴⁹ Les phénomènes moins stables et donc plus difficilement saisissables

¹⁸⁴⁸ Source : *Diversity*, Vol. 13 n°1, 1997.

¹⁸⁴⁹ Becquet, S., *Le bien Industriel*, thèse, Paris 1, 2004, LGDJ, Bibl. de dr. Pr. T. 448, n°4.

par le droit des biens tels que l'information¹⁸⁵⁰, le travail¹⁸⁵¹ et tout récemment, les fruits du travail¹⁸⁵² ont fait l'objet d'études approfondies.

Dans le cas des seconds, savoir-faire traditionnel et ressources génétiques, la situation est presque identique. Ainsi, dès lors que les ressources génétiques sont en jeu, le sort des savoir-faire traditionnels se voit adossé au leur. Les savoir-faire traditionnels deviennent alors, l'accessoire des ressources génétiques, et en tant que tels, ils en suivent le sort.

480. En ce qui concerne l'accès aux ressources génétiques et aux savoir-faire traditionnels et le partage des avantages découlant de leur utilisation, le droit positif fait encore masse de ces deux éléments pourtant distincts et il leur applique les dispositions pertinentes de la Convention sur la diversité biologique à savoir, les articles 8.j)¹⁸⁵³, 10.c), 15.4, 15.5¹⁸⁵⁴, 15.7¹⁸⁵⁵ et 16.5¹⁸⁵⁶. Néanmoins, pour déterminer la personne susceptible de donner ce consentement libre et éclairé, il convient de ne pas se laisser enfermer dans une interprétation stricte des termes de la CDB qui ne reconnaît que l'Etat comme donneur d'accès sans distinguer au préalable le matériel génétique du savoir-faire traditionnel qui lui est associé. Le champ d'application des dispositions de l'article 15-5 de la CDB ne concerne que le matériel génétique tangible. A cela, on peut avancer une raison tirée de la lettre même de l'article 15-1 de la CDB qui dispose : « *Etant donné que les Etats 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* ». C'est donc là une simple conséquence de la souveraineté

¹⁸⁵⁰ Les écrits fondateurs en doctrine contemporaine française étant ceux de Catala, P. « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », D. 1984, Chron. p. 99 ; « La propriété de l'information », in *Mélanges P. Raynaud*, 1985, p. 85 ; Voir aussi cependant Vivant, M., « An 2000 l'information appropriée ? », in *Mélanges JJ Burst*, Dalloz 1997p. 651 ; Galloux, J-C. « Ebauche d'une définition juridique de l'information », D. 1994, Chron. P. 229, n° 1.

¹⁸⁵¹ Revet, Th., *La force de travail, Etude juridique*, Bibl. drt., entr., t. 28, Pref. F. Zenati, Litec 1992 ; Vicente, S., *L'activité en tant que bien, réflexions sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner*, Thèse Grenoble, 1999.

¹⁸⁵² Becquet, S., *Le bien Industriel*, Thèse Paris 1, 2004, LGDJ, Bibl. dr. Pr. T. 448.

¹⁸⁵³ En vertu de l'article 8.j) de la CDB, chaque Partie contractante « *respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques* ».

¹⁸⁵⁴ Il est précisé à l'article 15.5 de la CDB que « *l'accès aux ressources génétiques est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie contractante qui fournit lesdites ressources, sauf décision contraire de cette Partie* ».

¹⁸⁵⁵ En vertu de l'article 15.7 de la CDB, « *chaque Partie contractante prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées, [...] pour assurer le partage juste et équitable des résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques avec la Partie contractante qui fournit ces ressources. Ce partage s'effectue selon des modalités mutuellement convenues* ».

¹⁸⁵⁶ Selon l'article 16.5 de la CDB, en rapport avec l'accès à la technologie et le transfert de technologie, « *les Parties contractantes, reconnaissant que les brevets et autres droits de propriété intellectuelle peuvent avoir une influence sur l'application de la Convention, coopèrent à cet égard sans préjudice des législations nationales et du droit international pour assurer que ces droits s'exercent à l'appui et non à l'encontre de ses objectifs* ».

des Etats sur leurs territoires. Le pas a été très vite franchi de considérer que dans le cas d'un savoir-faire traditionnel relatif à des éléments de la diversité biologique, l'acquisition de ce savoir-faire et son utilisation doivent être compatibles avec la législation nationale régissant l'accès à ces éléments de la diversité biologique au nom du principe dit « *d'intégration* »¹⁸⁵⁷, manifestation systémique de l'ordonnement juridique des Etats.

481. Cependant, la totale indépendance de ces deux régimes a encore récemment été réaffirmée par le Comité Intergouvernemental de l'OMPI pour qui : « *L'autorisation d'acquérir un savoir traditionnel n'entraîne pas l'autorisation d'acquérir les ressources génétiques qui lui sont associées et de les utiliser, et vice versa.* »¹⁸⁵⁸ Il convient donc de dissocier les deux régimes d'autorisation. Ainsi, les communautés infra étatiques¹⁸⁵⁹ peuvent-elles être habilitées à fournir le consentement préalable donné en connaissance de cause comme peuvent l'être aussi les membres individuels de cette communauté, lorsque sont en cause les savoir-faire traditionnels.

En effet, un certaines lois nationales utilisent la réglementation de l'accès aux ressources biologiques comme socle de la protection *sui generis* des savoir-faire traditionnels. En vertu de ces lois, l'accès aux savoir-faire traditionnels est autorisé par l'autorité nationale compétente¹⁸⁶⁰. Même si en dernier ressort, l'accès est autorisé par l'État, la communauté autochtone ou locale ou le détenteur des savoir-faire traditionnels se voit aussi reconnaître la faculté de refuser l'accès à ces savoir-faire¹⁸⁶¹. Si l'autorisation de l'Etat était la seule valable en la matière, le refus par les communautés traditionnelles de donner accès aux savoir-faire traditionnels serait de nature à engager la responsabilité de son auteur vis-à-vis de l'Etat.

Or, il ne se trouve aucune disposition légale nationale pour soutenir une telle hypothèse de responsabilité des communautés traditionnelles ou des individus détenteurs de savoir-faire traditionnels, alors qu'un accès valablement accordé par les autorités étatiques peut être exécuté moyennant intervention de la force publique. Bien au contraire, les régimes de ces législations tendent à protéger leur liberté de donner accès aux savoir-faire traditionnels. Ceci est sûrement dû au fait que les savoir-faire traditionnels relevant de l'immatériel et de l'activité intellectuelle se trouvent intimement liés à la personne qui les possède. Ils semblent relever ainsi d'une sphère exorbitante de la souveraineté étatique qui

¹⁸⁵⁷ Article 79 de la loi costaricienne sur la diversité biologique.

¹⁸⁵⁸ La protection des savoirs traditionnels : aperçu des options de politique générale et des mécanismes juridiques 9^{ème} Session 24-28 Avril 2006, Document WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5, Annexe, page 449

¹⁸⁵⁹ Avec la particularité de devoir passer par les mécanismes de représentation pour cause d'absence de personnalité juridique.

¹⁸⁶⁰ Article 4.1)x) et xi) de la législation modèle africaine; article 11.IV)b) de la mesure provisoire brésilienne; article 62 de la loi costaricienne sur la diversité biologique; article 3.1) de la loi indienne sur la diversité biologique; article 7.1) du décret-loi portugais n° 118.

¹⁸⁶¹ Législation modèle africaine, la mesure provisoire brésilienne, la loi costaricienne sur la diversité biologique, la loi péruvienne et le décret-loi portugais.

s'exerce plus directement sur les choses matérielles. Ainsi, à moins d'accepter ou de légitimer une dépossession, ou une expropriation¹⁸⁶² des communautés traditionnelles, il n'est pas possible en toute logique de continuer de soutenir l'idée que seul le consentement préalable de l'état est nécessaire. Ceci est, du moins, totalement avéré concernant les savoir-faire traditionnels pour lesquels, le seul consentement préalable requis est celui de la communauté traditionnelle, exprimé et validé selon les règles et normes de droit coutumier.

La nature réelle¹⁸⁶³ du savoir-faire traditionnel que nous avons précédemment démontrée, semble, à cet égard, définitivement installer la communauté traditionnelle, comme la seule pourvoyeuse d'un consentement préalable valable en matière de savoir-faire traditionnel.

482. La chaîne des intervenants, et par conséquent, des différentes relations qui se nouent à l'occasion d'une opération de bioprospection est complexe. Une analyse attentive fait apparaître trois genres de situations dont une seule fait intervenir la communauté traditionnelle comme partie intégrante de la chaîne de relations.

Une première situation possible est celle où seules deux parties sont en présence : l'Etat fournisseur¹⁸⁶⁴ qui a juridiction sur le matériel, objet de la bioprospection, et une entreprise ou un institut de recherche qui prospecte les échantillons pour les étudier. C'est le cas typique de la firme MERCK et de l'institut de recherche scientifique non gouvernemental et à but non lucratif INBIO du Costa Rica¹⁸⁶⁵.

Dans une configuration un peu plus complexe, une Université¹⁸⁶⁶ ou un organisme de recherche¹⁸⁶⁷ dûment mandaté par une entreprise effectue les opérations de collecte de d'exploration. Cette externalisation de plus en plus répandue de l'activité de bioprospection répond à la volonté des entreprises de profiter de l'expertise des laboratoires, en même temps qu'elle leur permet de transférer les risques d'infraction aux dispositions de la Convention sur la diversité biologique. Des Universités et/ou instituts de recherche locaux peuvent aussi intervenir, allongeant la chaîne de parties.

Un troisième cas de figure qui n'exclut pas les deux précédents, est celui où les communautés traditionnelles sont impliquées. Cette implication des communautés traditionnelles se justifie selon que la collecte se déroule sur leurs terres, ou

¹⁸⁶² Dans le cas présent, une telle expropriation serait dépourvue de juste et préalable indemnité.

¹⁸⁶³ Au sens de chose, « *res* ».

¹⁸⁶⁴ Ou l'une de ses institutions, un ministère ou un organisme public comme les parcs nationaux. Il peut aussi s'agir d'une association comme dans l'Etat d'Amazonie au Brésil.

¹⁸⁶⁵ Pour un modèle proche voir aussi le contrat J. Craig Venter Institute/Australie, « Biological resources Access Agreement » signé en Novembre 2004, et cité par Bellivier F., et Noiville C., *Contrats et Vivant*, précité p. 145, note 357.

¹⁸⁶⁶ Ce sera le cas aux Etats-Unis du Missouri Botanical Garden, du New York Botanical Garden, et l'Illinois University qui travaillent toutes les trois pour la National Cancer Institute dans le cadre d'un programme de collecte de plantes en milieu tropical et subtropical en vue de la mise au point d'un potentiel traitement pour le Sida.

¹⁸⁶⁷ L'on pense dans le cas de la France, à l'Institut de recherche pour le développement (IRD) dont une unité, BIODIVAL réalise de nombreuses prospections en Amérique du sud pour les laboratoires Pierre Fabre.

qu'elles acceptent de fournir « *des indications souvent fort convoitées sur l'usage thérapeutique de telle plante ou de l'intérêt pesticide de telle écorce* ». ¹⁸⁶⁸ Comme on peut le remarquer, les communautés traditionnelles n'interviennent que de façon résiduelle quand il s'agit de ressources matérielles. En revanche, elles sont obligatoirement impliquées lorsqu'il s'agit de transférer des savoir faire traditionnels. L'ouverture d'un temps supplémentaire dans la chaîne des consentements nécessaires permet ainsi de prendre en compte l'intervention des communautés traditionnelles.

483. C'est ici, l'un des seuls endroits où la distinction entre le matériel et l'immatériel produit des effets aussi remarquables en droit de la bioprospection. En effet, ce que nous avons appelé le « **binôme significatif** » et qui permettait d'associer les sorts de la ressource génétique et celui du savoir-faire associé se trouve disloqué. S'il s'agit de matériel, le consentement valable sera celui de l'organisme étatique qui exerce la souveraineté territoriale. S'il s'agit de savoir-faire traditionnel, le seul consentement nécessaire est celui de la communauté traditionnelle. Cependant, comme en pratique il est presque impossible de définir une frontière étanche entre ces deux situations, la raison recommanderait un double consentement systématique, à moins qu'il ne s'agisse uniquement de collecte d'informations et donc de savoir-faire traditionnel. Plus rien, dans une telle configuration rectifiée, ne justifierait « *la place marginale réservée aux populations locales dans les échanges de ressources* » ¹⁸⁶⁹ et de savoir-faire traditionnel.

484. Ainsi, lorsque l'on recherche la preuve du consentement préalable aux clauses de répartition des bénéfices, l'on s'aperçoit que cette dernière peut provenir des stipulations contractuelles qui encadrent la bioprospection. Elle peut aussi résulter de la conformité aux dispositions légales organisant l'accès aux savoir-faire traditionnels, et/ou aux ressources génétiques. Afin de contourner les difficultés d'appréciation de ce consentement, gage d'équité, il a été proposé de l'objectiver en le matérialisant par un système de certification.

B. La preuve objectivée du consentement préalable: le recours au mécanisme de la certification.

485. La certification se présente, dans son mécanisme comme une preuve permanente de respect des exigences de la Convention sur la diversité biologique en

¹⁸⁶⁸ Bellivier F., et Noiville C., *Contrats et Vivant*, précité p. 148. De nombreux exemples de cette chaîne complexe sont disponibles dans : Laird S. et Noejovich F., "Building equitable research relationship with indigenous peoples and local communities : prior informed consent and research agreements", in Laird S., (Dir) *Biodiversity and traditional knowledge : Equitable partnership in Practice*, Earthscan Publications, London, 2002, p. 179.

¹⁸⁶⁹ Bellivier F., Noiville C., *Contrats et vivant*, précité p. 275, n° 335.

ce sens qu'aucune des propositions qui sont faites par la pratique depuis les années 1990 ne va dans le sens d'une remise en cause ou de la contestation d'un certificat valablement délivré ou obtenu.

La certification présente à coup sûr un progrès par le mécanisme qu'elle instaure. Sa mise en œuvre contraint à l'organisation d'une internormativité à laquelle la CJCE en Europe a été confrontée.

1. Le caractère progressiste de la certification en matière de consentement préalable.

486. Selon Mme Tomme Rosanne YOUNG¹⁸⁷⁰, les certificats de provenance légale¹⁸⁷¹ sont entre autres destinés à fournir à l'utilisateur des ressources génétiques et/ou des savoir-faire traditionnels associés, « *une certitude légale, c'est-à-dire une protection contre toute allégation ultérieure selon laquelle il n'aurait pas obtenu les autorisations pertinentes* »¹⁸⁷² Ce mécanisme prétend ainsi, offrir une sécurité au bioprospecteur en même temps qu'il protège l'intégrité du consentement des communautés traditionnelles. Il vise selon certains à attester que le matériel biologique, et dans notre cas, le savoir-faire traditionnel « *a été acquis et utilisé dans le respect des dispositions légales ou contractuelles* »¹⁸⁷³. Entendue au sens large, la certification est un mécanisme attestant de l'équité dans les échanges¹⁸⁷⁴.

La promotion du mécanisme des certifications a été possible principalement parce que les moyens de preuve du consentement éclairé sont libres étant entendu que le consentement est un fait juridique. La pratique en a profité pour soutenir la mise au point du mécanisme de certification, destiné à l'origine aux ressources génétiques mais applicable aux savoir-faire traditionnels. Peut-être même est-il possible que ce qui n'est au départ qu'un emprunt de mécanisme se révèle plus adapté aux savoir-faire traditionnels qu'aux ressources génétiques. En effet, selon certains auteurs : « *il est plus facile de fournir de l'information sur les connaissances traditionnelles, car on peut clairement identifier ces connaissances, alors qu'il peut être plus difficile d'obtenir des renseignements détaillés sur les ressources génétiques - plus*

¹⁸⁷⁰ Conseillère juridique principale, Centre du droit de l'environnement, Union Mondiale pour la nature, courriel : TYoung@iucn.org

¹⁸⁷¹ Qui sont la forme la plus aboutie de ce qui a été pensé au départ comme devant être un certificat d'origine (Tobin)

¹⁸⁷² Young T., R., « Une solution simple : intégrer les certificats de provenance légale dans le régime sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages », in *Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation*, Mexique 2004, p 312

¹⁸⁷³ Bellivier F., et Noiville C., *Contrat et Vivant*, précité p. 285.

¹⁸⁷⁴ Voir sa mise en œuvre dans le cadre du commerce équitable par le biais d'organismes certificateurs.

particulièrement lorsque des échantillons non identifiés ont été prélevés au hasard dans des collections de bioprospection.»¹⁸⁷⁵

487. C'est en 1994 qu'est apparu le terme «certificat d'origine» dans le contexte d'un projet d'établissement de procédures de demande de brevet pour s'assurer que l'utilisation des ressources génétiques fait l'objet d'un consentement préalable donné en connaissance de cause. Initialement, on proposait d'exiger la divulgation de l'origine des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées comme condition d'acceptation et de traitement des demandes de brevet. Il a été notamment avancé qu'un certificat d'origine normalisé, qui servirait à démontrer l'existence d'un consentement préalable, éliminerait la nécessité pour les agents des brevets d'examiner tous les documents relatifs à un accord de partage des avantages afin de vérifier le respect de la CDB¹⁸⁷⁶. Les peuples autochtones d'Amérique latine n'ont pas tardé à adopter la proposition et la Déclaration de Santa Cruz de 1994 prévoit par ailleurs un examen plus poussé de la possibilité d'utiliser le certificat d'origine pour protéger les droits relatifs aux connaissances traditionnelles. A également été intégrée, la proposition dans le projet de régime régional sur l'accord sur le partage des avantages dans le cadre du Pacte andin, préparé par l'UICN/CDE¹⁸⁷⁷ et la société péruvienne du droit de l'environnement en 1994 et 1995¹⁸⁷⁸. Les certificats sont destinés avant tout¹⁸⁷⁹ à « *réduire les incertitudes et augmenter la transparence* ». Ils sont dans ce sens un double instrument qui sert à la fois la transparence et l'équité. Il suffit pour s'en convaincre de voir la liste préliminaire des renseignements à inclure dans un certificat d'origine, établie par BARBER, TOBIN et JOHNSTON de l'Institut d'études supérieures de l'Université des Nations unies en 2003.¹⁸⁸⁰

488. Le terme «certificat d'origine» s'entend ainsi d'un certificat qui atteste qu'une ressource génétique a été obtenue auprès d'un pays d'origine, au sens de la

¹⁸⁷⁵ Tobin B., Cunningham, D., Watanabe, K., « Les certificats d'origine, de provenance légale et de source: les éléments mutuellement exclusifs ou complémentaires d'une programme de certification. », in *Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation*, Mexique 2004, p 297.

¹⁸⁷⁶ Tobin B., *Alternative Mechanisms for Protection of Indigenous Rights*, document présenté au symposium des peuples autochtones d'Amérique latine: peuples autochtones, biodiversité et propriété intellectuelle, Santa Cruz, Bolivie, du 27 au 30 septembre 1994.

¹⁸⁷⁷ Union mondiale pour la nature/Centre du droit de l'environnement.

¹⁸⁷⁸ Tobin B., «Certificates of origin: A role for IPR Regimes in Securing Prior Informed Consent », p. 329-343, dans Mugabe et coll. (dir.), *Access to genetic resources: Strategies for sharing benefits*, ACTS Press: Nairobi, consultable à l'adresse <<http://www.ias.unu.edu>>.

¹⁸⁷⁹ Certains pourtant espèrent avoir par son intermédiaire, un droit garanti d'utilisation de la ressource génétique sur lequel il porte.

¹⁸⁸⁰ Des informations sur le fournisseur et l'utilisateur ; des informations sur les communautés autochtones locales qui sont parties à l'accord; des renseignements détaillés sur les ressources génétiques ou les connaissances traditionnelles; des renseignements détaillés sur l'utilisation des ressources qui a été approuvée; une description détaillée des restrictions quant à l'utilisation; la durée de l'accord; les conditions du transfert des droits à des tiers; information sur l'autorité compétente. Voir Barber C.F., Johnston, S., et Tobin. B., *User measures: Options for Developing Measures in User Countries to Implement the Access and Benefit-Sharing Provisions of the Convention on Biological Diversity*, 2e éd. 2003, Université des Nations Unies, Institut d'études supérieures, Tokyo pp. 127-132.

CDB. Le certificat d'origine serait vraisemblablement délivré par une autorité nationale compétente, tandis que le certificat de provenance légale serait obtenu auprès du fournisseur des ressources génétiques en cause, par exemple une banque de gènes ou un herbier. Ce certificat de provenance légale, quant à lui, apporterait la preuve que les ressources ont été obtenues auprès d'un fournisseur autorisé. Le certificat de source ne permettrait pas de remonter plus loin que l'endroit où l'utilisateur s'est procuré la ressource génétique, par exemple une collection ou un dépôt, mais pas nécessairement le pays d'origine.

489. Aujourd'hui, il n'est plus question de choisir un système de certification parmi ceux disponibles mais de promouvoir une application concertée des trois types répertoriés. Les questions sur la forme et le contenu de ces certificats sont encore nombreuses¹⁸⁸¹ et la présentation¹⁸⁸² faite au groupe de travail de la Convention sur la diversité biologique sur les accords pour le partage des avantages lors de la réunion de février 2005¹⁸⁸³ en Thaïlande ne semble pas avoir significativement fait évoluer la négociation. L'alternative permanente entre l'adoption d'un régime contraignant et la promotion d'un ensemble de codes de bonne conduite n'est toujours pas tranchée. Le certificat, preuve objectivée du consentement préalable donné en connaissance de cause, paraît absolue.

Un tel absolutisme de la valeur probante attachée à la certification devrait être utilement modéré au vu des limites qui lui sont inhérentes¹⁸⁸⁴. Dans son principe, la certification ne déployait ses effets que lors d'une demande de brevet¹⁸⁸⁵. Il semble ici que la certification doive aller au-delà de cette seule hypothèse sous peine de ne couvrir qu'une partie de l'activité qu'elle prétend réguler. La Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (ci-après CITES) vers le modèle duquel l'on s'achemine pour le système de la certification n'a pas été conçu pour gérer des exigences aussi grandes en

¹⁸⁸¹ Quel élément donne lieu à la délivrance d'un certificat d'origine? Qui peut délivrer un tel certificat? Que fait-on dans les cas où on peut obtenir une ressource dans divers pays ou acquérir des connaissances auprès de diverses communautés locales dans un ou plusieurs pays? Le certificat s'applique-t-il à des échantillons individuels ou à tous les échantillons visés par un contrat, ou encore à des gènes individuels? Quelles mesures pourrait-on prendre pour le stockage des données et l'accès à ces données? Dans quelle mesure peut-on faire le suivi d'une ressource? Quelles mesures pourrait-on prendre en ce qui a trait aux peines à imposer, à la responsabilité et aux recours? Il faut aussi déterminer avec exactitude l'utilisation du certificat et savoir s'il aidera les utilisateurs et les organismes de réglementation à faciliter la libre circulation des ressources génétiques tout en respectant les droits d'accès aux ressources et aux connaissances traditionnelles associées, en vertu de la CDB. Au besoin, il faudra déterminer s'il existe des solutions de rechange pour atteindre ces objectifs.

¹⁸⁸² Présentation disponible sur le site : www.ias.unu.edu

¹⁸⁸³ Il faut cependant se rappeler qu'une année plus tôt la COP7, instance plénière instituée par la CDB, avait décidé, d'examiner plus avant la possibilité de créer un certificat d'origine/de source/ de provenance légale des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées qui serait reconnu à l'échelle internationale, dans le cadre des négociations relatives à un régime international sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages (APA).

¹⁸⁸⁴ Sur les limites du système de certification dans le commerce équitable, voir : Boris J-P. *Commerce équitable : le roman noir des matières premières*, ed. Hachete littérature/RFI, mai 2005.

¹⁸⁸⁵ Chambre de commerce internationale -CCI, *Policy statement, should patent applicants disclose the origin of biological materials on which they file patents? Should they demonstrate prior informed consent for their use?*, Document n° 450/941 Rev. Du 10 avril 2002.

termes de nombre d'objets visés et de réactivité du contrôle. En effet, les mesures de surveillance et d'application relatives au commerce des ressources biologiques risquent d'être plus complexes que celles prévues par la CITES. A cela, plusieurs raisons. Les listes dressées en vertu de la CITES comptent quelque 30000 espèces, alors qu'on évalue à plus de 14 millions le nombre d'espèces dans le monde et qu'on en connaît environ 10% seulement.

Le commerce des ressources visées par des mesures d'Accord sur le Partage des Avantages nécessitera la réglementation de quantités de matériels biologiques considérablement plus élevées que le nombre d'éléments régis par la CITES.

Les mesures prévues en cas d'exportation illicite de petits échantillons de sol contenant des micro-organismes sont beaucoup plus difficiles à appliquer que les mesures visant la contrebande de défenses d'éléphant et d'objets en ivoire, par exemple. Une autre raison qui inciterait à la modestie quant à la valeur de la preuve offerte et à une vigilance accrue dans la finalisation de ce produit se fonde sur le fait de l'envoi de semences par la poste ou la transmission par courriel de renseignements taxinomiques, ou génomiques¹⁸⁸⁶.

Outre le fait que cette Convention ne s'applique qu'aux expéditions transfrontières d'un nombre donné d'espèces entre les 164 pays signataires de la CITES, il a été relevé que le système de certification de provenance légale ne favorise pas une négociation équitable pour toutes les parties intéressées. De même, il n'élimine pas la nécessité pour chaque pays d'adopter une loi sur l'accès, puisqu'il ne peut être délivré de certificat valable que dans des pays qui se sont dotés de procédures nationales à cet égard. Du reste, les Etats ont vite fait d'adopter le mécanisme de certification, parfois avec des effets assez inattendus pouvant aller jusqu'à l'exclusion de la brevetabilité du matériel biologique obtenu sans le consentement des communautés traditionnelles¹⁸⁸⁷. La certification est un mécanisme demandant une double réception, spécialement dans le cadre du savoir-faire traditionnel. Non seulement, elle doit être mise place dans le pays où la bioprospection se déroule ; mais elle doit aussi être reconnue dans le pays où le brevet va être demandé. Elle permet à coup sûr de mettre deux systèmes de valeurs et de normes en présence. Il en découle bien souvent des conflits que le Pr. MATHIEU et M. LENOIR ont pu constater à propos des normes internationales de la bioéthique¹⁸⁸⁸. Une autre partie de la doctrine qui s'est spécifiquement intéressée à l'accès aux ressources

¹⁸⁸⁶ Langford, J., « Le système de certification visant l'accès et le partage des avantages », in *Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation*, Mexique 2004, pp. 306 et 307

¹⁸⁸⁷ C'est le cas en Nouvelle Zélande pour les Maoris. Voir sur la question, Girsberger M., « Transparency measures under patent law regarding genetic resources and traditional knowledge : Disclosure of source and evidence of prior informed consent and benefit sharing », *Journal of World international Property*, vol. 7, n° 4, juillet 2004, p. 451 et s.

¹⁸⁸⁸ Lenoir N., Mathieu B., *Les normes internationales de la bioéthique*, PUF, Que sais-je ? 1998, p. 42.

biologiques parle de « *multiples conflits de systèmes* »¹⁸⁸⁹ qui se sont exprimés en Europe de façon singulière à l'occasion de la transposition de la Directive 98/44/CE relative à la protection des inventions biotechnologiques.

2. La réception de la certification en Europe par la mise en œuvre d'une internormativité.

491. Sur le continent européen, l'accueil réservé au système de la certification n'est pas des plus enthousiastes. Ainsi, la CJCE s'est-elle prononcée le 9 octobre 2001 contre la reconnaissance obligatoire des certificats délivrés dans les pays en développement, dans une affaire *Royaume des Pays Bas contre Parlement Européen et Conseil de l'Union Européenne*¹⁸⁹⁰. Cette affaire tirait sa source du refus des Pays-bas, de l'Italie et de la Norvège¹⁸⁹¹ de transcrire la Directive 98/44/CE dans leur droit interne au motif entre autres qu'une telle Directive irait à l'encontre de la répartition équitable des avantages découlant des ressources génétiques, laquelle constitue l'un des objectifs de la CDB. En réponse à cette argumentation qui soutient le recours en annulation des Pays-Bas, la CJCE estime que le risque de contrariété avec la CDB est « *hypothétique* » et ne résulte pas « *directement des dispositions de la Directive, mais, tout au plus, de l'utilisation qui serait susceptible d'en être faite* ». La Cour ajoute que « *l'on ne peut tenir pour établi [...] que le simple fait de protéger par brevet des inventions biotechnologiques aura pour conséquence [...] de priver les pays en développement de la capacité de contrôler leurs ressources génétiques et d'avoir recours à leurs connaissances traditionnelles* ». Cette argumentation semble avoir convaincu diversement les Etats. La France y a, pour sa part, été sensible puisqu'elle n'a pas intégré la reconnaissance des certificats dans la loi de transposition de la Directive 98/44/CE du 8 décembre 2004¹⁸⁹². Il en est de même de la loi sur la bioéthique du 6 août de la même année.

492. D'autres pays comme la Belgique et la Suisse, prenant en cela le contre-pied de la position française, ont accueilli l'exigence du consentement préalable en matière de ressource génétique ou de savoir-faire traditionnel avec un peu plus de faveur. La Belgique sanctionne ainsi le défaut de consentement en ce qui concerne

¹⁸⁸⁹ Hermitte M-A., « L'accès aux ressources biologiques », in Cadeau E. (dir) *Etudes offertes à J-C Hélin*, Litec, 2004, p. 333 et s. spec. P.334.

¹⁸⁹⁰ C-377/98, points 63 et suivants.

¹⁸⁹¹ Qui depuis, a changé de camp en adoptant les modifications de la section 8b) de la *LOV OM PAPERTER* n°9 du 15 décembre 1967, le 19 décembre 2003 puis le 20 mai 2004. Modification consultable sur www.patentstyret.no

¹⁸⁹² Sur l'ensemble de cette question, cf. Galloux, J-C. « Premières vues sur la directive no 98/44 du 6 juillet 1998 », *JCP*, n° 1, 1998 ; Gaumont-Prat H., « Les tribulations en France de la directive n° 98/44 du 6 juillet 1998 », *D.* 2001, p. 2882 ; cf. également. Hiance M. , « Discussion-transposition de la directive Biotechnologie », *Quel droit de la propriété industrielle pour le troisième millénaire*, LITEC/CEIPI 2001.

le matériel génétique humain, par une nullité pure et simple du brevet. Pour ce qui est du matériel non humain, la loi de transposition de la Directive 98/44CE prévoit que la demande de brevet « contient une mention de l'origine géographique de la matière biologique d'origine végétale ou animale à partir de laquelle l'invention a été développée, lorsque cette origine est connue »¹⁸⁹³ La Suisse, dont on sait qu'elle est porteuse d'une proposition de modification du règlement d'exécution du PCT au sein du Comité intergouvernemental de l'OMPI comme devant l'OMC, propose des modifications identiques à celles de la Belgique dans son projet de révision du droit des brevets¹⁸⁹⁴.

Les systèmes nationaux, suisse, belge et norvégien qui apparaissent comme pionniers en la matière n'adoptent pas pour autant des positions en totale rupture avec la position de la CJCE. A la lecture attentive de cette décision, l'on remarque que la juridiction communautaire ne s'est pas prononcée en termes d'incompatibilité entre le régime des certifications obtenues dans les pays source pour des savoir-faire collectés auprès des communautés traditionnelles et le droit édicté par la Directive 98/44/CE. Elle s'est basée sur les effets que pourraient produire ces deux normes l'une sur l'autre. Ce n'est qu'en ayant au préalable, constaté que cet effet était hypothétique, qu'elle a rejeté la position des pays demandeurs. La Cour de justice des communautés Européennes ne semble pas se placer sur plan des principes mais adopte résolument une attitude pragmatique qui surprend un tant soit peu. Non seulement la CJCE admet qu'une certaine utilisation des dispositions de la Directive pourrait, porter atteinte aux normes issues de la CDB, mais encore, elle pousse le pragmatisme plus loin. En effet, elle laisse entendre que tant que l'application des dispositions de la directive dont la transposition est en cause, même contraires aux normes de la CDB dans leurs effets, «ne privera pas les pays en développement de leur capacité de contrôler leurs ressources génétiques, et d'avoir recours à leurs connaissances traditionnelles », le trouble à la norme issue de la CDB n'est pas important au point de commander une éviction de la Directive 98/44/CE.

Une telle position pragmatique offre deux enseignements qui tous les eux, soulignent le rôle de modérateur de l'internormativité entre les normes communautaires, celles de la CDB et le droit national des pays dans lesquels les mécanismes de certification ont été instaurés.

¹⁸⁹³ Loi du 28 avril 2005 modifiant la loi du 25 mars 1984 sur les brevets d'invention.

¹⁸⁹⁴ Pour des informations sur le contenu de la modification envisagée ainsi que les motifs de cette proposition de modification du droit des brevets suisse, V. www.ige.ch/jurinfo/documents/j100143f.pdf, articles 49 a, 81a, et 138 ; pour le rapport explicatif de cet avant projet de loi, voir www.ige.ch/jurinfo/documents/j10014.pdf, p. 87.

493. Premier enseignement : le juge, en ne récusant à aucun moment l'argument de la contrariété avec les normes de la CDB en reconnaît, à tout le moins, la valeur inspiratrice¹⁸⁹⁵ des normes insufflées par cette dernière.

494. Deuxième enseignement : le juge en ne condamnant pas frontalement le système de certification et du consentement préalable, a pris en considération la « raison pratique »¹⁸⁹⁶ des trois ensembles normatifs en présence. D'abord, la montée en puissance des revendications des pays en développement pour une application du principe du consentement préalable ; de telles revendications étant relayées par de plus en plus de lois nationales¹⁸⁹⁷. Ensuite, l'affirmation au sein des instances européennes¹⁸⁹⁸ et des pays européens¹⁸⁹⁹, de principes éthiques visant à renforcer la responsabilité sociale des entreprises oeuvrant dans le secteur de la bioprospection. Enfin, la permanence des exigences contenues dans le texte onusien de la CDB.

495. La réception dans l'espace juridique européen de l'exigence du consentement préalable, à notre avis une question de temps, sera l'illustration de ce que : « *les opérateurs des pays industrialisés, satisfaisant pas là même les exigences de responsabilité sociale des entreprises, épauleraient ainsi les pays en développement dans la mise en œuvre de leurs droits* »¹⁹⁰⁰

Paragraphe 2. La qualité du consentement aux clauses de répartition des bénéfiques.

495. L'exigence d'un consentement éclairé devrait être indifférente au regard de la validité ou de la constitution du titre de propriété intellectuelle requis. Son déséquilibre trop flagrant devrait ouvrir droit à rééquilibrage par le juge judiciaire.

¹⁸⁹⁵ A moins que ce ne soit là que la manifestation d'une déférence envers les engagements internationaux antérieurs des Etats.

¹⁸⁹⁶ Dans la pensée de Pierre Bourdieu

¹⁸⁹⁷ Afrique du sud, Bolivie, Brésil, Chine, Costa-Rica, Colombie, Equateur, Inde, Indonésie, Kenya, Mexique, Malaisie, Pérou, Philippines, Venezuela.

¹⁸⁹⁸ Notamment à travers la proposition de la Commission des Communautés Européennes faite au Parlement Européen et au Conseil : *Mise en œuvre par la Communauté Européenne des « Ligne directrices de Bonn » sur l'accès aux ressources génétiques et partage des avantages qui en découlent au titre de la convention sur la diversité biologique*, com(2003)821 final, 23 décembre 2003.

¹⁸⁹⁹ Notamment par l'insertion presque systématique dans les contrats internationaux, d'une rubrique souvent nommée « *fundamental social principles* ».

¹⁹⁰⁰ Bellivier F., et Noiville C., *Contrats et vivant*, précité, p. 287, n° 352.

A. Une qualité largement influencée par les accords bilatéraux.

496. La phase de négociation des différents contrats relatifs au transfert et à l'acquisition de la maîtrise du savoir-faire traditionnel se trouve bien souvent enchâssée dans un maillage de règles qui ont été « librement » consenties par les Etats. Les accords bilatéraux qui permettent un tel maillage sont exempts de critiques d'un point de vue strictement théorique. Bien au contraire, ils s'insèrent plutôt valablement dans les prescriptions et les autorisations de conventions multilatérales telles que les accords ADPIC.

Il est normal, dans les relations commerciales internationales que les différents protagonistes cherchent le plus possible à rapprocher leurs standards de protection des éléments pouvant faire l'objet d'un droit de propriété intellectuelle. Les objectifs de réciprocité et de sécurité pour les acteurs du commerce international et des investissements peuvent être invoqués même si certains auteurs¹⁹⁰¹, à l'avis desquels nous nous rangeons, critiquent la voie bilatérale.

Cependant, lorsque l'on examine l'action récente des pays développés comme les Etats-Unis¹⁹⁰² et l'UE en particulier, qui ont cherché à encourager les pays en développement à se conformer aux dispositions des traités internationaux de propriété intellectuelle, ou à adopter les normes plus élevées de protection en la matière, l'on est en droit de se montrer réservé.

497. Dans le passé, des concessions commerciales ont été suspendues et des sanctions commerciales mises en œuvre à l'encontre de certains pays en développement dont les régimes de PI ne remplissaient pas les attentes de leurs partenaires commerciaux du monde développé¹⁹⁰³. Plus récemment, les pays développés ont eu tendance à rechercher, auprès d'un nombre croissant de pays en développement, des engagements à propos des normes de propriété intellectuelle

¹⁹⁰¹ Barton, J., et Al. « Intégrer, les droits de propriété intellectuelle et la, politique de développement », *Rapport de la, Commission britannique des droits de propriété intellectuelle*, Londres, Septembre 2002 p.210. Les auteurs de cette importante contribution y écrivent ce qui suit : « A notre avis, la fixation de normes multilatérales, lors de laquelle les capacités de négociation des pays développés et en développement, tout en restant asymétriques, sont contrebalancées par l'avantage numérique et la capacité de nouer des alliances, est bien préférable à la conclusion d'accords régionaux et bilatéraux. » V. aussi Goutal J-L, « Propriété intellectuelle et développement : la remise en cause de notre modèle », *JCP-Propriété industrielle*, Nov. 2003, p. 8 et s.

¹⁹⁰² Accord entre les Etats-Unis d'Amérique et le Royaume du Cambodge relatif aux relations commerciales et à la protection des droits de propriété intellectuelle (http://199.88.185.106/tcc/data/commerce_html/tcc_documents/cambodiatrade.html) ; Accord de libre-échange entre les Etats-Unis et la Jordanie (Source : <http://www.ustr.gov/regions/eu-med/middleeast/textagr.pdf>) ; Accord relatif aux relations commerciales entre les Etats-Unis et le Vietnam (Source : <http://www.ustr.gov/regions/asia-pacific/text.pdf>).

¹⁹⁰³ Drahos P., « *Developing Countries and International Intellectual Property Standard-Setting* », Commission Background Paper 8, Londres. Source : <http://www.iprcommission.org>

en concluant des accords bilatéraux ou régionaux en matière de commerce et d'investissement qui vont au-delà des prescriptions de l'Accord sur les ADPIC¹⁹⁰⁴.

Or, il se fait que c'est principalement dans ces pays en développement que se trouve une partie importante du matériel biologique et les savoir-faire y relatifs.

L'élévation du degré de protection des droits de propriété intellectuelle qui découle de ces différents accords a indubitablement des conséquences sur les conditions de négociation des contrats de bioprospection ainsi que sur les conditions d'exécution des obligations qui peuvent en découler.

Ainsi, conformément aux accords intervenus entre les Etats-Unis et le Cambodge de 1996¹⁹⁰⁵ les parties ne peuvent pas autoriser autrui à compter sur des données soumises à des fins de réglementation pharmaceutique pendant une durée raisonnable qui ne saurait en général être inférieure à 5ans¹⁹⁰⁶. Les mêmes Etats-Unis ont conclu une série d'accords avec le Vietnam¹⁹⁰⁷ qui font interdiction aux parties d'exclure de la protection par brevet les inventions comprenant plus d'une race animale ou variété végétale. A la suite des récentes élections de mi mandat,

¹⁹⁰⁴ La loi américaine sur le commerce de 2002 (pouvoir de négociation prévu par la procédure accélérée), HR3009, déclare : « Les principaux objectifs de négociation des Etats-Unis concernant la propriété intellectuelle liée au commerce sont :

A) d'encourager davantage une protection suffisante et efficace des droits de propriété intellectuelle, par les moyens suivants :

i) I) garantir une mise en oeuvre accélérée et complète de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce mentionné à la section 101 d) 15) de la loi relative aux accords du Cycle d'Uruguay (19 U.S.C. 11 3511d)15)), notamment le respect des obligations d'application assumées au titre du présent accord ; et

II) garantir que les dispositions de tout accord commercial multilatéral ou bilatéral régissant les droits de propriété intellectuelle signé par les Etats-Unis traduisent une norme de protection semblable à celle qui est accordée par la législation américaine ;

ii) fournir une solide protection aux technologies nouvelles et émergentes et aux nouvelles méthodes de transmission ou de distribution des produits contenant une propriété intellectuelle ;

iii) prévenir ou éliminer toute discrimination relative aux questions affectant la disponibilité, l'acquisition, la portée, le maintien, l'utilisation et le respect des droits de propriété intellectuelle ;

iv) garantir que les normes de protection et leur application suivent le rythme de l'évolution technologique, et en particulier faire en sorte que les détenteurs de droits soient dotés des moyens juridiques et technologiques nécessaires pour contrôler l'utilisation de leurs œuvres par l'Internet et tout autre moyen de communication mondial et pour empêcher leur utilisation non autorisée ;

v) faire respecter strictement les droits de propriété intellectuelle, y compris au moyen des mécanismes de droit civil administratif et pénal accessibles, rapides et efficaces ;

B) de s'assurer des possibilités d'accès au marché loyales, équitables et non discriminatoires pour les ressortissants des Etats-Unis qui comptent sur une protection de la propriété intellectuelle ;

C) de respecter la Déclaration de l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, adoptée par l'Organisation mondiale du commerce à la quatrième Conférence ministérielle de Doha (Qatar) le 14 novembre, 2001.

Source : <http://waysandmeans.house.gov/>

¹⁹⁰⁵ Accord entre les Etats-Unis d'Amérique et le Royaume du Cambodge relatif aux relations commerciales et à la protection des droits de propriété intellectuelle. Cet accord prévoit plus précisément que : Chaque partie doit adhérer à la Convention UPOV et étendre la durée de la protection du droit d'auteur dans certains cas à 75 ans à partir de la publication ou à 100 ans à partir de la réalisation (l'Accord sur les ADPIC n'exige qu'un minimum de 50 ans dans les deux cas). En outre, les parties peuvent ne pas autoriser autrui à compter sur les données soumises à des fins de réglementation pharmaceutique pendant une durée raisonnable qui ne saurait en général être inférieure a 5 ans. http://199.88.185.106/tcc/data/commerce_html/tcc_documents/cambodiatrade.html

¹⁹⁰⁶ Il faut compter, au titre de cette convention bilatérale, d'autres obligations telles que celle d'adhérer a la convention UPOV et d'offrir une protection des droits d'auteur de 75 ans à partir de la publication ou de 100 ans à partir de la réalisation de l'œuvre (les ADPIC n'exigent en la matière qu'un minimum de 50 ans).

¹⁹⁰⁷ Accord relatif aux relations commerciales entre les Etats-Unis et le Vietnam 2000 (Source : <http://www.ustr.gov/regions/asia-pacific/text.pdf>)

qui ont abouti à un changement de majorité dans les deux Chambres, certains observateurs affirment que « *les démocrates pourraient freiner les négociations des accords commerciaux mais peu de changements sont prévus en matière de propriété intellectuelle.* »¹⁹⁰⁸ Tout porte à croire une telle affirmation car l'habilitation de négociation dont bénéficie le Président actuel expire le 1^{er} juillet 2007 et la majorité démocrate serait peu encline à la renouveler en l'état. Il semble alors que le nouveau contexte politique aux Etats-Unis puisse « *offrir une occasion unique de remettre en question les chapitres consacrés aux droits de propriété intellectuelle dans les accords commerciaux bilatéraux, en faisant opposition et en proposant d'autres solutions.* »¹⁹⁰⁹

498. Il serait néanmoins peu réaliste de penser que la fixation des normes de propriété intellectuelle disparaîtra complètement de la diplomatie commerciale bilatérale et régionale. Il est, par conséquent, impératif que les pays développés veillent à ce que leurs objectifs de politique générale concernant ces normes soient manifestement en harmonie avec leurs objectifs plus larges de promotion du développement international et de réduction de la pauvreté. Tel n'est, en tout cas, pas encore le cas, même si la piste doit être sérieusement envisagée. Les Etats-Unis sont peut être sur le point d'opérer un changement à ce propos si l'on en croit les représentants de l'organisation non gouvernementale Health Global Access Project qui tentent d'obtenir que la primauté de la Déclaration de DOHA de 2001, relative à l'accord sur les ADPIC et la santé soit expressément souligné dans chaque négociation bilatérale.

B. Une qualité principalement déterminée par les stipulations contractuelles.

499. Le consentement aux clauses de répartition des bénéfices est un consentement dont l'appréciation doit se faire *in concreto*. La simple existence d'une telle clause ne rend pas la relation exempte de toute critique. Ici, les lois nationales les plus hardies se contentent de déclaration de principe sans proposer un mécanisme précis ni des structures acceptables de clause de répartition des bénéfices. Il revient alors à chaque contrat de concevoir ses « clauses sur mesure » en veillant au respect des dispositions de l'article 15.7 de la Convention sur la diversité biologique ainsi que de celles des législations nationales pertinentes le cas échéant. La situation est alors particulière en ce qu'elle ne permet pas de dégager une structure type de partage des bénéfices. Selon la configuration des relations

¹⁹⁰⁸ Vaughan, M., , *IP Watch Monthly* report december 2006.

¹⁹⁰⁹ Déclaration de Gaëlle Krikorian dans le cadre de la réunion de stratégie sur les questions relatives au commerce et à la santé, organisée le 16 novembre 2006, à Washington, in Vaughan, M., , *IP Watch Monthly* report december 2006.

contractuelles et selon les besoins exprimés par les communautés traditionnelles, plusieurs modèles de répartition des bénéfices peuvent être validés comme équitables. Le contrat, ici encore, relaye la loi.

500. Une observation des divers contrats de bioprospection permet d'isoler quatre structures possibles¹⁹¹⁰ que nous classerons selon qu'elles associent les communautés traditionnelles en tant que parties ou qu'elles les tiennent à l'écart, leur laissant le statut d'éventuels bénéficiaires des avantages.

501. Dans le premier groupe l'on peut distinguer deux structures :

La 1^{ère} met en œuvre deux contrats bilatéraux. C'est le cas où un pays source contracte avec une Université ou un institut de recherche qui, à son tour, se lie à une entreprise. C'est souvent à l'initiative de l'institut de recherche ou de l'Université que de telles relations prennent forme. Ce type de coopération contractuelle peut présenter une variante dans laquelle l'Etat contractant engage, une communauté traditionnelle à fournir l'objet de la bioprospection, bien que n'étant pas partie au contrat¹⁹¹¹. Dans un tel cas de figure, l'appréciation de la clause de répartition des avantages doit se faire à un double niveau : les avantages consentis à l'Etat dans un premier temps, et la pertinence des clauses de redistribution consenties par l'Etat. Un tel contrôle devrait utilement se compléter par une analyse des mécanismes légaux et administratifs en vigueur dans l'Etat signataire.

La 2^{ème} structure est celle que Monsieur GOLLIN qualifie de « *hub and spoke* »¹⁹¹² et que Mesdames BELLIVIER et NOIVILLE restituent pas l'image d'une relation contractuelle sous forme de roue¹⁹¹³. Le centre de la roue serait occupé par une structure « *porteur du projet* » de bioprospection. Ce dernier serait lié à une pluralité d'autres acteurs avec la particularité qu'ils n'ont aucune relation contractuelle les uns avec les autres. La structure centrale étant, dans la majorité des cas, une institution de recherche, il conviendra de vérifier l'existence des clauses de répartition des avantages dans la seule relation contractuelle qui la liera à des autorités nationales¹⁹¹⁴ ou avec des représentants de la communauté traditionnelle si l'objet du contrat est le transfert de savoir-faire traditionnel.

¹⁹¹⁰ Etant bien entendu qu'une telle typologie n'est pas exhaustive et qu'en la matière, la liberté contractuelle reste pleine et vigoureuse.

¹⁹¹¹ C'est le cas de la Convention conclue sous l'égide du Biodiversity Conservation network avec le îles Fidji en 1998. Ce contrat a fait l'objet d'une étude détaillée conduite sous la direction de Aalbersberg W., « *The rôle of Fidjian community in a bio prospecting project* » Etude pour le programme des Nations unies pour l'environnement, Convention sur la diversité biologique Bratislava 1998. Dans ce contrat, obligation est faite à une communauté de fournir du matériel biologique à une Université du Pacifique sud qui elle-même s'est engagée à fournir des échantillons à un Institut écossais Strathclyde Institute of Drug research.

¹⁹¹² Gollin M., « Elements of commercial biodiversity prospecting agreements » in Laird S.,(dir) *Biodiversity and traditionnal knowledge*, précité p. 319 s.

¹⁹¹³ Bellivier F., et Noiville C., *Contrats et vivant*, précité, p. 149, n° 164.

¹⁹¹⁴ Ministère de l'environnement ou ONG ayant reçu une habilitation étatique particulière.

502. Le 2^{ème} groupe de relations contractuelles est nettement plus complexe. Il essaie toujours de prendre en considération la participation des communautés traditionnelles. Face à la difficulté de les faire participer directement à la relation contractuelle de base¹⁹¹⁵, il a été imaginé un système de poupées russes. C'est la maxime l'union fait la force¹⁹¹⁶ qui résume le mieux cette figure contractuelle.

Le système des poupées russes consiste à établir un premier contrat qui lie plusieurs personnes juridiques dont la capacité et la personnalité juridique ne font l'objet d'aucun doute. Il s'agit, dans le cas type du ICBG¹⁹¹⁷ Research Agreement au Suriname de septembre 1993, d'un contrat qui lie 5 parties¹⁹¹⁸ parmi lesquelles une ONG qui réunit les connaissances locales en ethnobotanique et deux entreprises pharmaceutiques, l'une du Suriname (BGVS) et l'autre des Etats-Unis (Bristol Myers Squibb).

La particularité de cette figure contractuelle est que deux parties à cet accord principal rédigé en des termes traduisant des obligations claires à la charge de professionnels, sont liées aux tribus détentrices des savoir-faire traditionnels par des accords nettement moins contraignants. Ainsi, l'ONG est liée au peuple Saramaka¹⁹¹⁹ par une lettre d'intention aux termes duquel il représente leurs intérêts auprès des autres acteurs du 1^{er} contrat. La société BGVS a, quant à elle, signé un *Statement of Understanding* qui prévoit le partage des bénéfices et l'affectation des fonds à des œuvres d'intérêt public.

Par un tel mécanisme, l'ONG et la société pharmaceutique BGVS sont respectivement chargées de promouvoir le respect des intérêts du peuple Saramaka dans la négociation et de la répartition des bénéfices, une fois l'exploitation faite. L'on est frappé par la nature particulièrement peu contraignante des relations nouées directement avec les communautés traditionnelles. La lettre d'intention implique une obligation de moyens à la charge de l'ONG. Cette lettre d'intention nous semble avoir les effets d'une simple clause de « best efforts »¹⁹²⁰. Ceci augure mal de la justiciabilité des obligations qui y sont contenues. Dans de telles conditions, il ne reste plus qu'à s'en remettre à l'auto-correction de l'ONG et de la BGVS.

Le savoir-faire traditionnel étant principalement et exclusivement rattaché à une communauté traditionnelle, ce sont les clauses dont ces dernières sont bénéficiaires

¹⁹¹⁵ Difficulté que l'on imagine liée au statut juridique de ces dernières et à leur force de négociation.

¹⁹¹⁶ Ce qui revient classiquement à regrouper d'un côté, les fournisseurs de savoir-faire traditionnels et de l'autre les bio prospecteurs. De tels regroupements visent bien entendu le renforcement du pouvoir de négociation. Il s'agit ici de ce que le Pr. DUTHFIELD a appelé l'OPEP de pays fournisseurs.

¹⁹¹⁷ International Cooperative Biodiversity Group.

¹⁹¹⁸ Les deux autres étant : l'Institut polytechnique de l'Université de Virginia et la Missouri Botanical garden.

¹⁹¹⁹ En réalité un ensemble de tribus du Suriname.

¹⁹²⁰ Sur la clause de best efforts, voir : Mercadal B., *Contrats et droit de l'Entreprise*, Francis lefebvre 2006, n° 1879, p. 339.

qui font en l'occurrence l'objet d'attentions. Aucune considération relative à l'absence de personnalité juridique de la communauté traditionnelle ne saurait fonder une exclusion de cette dernière des clauses de répartition des bénéfices. En effet, s'il est encore possible d'arguer de cette absence de personnalité juridique pour exclure la communauté traditionnelle de la conclusion de l'accord de bioprospection¹⁹²¹ en tant que partie, plus aucun argument ne milite en faveur de l'exclusion de telles communautés en tant que bénéficiaires des stipulations dudit contrat.

En tant que tiers au contrat, les intérêts des communautés traditionnelles n'en sont pas moins pris en compte dans l'appréciation du caractère équitable des clauses de répartition des bénéfices. Ainsi, lorsque le contrat se contente de dispositions mineures du point de vue de l'équité¹⁹²² telles que des remerciements dans des publications scientifiques, tout en réservant dans le même temps des royalties sur une éventuelle exploitation à l'Etat contractant, une telle clause de répartition des bénéfices ne saurait satisfaire à l'exigence d'équité. De plus l'efficacité des clauses de redistribution qui pourraient avoir été consenties par l'Etat est largement contestable¹⁹²³ ; ce qui pose la question de l'effectivité de l'équité telle qu'elle est ici conçue.

Section 2. L'effectivité de l'équité dans la brevetabilité des savoir-faire traditionnels.

503. Le consentement éclairé recouvre en fait une double réalité : d'une part, l'obligation pour le bioprospecteur de fournir une information complète et éclairante et d'autre part, la nécessité pour le détenteur de savoir-faire traditionnel de fournir un consentement en connaissance de cause.

Si la première composante du consentement éclairé peut faire l'objet d'un contrôle serré par l'autorité en charge de la délivrance du titre ou par le juge, en revanche, la seconde se prête moins à un tel contrôle. Le consentement éclairé se présente comme une condition mixte, pour moitié juridique et pour moitié pragmatique. Cette condition requiert ainsi une mesure double :

¹⁹²¹ Voir sur ce point, le cas de la *National Cancer Institute* qui refusait de contracter avec ce quelle a appelé le « *non legally constituted bodies* » (« entités dépourvues de personnalité juridique » selon notre traduction) cité par **Bellivier et Noiville**, in *Contrats et vivant*, précité, p. 277.

¹⁹²² La première condition de transparence est quant à elle satisfaite par une telle publication et un remerciement.

¹⁹²³ Sur ce point, v. **Coombe R-J.**, « *Intellectual property, Human rights and sovereignty: new dilemmas in international law posed by the recognition of indigenous knowledge and the conservation of biodiversity* », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1998, n°6, p. 59 s. Cette situation d'inefficacité peut être aggravée par la non reconnaissance de droits souverains à l'Etat (**Dutfield G.**, *Intellectual property rights, Trade and biodiversity*, IUCN, Earthscan, Londres 2002, p. 38)

- d'une part, le contrôle du juge ou de l'autorité chargée de la délivrance du titre portant sur la qualité de l'information délivrée ;
- d'autre part, le renforcement des capacités pour accroître la propension des fournisseurs de savoir-faire traditionnel à justement « *connaître la cause* ».

Alors que jusque là, le pouvoir de l'autorité chargée de l'examen de la demande de brevet se limitait à la vérification des conditions techniques que viennent encadrer les exclusions de la brevetabilité, elle va se voir confier un contrôle de l'équité qui incombait dans le schéma classique au juge judiciaire. Destinées à assurer l'équité dans les transactions et dans les relations qui se nouent entre les différents protagonistes des savoir-faire traditionnels, les conditions spécifiques en question viennent compléter un contrôle jusque là, *a posteriori* de l'équité effectué par le juge dans le cadre du contentieux de l'exploitation du brevet, par un contrôle *a priori* qui touche, quoique l'on en dise, à la procédure d'octroi du brevet. Contrôler l'équité (Paragraphe 1) en cette matière ne suffit pas, il faut la promouvoir par des actions de renforcement de capacités (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le contrôle classique de l'équité

504. Un contrôle *a posteriori* de fond confié au juge judiciaire est exercé sur le critère émergent de l'équité. Ce contrôle trouve son illustration en droit de *Common law* parfaite dans le contentieux en annulation du brevet obtenu. En droit français, le contrôle classique de l'équité porte sur les conditions de négociation et de conclusion des différents contrats qui ont rendu possible la bioprospection.

A. L'équité : expression d'une obligation de loyauté.

505. L'obligation de loyauté¹⁹²⁴ en matière contractuelle en droit français est l'un des moyens de concilier les volontés privées des cocontractants et l'intérêt général dans l'inévitable conflit qui découle du constat de l'inégalité de départ entre les différentes parties au contrat de bioprospection. L'obligation de loyauté ici est l'illustration du solidarisme contractuel en ce qu'elle véhicule des considérations de justice sociale¹⁹²⁵. Chaque contractant, quelles que soient sa compétence et son habitude de la négociation contractuelle, est ainsi invité à aller au-delà de son simple intérêt, et à tenir compte, dans la mesure du possible, de celui de l'autre partie au contrat. Il apparaît ainsi, une sorte de déontologie du

¹⁹²⁴ Mazeaud D., « Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? » in *L'avenir du droit, Mélanges F. Terré*, Dalloz, 2000, p., 603 ; Jamin, C., « Plaidoyer pour le solidarisme », *Mélanges J Ghestin*, Le contrat au début du XXIème siècle, LGDJ, 2001, p. 441 et s.

¹⁹²⁵ Sur l'idée de justice dans le contrat, v. Ghestin, J., « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, p. 1.

contrat. A mi-chemin entre droit et morale, la déontologie en matière contractuelle, est définie par le Pr. Laurent AYNES comme « *un ensemble de règles de comportement en marge du cœur même de la relation contractuelle, précédant la conclusion du contrat, gouvernant son exécution, et parfois sa cessation ; et ceci, afin de permettre au contrat d'être individuellement et socialement profitable* ». ¹⁹²⁶ La loyauté se manifeste ainsi à plusieurs étapes du phénomène contractuel. A l'étape de la négociation, la loyauté impose un principe de cohérence qui conduit à ne pas se contredire au détriment d'autrui. ¹⁹²⁷ Elle impose, et cela est classique, que la négociation soit menée de bonne foi, dans le respect des intérêts de son partenaire ¹⁹²⁸, et en étant sincère dans ses déclarations ¹⁹²⁹. Le fait de manquer à l'une quelconque de ces obligations est sanctionné en droit interne français par, entre autres, l'allocation de dommages intérêts en cas de préjudice subi par l'autre partie. Les systèmes de « *common law* » appréhendent quant à eux, la loyauté d'une façon particulière qui lui fait produire effet directement sur la demande de brevet ou sur le brevet une fois délivré.

506. Le contrôle d'un manquement à une obligation de loyauté dans la procédure de brevet est un contrôle souple et très réactif en droit de « *Common law* ». Ce type de contrôle est plus pratiqué dans le système américain où il autorise des sanctions comme le rejet de la demande de brevet, la révocation du brevet ou encore l'inopposabilité du titre octroyé.

Le rejet des demandes et la révocation des droits sont des sanctions assez classiques en cas de manquement à une condition de la brevetabilité. La troisième sanction possible qui se dessine est la déclaration de l'inopposabilité de tels droits de propriété intellectuelle ¹⁹³⁰. La sanction de l'inopposabilité existe aux Etats-Unis en vertu des doctrines des « *maines sales* » et de la conduite inéquitable, suivant lesquelles un tribunal refusera d'opposer un brevet tant que son titulaire ne se sera pas « *lavé les mains* » ou n'aura pas remédié à sa conduite inéquitable ou à sa fraude éventuelle. Dans leur interprétation de la doctrine des *maines sales*, les tribunaux américains ont observé que l'intérêt dominant est d'assurer que les brevets sont issus « *d'un contexte dépourvu de fraude ou d'une autre conduite inéquitable* ». ¹⁹³¹ La Cour suprême des Etats-Unis a également observé qu'« *un tribunal d'équité n'agit que lorsque la conscience l'exige et conformément à elle ;*

¹⁹²⁶ Aynès L., Vers une déontologie du contrat? Conférence prononcée le 11 mai 2006, cycle «Droit et technique de cassation, de la cour de cassation. www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation, consulté le 27 septembre 2006.

¹⁹²⁷ Houtcief D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001

¹⁹²⁸ Sentence CCI n° 2291 en 1975: Clunet 1976.989 obs. Derains.

¹⁹²⁹ CA Rennes 8 juillet 1929, DH 1929, 548.

¹⁹³⁰ Pires de Carvalho, N., « *Requiring Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Prior Informed Consent in Patent Applications without Infringing the Trips Agreement: The Problem and the Solution* », Washington University Journal of Law and Policy (2000), vol. 2, pp. 371-401. Source : <http://www.law.wustl.edu/Journal/2/p371carvalho.pdf>

¹⁹³¹ Precision Instrument Mfg. Co. c. Auto. Maint. Mach. Co. 324 US 806 (1945).

et si la conduite du demandeur est contraire aux principes de justice naturelle, alors, quels que puissent être les droits qu'il possède et quel que soit l'usage qu'il puisse en faire devant un tribunal de droit, il sera jugé sans recours devant un tribunal d'équité ». ¹⁹³² Cette dernière sanction, outre le fait d'être véritablement dissuasive pour les demandeurs de brevets indélicats, présente l'avantage pour les détenteurs de savoir-faire traditionnels de n'avoir pas à combattre un titre dont la validité n'est pas en cause ; mais de simplement demander que ce titre ne leur soit pas opposable. Il est cependant clair, de ce point de vue, que l'exception d'utilisation traditionnelle qui est largement reçue, amoindrit l'utilité véritable de cette inopposabilité. Il reste que l'inopposabilité ainsi conçue devrait profiter à une large gamme de personnes. Il n'est pas hasardeux de dire que celle-ci sera bien souvent *erga omnes* puisqu'elle sanctionne un défaut de loyauté de la part du titulaire du titre et non un défaut de loyauté vis-à-vis de la communauté traditionnelle qui a fourni le savoir-faire traditionnel. En définitive une telle inopposabilité ressemble à un anéantissement déguisé du titre puisque le monopole et l'exclusivité qui en constituent la substance se trouvent annulés.

On peut dire que dans l'hypothèse étudiée, l'équité va de paire avec la loyauté et ne se prête à aucune lecture graduelle, ce qui n'est pas le cas lorsque l'équité fait référence à un esprit d'équilibre.

B. L'équité : révélateur de l'équilibre contractuel.

507. Le juge, dans un système de droit civil, comme le système français, ne peut sanctionner l'équité qu'à travers un contrôle du déséquilibre contractuel ¹⁹³³, notion en plein essor dans le droit contemporain des contrats ¹⁹³⁴.

¹⁹³² *Keystone Driller Co. c. General Excavator Co.*, 290 U.S. 240, 245 (1933) citant *Deweese c. Reinhard*, 165 U.S. 386, 390 (1887).

¹⁹³³ Concernant cette théorie de l'équilibre contractuel il ne faut pas oublier les 2 théories que sont l'interventionnisme (encore appelé « dirigisme constricteur » par le Prs. *Simler Terré et Lecquette*, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, Droit privé, 7^{ème} édition p. 45 n° 41) et le libéralisme étaient à l'œuvre. Pour rompre avec les deux excès auxquels elles conduisaient, une partie de la doctrine a appelé à un « renouvellement et approfondissement de la théorie générale du contrat laquelle s'enrichirait des principes nouveaux déjà en germe dans certaines dispositions spéciales » (*Cabrillac M.*, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, *Mélanges Marty* 1978, p. 245 ; *Jestaz, Ph.*, L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées Savatier 1985, p. 117 et s. spec. 135 ; *Rémy Ph.*, « Droit des contrats : Questions, positions, propositions », in *le droit contemporain des contrats*, 1987, p. 171 et s.). Il s'agissait ainsi d'opérer « un renouvellement du droit des contrats par l'adjonction de principes nouveaux, latents dans le droit positif et complémentaires des anciens » à travers une démarche dialectique qui leur conférerait leur place.

¹⁹³⁴ Pour Mme *Thibierge C.* (« Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTDCiv.* 1997, p. 379), il s'agirait même d'un « principe d'égalité contractuelle » qui veut dire que le consentement des deux parties doit être pareillement libre et éclairé lors de la conclusion du contrat, de sorte que chacune ait la pleine maîtrise des éléments qui sont susceptibles d'influer sur sa décision. Il s'agit ainsi de remédier à certaines inégalités de fait qui pourraient exister entre certains contractants. A ce premier principe, viendrait s'ajouter, dans l'esprit d'une analyse de l'économie du contrat, « un principe d'équilibre contractuel » que l'on nomme par ailleurs « principe de proportionnalité » (*Thibierge C.*, « Existe-t-il un

Le défaut d'obtention de l'autorisation d'accès ou d'utilisation de matériel pourrait, par exemple, donner lieu à une action en justice en vertu de la théorie de l'appropriation illicite ou de la rupture de contrat. Cependant, chercher un dédommagement par ce biais demande du temps, est coûteux, et présente peu d'intérêt pour nombre des détenteurs de savoirs traditionnels.

Le contrôle classique de l'équité dans les relations contractuelles liant les différents protagonistes semble passer par un déplacement des cloisons du droit des contrats pour faire une place à l'idée de « collaboration » dont René DEMOGUE¹⁹³⁵ faisait déjà état dans les années 30. Les contrats d'accès et de transfert de matériel semblent offrir à cette vision des relations contractuelles un champ de développement privilégié. Il s'instaure ainsi une sorte de *continuum* entre les différents contrats qui pourraient se situer en amont de la demande de brevet. Pour pouvoir considérer que le brevet demandé l'est bien à la suite d'un processus transparent de collecte des savoir-faire traditionnels et ressources génétiques associées, la déclaration d'origine est requise. Pour pouvoir estimer que le brevet obtenu, l'a bien été à la suite d'un processus équitable, il faut à tout le moins la présence d'une clause de répartition des avantages préalable à la demande de brevet. C'est sur cette clause que va s'exercer l'appréciation que le juge va faire de l'équilibre contractuel. Un tel contrôle se déroule certes postérieurement à la conclusion du contrat d'accès et de transfert du matériel lui-même mais il peut indifféremment, en théorie, se situer avant ou après l'octroi du titre de brevet ou de tout autre titre de propriété intellectuelle. Ici, la précaution prise par le Pr. BELLIVIER et Mme NOIVILLE¹⁹³⁶ dans le cas des contrats de mise à disposition d'éléments issus du corps humain, ne vaut plus. En effet, le risque de la patrimonialisation qui pouvait être avéré si la stipulation du partage des avantages était antérieure ou concomitante avec la signature du contrat, est ici écarté. La raison en est la patrimonialisation du savoir-faire traditionnel auquel la qualité de « bien » a été reconnue. Ainsi, le contrôle classique dont il s'agit ne se produit *a posteriori* que par rapport à la conclusion du contrat sur lequel il porte.

Le contrôle classique de l'équité s'effectue ainsi plus sur la chaîne, ou pour être plus précis, sur l'enchevêtrement¹⁹³⁷ de contrats qui organisent l'activité de

principe de proportionnalité en droit privé ? » *les petites affiches*, 30 sept. 1998 ; Puec-le-Gac, S., *La proportionnalité en droit privé*, th. Multigr. Paris XI 1997.) et qui se propose non d'assurer une équivalence entre les obligations des parties mais de remédier à un déséquilibre excessif de celles-ci (Thibierge C. « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTDCiv.* 1997, p. 379 ; Jamin Chr. « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil, *Droit et Patrimoine*, Mars 1998, p. 55.).

¹⁹³⁵ Demogue R., *Traité des obligations en Général*, t. 6, 1931, n° 3. Selon cet éminent auteur, le contrat serait non le résultat d'une tension entre des intérêts antagonistes mais « une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels, absolument comme la société civile ou commerciale ».

¹⁹³⁶ Bellivier F. et Noiville C., *Contrats et vivant*, précité, p. 251n° 293

¹⁹³⁷ Sur la tendance à l'enchevêtrement dans les activités contractuelles et de régulation en général, V. Bellivier F. et Noiville C., *Contrats et vivant*, précité, p. 252 n° 296, note 625.

bioprospection. Ce n'est pas la procédure à proprement parler, du brevet qui est contrôlée mais le processus contractuel qui y mène ou qui rend possible la demande du titre. Ce sont dans les contrats que l'équité est appréciée. C'est donc sur ces contrats que portent les éventuelles sanctions du non respect des obligations de loyauté et de respect de l'équilibre contractuel.

Il est, dans ces conditions, normal que du point de vue de la demande du titre de propriété intellectuelle, la chronologie d'un tel contrôle classique indiffère donc. Tel n'est pas le cas du nouveau contrôle insufflé par la dynamique de la CDB que relayent les Lignes directrices de Bonn.

Paragraphe 2. Le nouveau contrôle *a priori* externe de l'équité.

508. A l'image de l'éthique pour laquelle les débats demeurent vifs¹⁹³⁸, le nouveau contrôle de l'équité qu'induit sa qualité de « condition de la brevetabilité » permet au moins « *qu'on pose la question et que l'office chargé de délivrer le brevet (...) puisse refuser le brevet au motif que l'invention serait le fruit d'une iniquité* »¹⁹³⁹. Par l'intermédiaire des différentes normes, lignes directrices et clauses contractuelles, il est possible au juge du brevet autant qu'à l'organe administratif chargé de l'examen de la demande de procéder à un contrôle de l'équité qui renforce son emprise effective sur le processus qui conduit à la brevetabilité du savoir-faire traditionnel et autres connaissances relatives aux ressources génétiques.

A. Les moyens de contrôle¹⁹⁴⁰.

509. Le contrôle de l'équité dans l'exploitation du savoir-faire traditionnel demande que l'on en détermine d'abord la nature avant de s'intéresser à son assiette.

¹⁹³⁸ « Débat majeur dans lequel les contradictions sont mues pour les uns par des considérations morales, et pour certains en sens opposé par d'énormes intérêts pécuniaires » Foyer J., L'avenir et la finalité du droit des brevets » *Mélanges BURST Litec*, 2000, p. 5. Sur la nécessité de ce débat, voir INSERM Repères juillet 2002.

¹⁹³⁹ Pour paraphraser la formule utilisée par le Pr. Jean-Louis Goutal in « Ethique bioéthique et droit des brevets », *Mélanges GOBERT*, Economica, 2004, p. 171.

¹⁹⁴⁰ Sur la notion d'équité appliquée aux savoir-faire traditionnels voir : Mays, T., K. Duffy-Mazan, G. Cragg and M. Boyd. « *A paradigm for the equitable sharing of benefits resulting from biodiversity research and development* ». Pp. 267-280 in *Biodiversity and human health*, 1997 Island Press, Washington, D.C.

A. La nature du contrôle

510. Avant tout, il convient de se demander s'il s'agit là d'un contrôle dont l'initiative peut revenir à toute personne intéressée. La réponse à cette question est, à notre avis, affirmative. En effet, il peut s'agir d'un contrôle « d'initiative populaire » inspiré de la procédure d'opposition qui existe devant l'OEB ou d'un simple contrôle administratif.

La nature du contrôle pose aussi la question de savoir s'il s'agit d'un contrôle de régularité interne ou externe ? En d'autres termes, la condition qu'il s'agit de sanctionner participe-t-elle de la définition technique de l'invention brevetable ? Module-t-elle seulement la faculté d'octroyer la protection par brevet ? En l'absence d'une exclusion légale et claire de brevetabilité des inventions obtenues dans des conditions iniques, ce qui est raisonnablement difficile à envisager au vu du caractère flou de la notion d'équité, le contrôle de la condition envisagée ne peut être qu'externe tant il est difficile de concevoir une invention qui soit en elle-même contraire à l'ordre public¹⁹⁴¹. Les trois cas historiques¹⁹⁴² recensés en jurisprudence française illustrent la rareté des cas d'annulation d'un brevet pour contrariété à l'ordre public. Une telle difficulté se fait moins sentir lorsqu'il s'agit de bonnes mœurs¹⁹⁴³. Dans le cas spécifique des dessins et modèles, le contrôle de la conformité à l'ordre public a été transformé¹⁹⁴⁴ par l'ordonnance du 25 juillet 2001¹⁹⁴⁵, transposant la Directive du 13 Octobre 1998, en un contrôle de fond qui

¹⁹⁴¹ L'article L 611-17 a) du CPI précise que « la mise en œuvre (...) d'une invention ne (peut) être considérée comme (contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs) du seul fait qu'elle est interdite par une disposition législative ou réglementaire. » C'est que, dira-t-on, (J-L Goutal, in *Mélanges Gobert*, précité p. 175), « l'invention en soi dangereuse ou autrement odieuse peut être utile pour l'Etat ou la collectivité, il faut donc qu'elle puisse être brevetable, même si l'Etat en réglemente ou en interdit l'usage »

¹⁹⁴² Paris 18 juin 1914, S. 1914, p. 255 et la note où la Cour d'appel de Paris a approuvé le tribunal civil de la Seine d'avoir annulé un brevet au motif que l'invention : « permet de mettre en pratique les funestes théories Malthusiennes, qu'elle est de nature à nuire à la reproduction, empêchant la procréation, et qu'elle doit être, en ce point de vue comme en opposition avec nos principes de morale, qui tendent à conjurer le péril que fait courir à la nation, la diminution toujours croissante de la natalité ». Paris 7 mars 1969, PIBD 1969 III, 261 qui déclarait : « nul pour ordre public supérieur (...) un brevet d'invention décrivant comme l'un des moyens d'une combinaison, l'acide acétique industriel à une concentration supérieure à celle permise par les règlements ». Paris 11 mars 1982, Dossiers brevets 1983 qui énonce que « même si le dispositif breveté ne pouvait être utilisé, le brevet n'aurait pas été nul pour autant ».

¹⁹⁴³ Une lecture combinée de l'article 4 quater de la Convention d'union de Paris de 1883 avec le droit interne et la Convention de Munich de 1973 sur le brevet européen fait apparaître le brevet comme : « un instrument éthiquement neutre de la promotion technologique » qui n'empêche pas que le contrôle des risques liés au développement technologique reste la fait de la législation nationale. (Willi Rothley, in *Les inventions biotechnologiques, protection et exploitation*, Colloque de l'IRPI 12 octobre 1998, Litec 1999, p. 11.)

¹⁹⁴⁴ Avant la transposition de la directive communautaire, l'INPI pouvait simplement rejeter le dépôt du dessin ou du modèle dont la publication était susceptible de porter atteinte aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. C'est dire selon le Pr. Jean-Louis Goutal (« Ethique bioéthique et droit des brevets », *Mélanges GOBERT*, précité, p. 174) que « le contrôle ne portait que sur l'effet potentiel de la publication et non sur la nature du dessin ou du modèle lui-même ».

¹⁹⁴⁵ Spécialement l'article L. 511-7 du CPI qui dispose : « les dessins ou modèles contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ne sont pas protégés ». Sur cette transposition, voir notamment : Pollaud-Dulian F., « L'ordonnance du 25 janvier 2001 et la réforme du droit des dessins et modèles », *JCP* 2001, Actualités, p. 1921 ; Kamina P., « Le nouveau droit des dessins et modèles » *D.* 2001, Chr., 3258.

cependant échappe à l'INPI¹⁹⁴⁶ pour échoir au juge de la validité du dessin ou du modèle. A l'identique l'analyse de l'équité en une composante de l'ordre public en matière de brevets, conduit à ne la sanctionner que par un *contrôle a priori externe*. Un tel contrôle, faut-il le rappeler, présente la particularité de ne pas consacrer un élément entrant dans la définition de l'invention brevetable. L'ordre public, fut-il élargi à la protection de l'environnement¹⁹⁴⁷ ne permet qu'un contrôle externe qui manifeste la volonté de l'état ou de l'organe compétent d'accorder ou non au déposant : le droit d'interdire à d'autres, grâce au monopole, l'accomplissement d'actes de fabrication ou de mise en œuvre du procédé.

B. L'assiette du contrôle.

511. Elle est délicate à approcher et la mission d'enquête de l'OMPI ne s'y est pas trompée lorsqu'elle écrivait dans ses conclusions : « *il n'est peut être pas possible de fournir des conseils susceptibles d'application générale en ce qui concerne la place à accorder à un accord d'accès et de partage des avantages aux droits de propriété intellectuelle afin de garantir un partage « juste et équitable* ¹⁹⁴⁸ » des avantages tel que l'entend la CDB. »¹⁹⁴⁹ L'exigence d'une clause préalable de répartition équitable des avantages, malgré toute la sympathie qu'elle suscite, ne semble pas pouvoir s'affranchir d'une critique qui n'est pas mineure. En faire une condition susceptible d'un contrôle *a priori*, fut-il externe, dans la procédure de demande d'un titre de propriété intellectuelle, ôte aux différents protagonistes, une marge de manœuvre qui pourrait être fort utile. En effet, une telle situation tendrait à confirmer l'idée au demeurant erronée que le brevet est un titre de commercialisation. Or tel n'est pas le cas puisque le brevet est en réalité une autorisation à entretenir légitimement l'exclusivité autour de l'invention revendiquée. Si, à l'étape de la demande de brevet, l'hypothèse d'une co-titularité n'est pas envisagée comme moyen de répartition des avantages découlant de l'invention, il demeure encore possible techniquement de remédier à cette lacune

¹⁹⁴⁶ Qui continue par exercer en vertu de l'article L. 512-2 du CPI un contrôle de régularité externe.

¹⁹⁴⁷ Comme a eu à le faire l'OEB dans l'affaire *Plant genetics systems c/ Greenpeace* du 21 février 1995 (OEB, CRT 21 février 1995, JOOEB 1995, 545 ; D. 1996 Somm. comm. 2290, obs. Mousseron Schmidt et Galloux ; *Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, p. 86) . Les faits de l'espèce peuvent ainsi se résumer : La société *Plant genetics systems* demandait un brevet européens portant sur une invention ayant trait à des plantes transgéniques. Face au risque de répercussion de tels organismes sur l'environnement, Greenpeace contestait certaines revendications du brevet en mettant en avant l'article 53 a) de la Convention de Munich sur le brevet Européen et la notion d'ordre public. L'organe européen a accepté d'inclure dans la définition de l'ordre public, la protection de l'environnement mais elle a subordonné la sanction de l'atteinte à ce dernier à l'existence « *d'une menace suffisamment prouvée au moment où l'OEB rend la décision de révoquer le brevet* ».

¹⁹⁴⁸ C'est nous qui soulignons.

¹⁹⁴⁹ Voir le rapport intitulé *Besoins et attentes des dépositaires de savoirs traditionnels en matière de propriété intellectuelle : rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête (1998-1999)*, Genève, OMPI, 2001, pp. 252-253

par une convention ultérieure **fixant les modalités**¹⁹⁵⁰ du partage des avantages qui peuvent découler de la commercialisation. De sorte que cantonner l'appréciation de l'équité à la phase qui précède la délivrance du brevet expose l'exercice au risque d'un manque de contenu. Ceci est d'autant plus avéré que la finalisation des modalités de répartition des bénéfices se fait dans la majorité des cas à l'orée de la phase de commercialisation qui intervient soit par concession de licences ou en régie directe des titulaires du titre de propriété intellectuelle. Cette période est, de l'avis commun, la plus propice à des ajustements de rémunération tant dans leur forme que dans leur contenu.

Ainsi, en raison de la difficulté matérielle que rencontreraient les examinateurs de la demande à apprécier véritablement le caractère équitable des clauses de répartition des avantages, l'appréciation *a priori* de la condition émergente devrait utilement se cantonner à la constatation de l'existence d'une clause de répartition. Le caractère équitable peut quant à lui, s'apprécier à tout moment selon les circonstances. Il ne faut pas oublier, en effet, que pour les fournisseurs de savoir-faire traditionnel et de ressources génétiques, le but premier du recours au contrat de bioprospection est la répartition équitable des fruits dès l'amont de cette bioprospection. Pourtant, hormis les avantages immédiats tels que le paiement de droits d'accès¹⁹⁵¹, l'aide technique, sanitaire ou éducative, ou encore paiement des salaires des bioprospecteurs locaux¹⁹⁵², ce sont bien des avantages à plus long terme qu'il s'agit. Ceux-ci sont souvent exprimés en pourcentage et varient « *selon que le matériel biologique ou génétique est accompagné ou pas, d'informations* » a-t-on l'habitude d'affirmer. La fourchette des royalties se situe entre 1% et 5%. Ces pourcentages sont assez semblables à ceux qui sont consentis en matière de licence de brevets où il s'agit pour le titulaire du brevet d'autoriser une autre personne à profiter des utilités offertes par le titre de propriété industrielle. Ces avantages à long terme peuvent aussi prendre la forme d'une co-titularité des droits de brevets¹⁹⁵³ ou encore d'un brevet exclusif pour l'un, assorti de droits à royalties pour l'autre¹⁹⁵⁴.

¹⁹⁵⁰ C'est nous qui soulignons.

¹⁹⁵¹ A titre d'exemple, ces droits se sont élevés à 1 000 000 de dollars US pour le contrat Merck Inbio au Costa Rica. Le versement de cette somme s'assimile plus à un droit d'entrée acquitté dans d'autres domaines comme celui des centrales d'achat. Voir sur ce point, **Mousseron J.-M.**, La technique contractuelle, 3^{ème} édition, par **Mousseron P.**, **Raynard J.**, **Seube J.-B.**, Francis Lefebvre 2005, n° 425, et s. p. 187 et s.

¹⁹⁵² Voir le contrat Biodiversity Conservation Network, Fidji Bioprospecting Project, 1998 (étudié par **Bellivier F.**, **Noiville C.**, *Contrats et Vivant*, précité p. 153) en vertu duquel les communautés locales et traditionnelles sont rétribuées et reçoivent en outre une assistance technique destinée à les aider à tirer mieux parti de la commercialisation de certains produits de leur biodiversité.

¹⁹⁵³ C'est notamment le cas d'un contrat de collecte ethnobotanique au Suriname où il est prévu que les futures inventions nées de la combinaison entre une ressource locale, le savoir-faire d'un chamane et l'apport de l'entreprise Bristol Myers, feront l'objet d'un brevet conjoint, dont les frais de dépôt et d'entretien seront à la seule charge de Bristol Myers. (contrat ICBG/ Suriname septembre 1991).

¹⁹⁵⁴ Hypothèse bien plus fréquente

512. A cette diversité des modalités de répartition des avantages, il convient d'ajouter le fait que les cas de bioprospection sont pour la plupart une succession de contrats de natures diverses. Un essai de typologie de ces montages contractuels fait apparaître plusieurs figures et le choix dépend non seulement des besoins, mais aussi des contraintes pratiques, politiques ou financières des différents acteurs¹⁹⁵⁵.

513. Le cas du **cactus Hoodia** dans lequel la chaîne des protagonistes est composée de 4 entités successives¹⁹⁵⁶ peut être d'une aide certaine dans la compréhension de l'enchevêtrement de contrats qui précèdent souvent l'émergence de la question de la répartition des avantages. Afin de fixer le cadre de cet exemple de bioprospection, les précisions suivantes sont nécessaires. Les San, qui vivent dans la région du désert de Kalahari en Afrique australe, consomment traditionnellement le **cactus Hoodia** pour apaiser leur faim et leur soif lors de longues expéditions de chasse. En 1937, un anthropologue néerlandais qui étudiait les San a observé cette utilisation du hoodia. Ce n'est que récemment que les scientifiques du Conseil sud-africain de la recherche scientifique et industrielle (CSIR)¹⁹⁵⁷ ont découvert son rapport et commencé à étudier cette plante. En 1995, le CSIR a fait breveter l'élément anorexigène du hoodia (P57). En 1997, il a accordé une licence sur le P57 à une société britannique de biotechnologie, Phytopharm. En 1998, la société de produits pharmaceutiques Pfizer a acquis les droits de développement et de commercialisation du P57, en tant que produit amincissant potentiel et de traitement éventuel de l'obésité¹⁹⁵⁸, auprès de Phytopharm pour un total de 32 millions de dollars en redevances et paiements d'étape. Ayant appris l'exploitation possible de leur savoir-faire traditionnel, les San ont menacé d'engager une action en justice contre le CSIR au motif de « biopiraterie ». Ils alléguaient que leur savoir-faire traditionnel leur avait été dérobé et que le CSIR n'avait pas respecté les règles de la Convention sur la diversité biologique, qui exigent le consentement préalable donné en connaissance de cause de toutes les parties prenantes, dont les découvreurs et utilisateurs d'origine. Phytopharm a procédé à des enquêtes approfondies, mais n'a trouvé aucun « détenteur du savoir ». A l'époque, les San encore en existence vivaient apparemment dans un village de toile à 2 400 km des terres de leur tribu. Le CSIR a allégué qu'il avait prévu d'informer les San de ses recherches et d'en partager les avantages, mais qu'il voulait auparavant s'assurer que le médicament allait se révéler efficace. En mars 2002, le CSIR et les San sont

¹⁹⁵⁵ Gollin M., « Elements of commercial bio diversity prospecting Agreements », in S Laird *Biodiversity and traditional knowledge, Equitable partnership in practice*, Earthscan, London, 2002, p. P. 320 s.

¹⁹⁵⁶ A savoir la tribu des San, qui a fait breveter l'élément anorexigène du hoodia (P57) et a ensuite accordé une licence sur le P57 à une société britannique de biotechnologie, Phytopharm, et la société de produits pharmaceutiques Pfizer a acquis les droits de développement et de commercialisation du P57 auprès de Phytopharm.

¹⁹⁵⁷ *South African Council for Scientific and Industrial Research*.

¹⁹⁵⁸ Le marché d'un tel produit, était alors estimé à plus de 6 milliards de livres sterling.

parvenus à un accord, selon lequel les San, reconnus en tant que dépositaires du savoir-faire traditionnel associé au végétal hoodia, recevront une part des redevances futures éventuelles. Bien qu'il soit probable que les San ne reçoivent qu'un pourcentage minime des ventes futures, la taille potentielle du marché donne l'indice que la somme concernée pourrait rester substantielle¹⁹⁵⁹.

514. Le « *ménage à trois ou plus* »¹⁹⁶⁰ qui se dessine entre les cocontractants et le juge ou l'autorité chargée de la délivrance du brevet paraît cependant plus vivable car une large initiative demeure laissée aux parties. Seule sera dans un tel cas sanctionné le déséquilibre excessif. Dans le cas ci-dessus mentionné, les San ont dû attendre l'amorce de la phase de commercialisation pour manifester leurs légitimes prétentions au partage des avantages. Pourtant¹⁹⁶¹, la personne qui demande et qui obtient le brevet, en l'occurrence le CSIR, est celle qui a eu accès aux savoir-faire traditionnels et au matériel associé sans que soit signée à cette occasion un contrat contenant les clauses d'un futur partage équitable. Techniquement, c'est ce centre qui répond à la qualification de biopirate. C'est donc entre lui et la communauté San qui fallait rechercher l'existence d'une clause de répartition équitable des bénéfices. Or au moment de la demande de brevet une telle vérification n'a pas été faite et il n'était au demeurant pas possible de la faire puisqu'il n'existait pas de contrat d'accès et de transfert de matériel.

Imaginons à présent le cas dans lequel la personne juridique qui requiert et obtient le brevet sur le savoir-faire traditionnel n'est pas celle qui a signé¹⁹⁶² le contrat d'accès et de transfert de matériel. A qui incomberait raisonnablement l'obligation d'équité qu'est censé sanctionner le juge ou l'autorité chargée de la délivrance du brevet ? Sauf à considérer que la succession des différents accords fait naître un ensemble contractuel¹⁹⁶³, fut-il hétérogène¹⁹⁶⁴, dont le vice à quelque maillon que ce soit entache la demande de brevet, il est impossible d'atteindre le brevet. Il est difficile de sanctionner l'absence de clause de répartition des avantages dans un tel

¹⁹⁵⁹ Chennels R., « Le cas du peuple San et du Hoodia » in *Partage des bénéfices issus de la recherche dans les pays en voie de développement : équité et propriété intellectuelle*, 3^{ème} colloque sur la recherche en bioéthique, Inserm, Roissy, 22 et 23 avril 2004, non publié.

¹⁹⁶⁰ Une ingérence intempestive du juge qui a été dénoncée par J-M Mousseron (*Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, p.232) dans une citation devenue célèbre : « il ne faut pas substituer le mal de l'insécurité au mal de l'abus ».

¹⁹⁶¹ Et ce n'est pas le cas dans toutes les situations de bio prospection.

¹⁹⁶² Dans l'hypothèse où un tel contrat existe.

¹⁹⁶³ Encore appelé chaîne de contrats il est formé de contrats qui sont unis parce qu'ils portent sur la même chose en tout ou en partie. Un ensemble contractuel désigne des « contrats qui sont unis par une identité de cause au sens de but commun » (Simler Ph., Terré F., et Lecquette Y., *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, Droit privé, 7^{ème} édition p. 82). Voir sur la question Teyssié B., *Les groupes de contrats*, th. Montpellier ed. 1975.

¹⁹⁶⁴ Un ensemble contractuel est dit hétérogène lorsqu'il est constitué de contrats qui portent sur le même objet mais qui sont de natures différentes (Simler Ph., Terré F., et Lecquette Y., *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, Droit privé, 7^{ème} édition p. 81 n° 72-2) Un exemple de ce type d'ensemble contractuel : achat de matériaux pour construire (vente), construction (entreprise), cession par le maître d'ouvrage (vente) bail consenti par le sous acquéreur (bail).

cas si l'on n'adosse cette exigence à l'obligation de transparence qui impose la déclaration d'origine du savoir-faire traditionnel ou de la ressource génétique associée. En outre, considérer que l'ensemble contractuel s'arrête à la demande de brevet serait amputer la réalité de toute la phase postérieure au brevet. En effet, le brevet n'est pas le but commun¹⁹⁶⁵ de l'ensemble contractuel ; il n'en est que l'instrument¹⁹⁶⁶. Une explication qui procéderait des liens contractuels successifs entre les différents acteurs de l'exploitation est difficile à apporter. Ceci d'autant que le brevet dont le contrôle est en question n'est pas un contrat et ne rentre donc pas dans la chaîne de contrats, si chaîne il y a.

515. Le contrôle d'équité ressemble-t-il plus à une nouvelle version contextualisée de la police des contrats qu'à une véritable condition de brevetabilité ?

Pourtant, le rôle qui est dévolu à l'équité en la matière en renforce considérablement l'emprise sur le processus de délivrance des brevets et sur les différentes procédures de contestation de ce titre de propriété industrielle. Il faut trouver là, une nouvelle justification s'il en est de la notion de conditionnalité ou de conditions émergente que nous introduisons dans le débat.

Le contrôle *a priori* externe de l'équité en matière de bioprospection et de brevet portant sur les fruits de cette activité, incite les différentes parties à prendre en compte des intérêts qui apparaissent exorbitants du leur propre, occasionnant ainsi, une diffusion extraterritoriale des mécanismes du solidarisme contractuel.

B. Le renforcement du solidarisme contractuel dans l'exploitation du savoir-faire traditionnel.

516. La morale est en dehors de la sphère du droit mais l'éthique y connaît un renouveau certain. Cette pénétration n'est encore pas acquise¹⁹⁶⁷ en droit des brevets où il est plus volontiers fait référence à l'ordre public¹⁹⁶⁸ pour faire la police

¹⁹⁶⁵ Simler Ph., Terré F., et Lecquette Y., *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, Droit privé, 7^{ème} édition p. 82

¹⁹⁶⁶ Goutal J-L, « Propriété intellectuelle et développement : la remise en cause de notre modèle », *JCP-Propriété industrielle*, Nov. 2003, p.9 où l'auteur écrit : « les droits de propriété ne sont pas une fin en soi ; ils ne sont qu'un moyen de favoriser la diffusion des connaissances par le biais du brevet(...) ». »

¹⁹⁶⁷ Contre l'idée de cette pénétration voir entre autres : Galloux J.C. « Ethique et brevet ou le syndrome bioéthique », *D.*, 1993, p. 83 ; *Quel droit de la propriété industrielle pour le 3^{ème} millénaire ?* Centre Paul Roubier, Litec 2001, coll. CEIPI, p. 81 où l'on peut lire : « il est évident que les règles éthiques n'ont pas à commander les règles juridiques (...) Donc ce n'est pas l'éthique en tant que telle qui entre dans le champ juridique mais seulement les solutions ponctuelle inacceptables » ; Gallochat A., « Le brevet et l'éthique ou le mélange des genres » *Dossiers brevets* 1993. II. 1 ; La brevetabilité du vivant : de la bactérie au génome humain », *Mélanges J-J BURST* Litec p. 181 ; « Brevets et biotechnologies », *Propriétés intellectuelles*, n°3 Avril 2002, p. 7.

¹⁹⁶⁸ Vivant M., « La propriété intellectuelle et l'ordre public », *Mélanges Jean FOYER* PUF, 1997, p. 307.

des délivrances de titres. L'idée d'un solidarisme dans les contrats n'est plus à asseoir en droit français. De savoir qu'une telle exigence est émergente devant les organes chargés de la délivrance des brevets, pousse inéluctablement à envisager un renforcement des capacités des différents acteurs de la bioprospection. La diffusion de l'idée d'un solidarisme impose aussi un aménagement du cadre de la bioprospection par le recours à des règles générales.

1. Le renforcement des capacités.

517. Un entendement commun sur une série de questions¹⁹⁶⁹ peut favoriser grandement l'adoption d'une répartition équitable des bénéfices pouvant découler de l'utilisation commerciale des savoir-faire traditionnels et des ressources génétiques auxquelles ils se rapportent. Au-delà de toute segmentation de la question de l'émergence de l'équité en tant que condition de validité du brevet portant sur le savoir-faire traditionnel ou le matériel génétique associé, il convient de se rendre à l'idée que cette notion « *doit guider la formulation ou l'application des règles juridiques ; il faut donc la prendre en compte non seulement lorsqu'on modifie les règles mais aussi lorsque l'on délivre un brevet ou lorsque l'on juge de sa validité* »¹⁹⁷⁰. Ainsi, afin de prendre valablement en compte l'équité en tant que condition émergente de brevetabilité convient-il du point de vue des acteurs de la bioprospection, de procéder à une série de renforcements.

Ce renforcement peut porter sur les capacités de négociation, et dans ce cas il s'adresse plus aux fournisseurs de savoir-faire traditionnels. Il peut aussi porter sur les capacités de compréhension, lorsqu'il concerne les demandeurs d'accès et de d'utilisation des savoir-faire traditionnels.

¹⁹⁶⁹ Parmi lesquelles:

- existe-t-il d'autres sources d'approvisionnement et quels sont les coûts et les conditions d'accès au matériel via ces autres sources?

- quel pourrait être le coût des investissements en recherche-développement en termes de temps, d'argent et de ressources scientifiques et humaines doit permettre de fabriquer un produit commercialisable;

- d'un point de vue scientifique, quelles sont les chances de créer un produit rentable?

- quelles sont les chances d'obtenir l'autorisation réglementaire de commercialiser un produit final et quel en est le coût?

- s'il existe d'autres possibilités d'investissement offrant un meilleur rendement ou présentant des risques moins importants?

- si le fournisseur est en mesure de donner son consentement préalable en connaissance de cause et si le consentement d'autres parties ou des autorités publiques est aussi requis?

¹⁹⁷⁰ Voir, en substituant le terme « éthique » à « équité : Goutal J-L., « Ethique bioéthique et droit des brevets » précité p.193 ; voir pour une conviction identique : Cornish W., *Intellectual property*, Sweet & Maxwell, 4th edition 1999, n° 5-58.

a. Le renforcement des capacités de négociation.

518. Pour Mme Augustine B. NJAMNSHI¹⁹⁷¹ : « Rien n'a plus de poids dans les initiatives de bioprospection concertées que le pouvoir de négocier »¹⁹⁷². Cette mesure de renforcement des capacités peut se réaliser tant au niveau inter-étatique qu'au sein de la communauté traditionnelle.

Mme Peigi WILSON quant à elle relate l'expérience des premières nations canadiennes et relève entre autres que « les autochtones adoptent des méthodes de négociation de plus en plus élaborées. Bon nombre d'entre eux sont tout à fait à l'aise dans une salle de conférence ou d'audience ou à une table de négociations. Les capacités des communautés des Premières nations en matière de négociation varient considérablement, mais les membres de l'industrie doivent s'attendre à rencontrer des personnes tout à fait aptes à négocier pour leur communauté des ententes qui protégeront les intérêts de celle-ci. »¹⁹⁷³

Il faut dire que toutes les communautés traditionnelles ne sont pas dotées de capacités équivalentes de négociations et certaines mesures s'imposent de ce point de vue.

519. Au niveau inter-étatique où il s'agit de soutenir la coopération, la volonté de renforcer les capacités de négociation peut passer par la constitution de ce que le Pr. DUTHFIELD a appelé : « l'OPEP des ressources génétiques »¹⁹⁷⁴. Pour

¹⁹⁷¹ Juriste au Programme de mise en valeur et de conservation des ressources biologiques, Cameroun
Courriel: abnjamnsi@yahoo.com

¹⁹⁷² Njamnsi, A., B., « Vers un régime international qui préconise le renforcement des moyens infrastructurels dans les pays fournisseurs en tant qu'élément clé de l'accès aux ressources et du partage des avantages dans le cadre de la bioprospection » in *l'Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation, Compte rendu des discussions*, Mexique 2004, p. 141.

¹⁹⁷³ Wilson, P., « Le comportement des entreprises, les normes et la certification », in *l'Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation, Compte rendu des discussions*, Mexique 2004, p. 330.

¹⁹⁷⁴ Duthfield G., « Bioprospection ou bio piratage », article disponible sur www.Biofutur.org (consulté le 20 janvier 2005 à 16h). Cette proposition a été suivie par les Prs. Joseph Vogel (de la Faculté des sciences sociales de Quito en Equateur) et Timothy Swanson (de la « University college » of London, Royaume Uni) qui cependant, proposent des modalités quelque peu différentes. Il s'agirait selon le Pr. Vogel (*UNEP-MEXICO VI Foro del Ajusco, Biodiversidad, globalizacion y susyentabilidad en America Latina y el Caribe, 1998*) de regroupements selon les ressources génétiques et les savoir-faire traditionnels concernés. Pour chacun d'eux, les taux de redevance sur les ventes des produits dérivés seraient fixés et les revenus seraient partagés entre les pays concernés avec un léger pourcentage supplémentaire pour le pays effectivement fournisseur. Outre le fait qu'une telle proposition conduirait à avoir autant de Cartels que de ressources génétiques et de savoir-faire traditionnels il faut souligner que l'exclusivité de la ressources est loin d'être durablement préservé, les ressources génétiques étant largement reproductibles et les savoir-faire traditionnels largement diffusables.

Swanson T. (*global action for biodiversity : an international framework for implementing the convention on biological diversity*, Earthscan, Londres) a quant à lui imaginé un système de certification où seuls les pays investissant suffisamment dans la protection et la récolte durable de leurs ressources pour être agréés comme fournisseurs auraient l'autorisation de les commercialiser. L'idée d'une telle proposition est que le pays riches en bio diversité seraient incités à investir dans des pratiques d'exploitation peu agressives pour l'environnement. Un tel système de certification peut être utile mais il ne faut pas oublier que l'exploitation quand elle intervient *in situ*, est le résultat d'une collaboration entre les différentes parties en présence. En mettant cette obligation à la charge de celui dont on entend renforcer la capacité de négociation, l'ordre des choses nous semble inversé.

soutenir une telle proposition, l'auteur a dû constater l'insuffisance de la démarche qui consiste à définir des règles claires appelées à régir la répartition et le partage des bénéfices. Les communautés comme les pays source sont dans une telle position de déséquilibre que la solution, pour espérer négocier : « *une option économique apparemment rationnelle serait de développer des régimes communs ou de former des cartels de fournisseurs* »¹⁹⁷⁵. Il deviendrait de fait plus difficile pour une compagnie étrangère, de rechercher les ressources transfrontalières dans les pays les moins exigeants sur le montant des compensations par exemple.

520. Pour la communauté traditionnelle, le renforcement des capacités pourrait avoir un autre objectif ; celui d' « *aider les communautés locales à valoriser les savoir-faire traditionnels pour le développement et le commerce* »¹⁹⁷⁶. La Convention sur la diversité biologique est le cadre de référence de ces travaux¹⁹⁷⁷ qui se focalisent autour d'actions de sensibilisation pour faire mieux comprendre l'importance et le potentiel des savoir-faire traditionnels pour le développement et le commerce, de l'aide à la mise en place de mécanismes institutionnels et consultatifs, de mesures en vue de faciliter l'identification et la commercialisation de produits et services dérivés des savoir-faire traditionnels¹⁹⁷⁸.

Dans ce sens, les actions concertées des Etats, des ONG et de institutions internationales comme l'OMPI et le PNUD visent activement à former les détenteurs de savoir-faire traditionnels en ce qui concerne la négociation, la rédaction, l'application et l'exécution des contrats. Une telle formation pourrait mettre

¹⁹⁷⁵ Comme c'est le cas pour la communauté Andine qui regroupe : la Bolivie, l'Equateur, le Pérou, la Colombie, le Venezuela. Voir : www.comunidadandina.org

¹⁹⁷⁶ Document TD/B/COM.1/EM/13/2, intitulé : *Systèmes de protection des savoirs, innovations et pratiques traditionnels et expérience acquise au niveau national en la matière*, CNUCED 2000, n° 66

¹⁹⁷⁷ L'initiative BIOTRADE a été lancée en 1996. Elle a pour objectif de stimuler le commerce et les investissements dans les ressources biologiques et d'encourager le développement durable conformément aux objectifs de la CDB. Cette initiative a également pour but de renforcer les capacités des pays en développement à produire, aussi bien pour les marchés intérieurs que pour les marchés internationaux, des produits et services à valeur ajoutée fondée sur la biodiversité.

Dans la forêt amazonienne, des programmes conséquents sont initiés dans le cadre d'un projet intitulé : « Mise en œuvre de l'initiative Biotrade dans la zone amazonienne » (Projet financé par le fonds des Nations Unies pour les partenariats internationaux). Un programme sous-régional sur le savoir-faire traditionnels, les droits de propriété intellectuelle et le partage des avantages dans l'optique du commerce et de la biodiversité était en cours en 2000 dans la région Andine en collaborations avec la communauté Andine, la Société Andine de développement (CAF), l'International Centre for trade and development (ICTSD). On citera pour ce qui est de l'Afrique, les travaux de l'atelier organisée sous l'égide du PNUD sur le thème : « Mettre en place des partenariats sud-sud pour renforcer la compétitivité nationale et régionale dans les domaines de l'innovation, de la culture, es savoir-faire traditionnels et des bioressources », Accra, Ghana, 24-26 juillet 2000. En Inde, un projet CNUCED/PNUD étudie les moyens de valoriser les savoir-faire traditionnels grâce à des partenariats avec le secteur privé et de commercialiser les technologies ainsi acquises. Au Vietnam un projet similaire s'intéresse au rôle de tels partenariats, notamment aux mécanismes de partage des avantages entre les établissements de recherche scientifique et des Universités d'une part, et des agriculteurs et détenteurs de savoir-faire traditionnels d'autre part (Pour plus d'information, voir : www.unctad.org/trade_env/index.htm)

¹⁹⁷⁸ **Outfield, G.**, *Intellectual Property Rights, Trade and biodiversity: seeds and plants varieties*. Earthscan and IUCN, 2000 Londres.

l'accent sur les pratiques contractuelles recommandées et les principes directeurs et plus particulièrement sur les clauses abusives ou scélérates¹⁹⁷⁹.

b. Le renforcement des capacités de compréhension.

521. Ce sont ces dernières actions qui sont à notre avis les moins promues. Ceci est bien à regretter mais une telle situation répond à une conception protectionniste de la question selon laquelle on estime que protéger la partie réputée faible est suffisant pour égaliser les forces en présence. Sans nier à une telle démarche l'utilité qui est la sienne, il convient de la compléter avec une série de mécanismes et d'actions qui auront pour but de pousser plus loin la compréhension mutuelle qui est la clé d'une exploitation équitable des savoir-faire traditionnels. Le but ici est de partager avec les demandeurs de savoir-faire traditionnels et autres bioprospecteurs, la compréhension du caractère fondamental et culturellement marqué des connaissances transmises afin de limiter les cas d'utilisation induue. Le renforcement de la capacité de compréhension dont il est question peut aussi passer par une meilleure présentation et explication du droit coutumier aux demandeurs d'accès. Il n'est pas utopique de penser, à moyenne échéance, à une bilatéralisation de l'exigence d'un consentement préalable et éclairé. Cette bilatéralisation aurait pour principal effet de mettre à la charge des autorités traditionnelles ou autochtones, ou encore des simples détenteurs de savoir-faire traditionnels, une obligation d'informer les différents demandeurs d'accès sur la valeur culturelle et symbolique du matériel génétique transféré ou du savoir-faire communiqué. Ceci suppose un échange d'informations utiles entre les parties au contrat de bioprospection.

Ce besoin de bilatéralité a été d'ailleurs à juste titre exprimé dans les conclusions des 9 missions exploratoires de l'OMPI en 1999 en des termes qui étaient pourtant passés inaperçus. Les rapporteurs préconisaient alors: « *une meilleure sensibilisation au système de propriété intellectuelle, en particulier dans les secteurs de la société et des communautés où il est mal connu, tels que les communautés autochtones et locales et les offices gouvernementaux qui ne sont pas directement impliqués dans la législation et l'administration de la propriété intellectuelle* »¹⁹⁸⁰. En face de cette première exigence, les rédacteurs de ce rapport soulignaient la nécessité de promouvoir : « *une meilleure compréhension par*

¹⁹⁷⁹ Voir sur ce point Bellivier F., et Noiville C., Contrats et vivant, précité, p. 227 où les auteures évoquent l'autocorrection des contrats en en lui attribuant comme effet principal, la disparition des « clauses scélérates »

¹⁹⁸⁰ Rapport précité, p. 241, encadré 5.

les milieux de la propriété intellectuelle des perspectives, des attentes et des besoins des détenteurs de savoirs traditionnels »¹⁹⁸¹.

Une telle bilatéralisation de l'obligation d'informer ne fera peser sur les détenteurs de savoir-faire traditionnels, aucune action supplémentaire que l'on aurait pu dire exorbitante par rapport à leurs capacités d'organisation et de communication. Il convient, pour se convaincre du caractère raisonnable de cette future obligation formelle que nous souhaitons, de voir que dans les différentes procédures de négociation d'un accord de bioprospection, de tels renseignements sont les premiers mis en avant par les communautés traditionnelles lorsque celles-ci existent. Il suffira de consigner ces renseignements de façon systématique dans les accords envisagés pour qu'il y ait une preuve du respect de cette obligation d'information de la part des fournisseurs de savoir-faire traditionnels.

2. L'aménagement du cadre de l'exploitation par des règles générales

Les relations d'Etat à Etat sont autant concernées par la diffusion de l'exigence d'équité que les relations de particulier à particulier.

a. L'éthique au soutien de l'équité dans les rapports d'Etat à Etat.

522. Depuis la périphérie où certains auteurs¹⁹⁸² semblent vouloir cantonner l'éthique en matière de brevets, cette dernière semble en mesure de diffuser son influence en empruntant le vecteur émergent de l'équité. Devenue centrale dans les contrats, où solidarisme et déontologie¹⁹⁸³ semblent côtoyer autorégulation¹⁹⁸⁴, l'équité est à présent relayée dans la loi¹⁹⁸⁵ au sens générique. De fait, l'association entre éthique et équité dans une matière telle que le droit des brevets peut paraître hasardeuse. Elle a pourtant été sérieusement envisagée par le Pr. Paul KURUK¹⁹⁸⁶ à travers le concept de « *reciprocity* » tiré de la pratique américaine du droit du commerce international¹⁹⁸⁷. Le terme utilisé fait référence à un argument

¹⁹⁸¹ *Idem.*

¹⁹⁸² Galloux, J.-C., « Premières vues sur la Directive 98/44CE relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques », JCP 1998, I, 172, note 15 où l'auteur se réjouit de ce que la « *bioéthique a trouvé sa place vis-à-vis du droit des brevets, c'est-à-dire à sa périphérie, comme de juste* ».

¹⁹⁸³ Voir la conférence prononcée par le Pr. Laurent Aynès le 11 mai 2006 sur le thème « Vers une déontologie du contrat », disponible sur le site de la cour de cassation française.

¹⁹⁸⁴ Voir notamment les lignes directrices de Bonn de 2002.

¹⁹⁸⁵ Sur le rôle de la loi en tant que relais des pratiques contractuelles, Bellivier F. et Noiville C., *Contrats et vivant*, précité, p. 253, où les auteurs affirment : « *c'est à la loi de faciliter l'activité contractuelle en fixant aux pratiques, un cadre clair cohérent, lisible, prévisible* »

¹⁹⁸⁶ Université de SAMFORD (Birmingham-Alabama USA)

¹⁹⁸⁷ Kurk P., "Bridging the gap between traditional knowledge and intellectual property rights: is reciprocity the answer?" *The Journal of World intellectual property*, May 2004, Vol. 7, N° 3

essentiellement moral qui veut que le bien reçu soit retourné au partenaire et que le dommage causé soit réparé. Cet argument égalitaire est appelé à produire ses effets les plus forts lors de la négociation des accords bilatéraux de propriété intellectuelle auxquels les Etats utilisateurs de ressources génétiques et de savoir-faire traditionnels ont systématiquement recours. Une partie de la doctrine semble s'accommoder de cette pratique à l'instar du Pr. Surinder KAUR VERMA de l'Université de Delhi¹⁹⁸⁸ qui estime que : « *jusqu'à ce qu'un régime international acceptable soit adopté, les accords bilatéraux basés sur la réciprocité et la reconnaissance mutuelles pourraient être considérés comme un mode viable de mise en œuvre de la reconnaissance extra territoriale des savoir-faire traditionnels* ». ¹⁹⁸⁹

L'instauration du système de « *réciprocité* » qui revient à un échange de bons procédés se heurte selon le Pr. KURUK à deux obstacles majeurs : le premier est son caractère non contraignant et essentiellement moral. La seconde limite tient au faible poids économique, politique et diplomatique des pays-source (*source-countries*) de savoir-faire traditionnels face aux pays-utilisateurs (*user-countries*).

Le Pr. KURUK recommande ainsi une démarche qui combine volontariat et pragmatisme dans laquelle les pays-sources recenseraient les besoins des pays-utilisateurs et feraient, quant à ces besoins, des concessions raisonnables¹⁹⁹⁰ en échange de la conclusion d'accords bilatéraux moins inégalitaires. Une telle solution, si elle était considérée du simple point de vue juridique ou stratégique des pays-utilisateurs, n'aurait aucune chance de prospérer. Pourtant, l'observation de l'évolution historique de pays comme la Suisse¹⁹⁹¹ et les USA¹⁹⁹² ne ferme pas la

¹⁹⁸⁸ Surinder Kaur Verma "protecting traditional knowledge : is a *sui generis* system an answer?", *The Journal of World Intellectual Property*, vol. 7, n° 6. November 2004.

¹⁹⁸⁹ Traduction par nos soins de : "Until an acceptable international regime is adopted, bilateral agreements based on reciprocity and mutual recognition may be considered as a viable mode for extra territorial recognition of TK at the international level and a comprehensive system may be devised at the national level for its holistic protection."

¹⁹⁹⁰ Sur les conditions de brevetabilité par exemple ou sur l'étendue de la protection par brevet. L'idée maîtresse de cette pratique est qu'à chaque niveau de développement, correspond un niveau de protection des droits de propriété intellectuelle pour en espérer un effet positif. Cette idée a été entre autres, reprise dans le retentissant Rapport Britannique sur la Propriété intellectuelle et le développement de 2002. Partageant cette approche de l'utilisation modulable de l'outil qu'est la propriété intellectuelle, le Pr. Goutal J-L., (« Propriété intellectuelle et développement : la remise en cause de notre modèle » article précité p. 9), écrit : « *les plus ardents défenseurs de la propriété intellectuelle sont aussi ceux qui ont su ignorer ou dévoyer celle-ci à l'aube de leur développement industriel, parce que faire l'inverse aurait freiné leur développement au profit d'industriels étrangers plus avancés.* »

¹⁹⁹¹ A propos duquel le Rapport britannique rappelle (p. 22) dans les années 1880, il n'y avait pas de loi sur ce sujet et les industriels suisses n'en voulaient pas car cette situation leur permettait de copier allègrement les inventions des autres pays industriels, alors qu'eux-mêmes étaient d'actifs déposants dans ces autres pays. C'est ainsi qu'il a fallu attendre 1888, pour que, sous la pression de l'Allemagne, pour qu'une législation parcelaire voit le jour. Cette dernière ne protégeait pas les inventions de procédés ni les produits chimiques. Ce ne sera seulement qu'en 1907 qu'une loi plus complète sera adoptée. Voir sur l'évolution de la législation suisse : Dessemontet F., *La propriété intellectuelle*, publication du CEDIDAC n° 42 (2000) p. 109.

¹⁹⁹² De 1790 à 1830, il était impossible pour un étranger d'obtenir un brevet aux Etats-Unis. Lorsque ceux-ci y ont été autorisés, les taxes qu'ils devaient acquitter étaient 10 fois supérieures à celles supportés par les nationaux. Il a fallu attendre 1861 pour parvenir à une relative égalité. Faut-il ajouter qu'au Japon par exemple, les produits chimiques et pharmaceutiques n'ont été brevetables qu'en 1976 ?

porte à ce que cette pratique fasse florès, bien au contraire. Le fait est que le droit américain des contrats majoritairement libéral, soutient une politique commerciale qui l'est tout autant. Il se trouve donc plus près de ceux¹⁹⁹³ qui estiment en droit français que : « *les hommes portent, très naturellement, dans leur grande majorité, plus attention à leurs propres intérêts qu'à ceux d'autrui* »¹⁹⁹⁴ ou qui redoutent de « *retourner à un dirigisme*¹⁹⁹⁵ *particulièrement rigide* »¹⁹⁹⁶. Sans prétendre résorber les divergences qui opposent les tenants d'un certain « *néo-libéralisme contractuel* »¹⁹⁹⁷ et ceux du courant dit « *solidariste* »¹⁹⁹⁸, il est possible de soutenir que l'apport des exigences nouvelles en matière de brevets portant sur les savoir-faire traditionnels renforce l'un plus qu'il ne contribue à l'autre.

Le fait qu'il soit basé sur un échange lui conserve un intérêt certain à condition qu'il se dessine une adéquation entre les intérêts respectifs des protagonistes. En cela, on peut y voir, non sans une certaine satisfaction, la mise en œuvre d'un principe de collaboration entre les différents acteurs de l'exploitation du savoir-faire traditionnel ; collaboration qui se trouverait empreinte d'équité.

Il convient à présent de se demander si une telle collaboration est souhaitable dans les rapports de particulier à particulier.

b. L'éthique au soutien de l'équité dans les rapports de particulier à particulier.

523. On peut citer ici un fait qui va dans le sens de la moralisation des activités de bioprospection et des brevets auxquels elles peuvent aboutir : le risque d'être stigmatisées en tant que « pirates biologiques » peut inciter les organisations à assurer la probité de leurs activités.

Certains auteurs ont marqué leur préférence pour un système de conformité reposant sur des normes industrielles relatives aux pratiques exemplaires. Cette pratique peut être un mécanisme utile pour établir un comportement normatif au sein de l'industrie et réduire ainsi considérablement le fardeau imposé par la réglementation aux fournisseurs de ressources. Pour cette tendance de la doctrine internationale, « *l'avantage le plus important*¹⁹⁹⁹ *de ce système serait cependant de*

¹⁹⁹³ Le courant dit néo-libéral.

¹⁹⁹⁴ Simler Ph., Terré F., et Lecquette Y., *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, Droit privé, 7^{ème} édition p. 43.

¹⁹⁹⁵ Dont les Prs. Simler, Terré, et Lecquette, op cit, p.45 disent qu'il est « constricteur ».

¹⁹⁹⁶ Frison-Roche M.-A., « Volonté et obligation », in *L'obligation*, Arch. Phil. Dr. T.23

¹⁹⁹⁷ Qui considèrent qu'il convient mieux de placer les parties dans un environnement qui leur permette d'user au mieux de leur liberté et de leur responsabilité.

¹⁹⁹⁸ Pour qui au contraire, il conviendrait d'aller plus loin et de dépasser une conception individualiste et antagoniste où chacun veille à la défense de ses seuls intérêts.

¹⁹⁹⁹ Les autres étant, selon une nomenclature esquissée et confirmée en 2004:

réduire la méfiance réciproque entre les fournisseurs de ressources et l'industrie et, de la sorte, de stimuler les investissements dans la biodécouverte basée sur les produits naturels. Cette raison justifie à elle seule l'intégration d'un système de normes industrielles dans l'élaboration d'un régime international. »²⁰⁰⁰

Les contrevenants à la CDB identifiés pourraient se voir interdire en guise de sanction, l'accès futur aux activités de bioprospection. L'on notera que lorsque les intérêts identitaires sont sauvegardés, la communication du savoir-faire est bien plus facile²⁰⁰¹. On a pu avancer pourtant que « *certain pays en développement ont restreint l'accès à leurs connaissances et à leurs ressources biologiques car ils estiment de plus en plus que les systèmes de brevets ne reconnaissent pas la contribution de leurs pays à sa juste valeur* »²⁰⁰². Une telle conception est plus, comme on peut le remarquer, celle des Etats donneurs d'accès aux ressources génétiques que celles des communautés traditionnelles qui sont plus concernées par les savoir-faire traditionnels. Cet argument n'a cependant pas de valeur absolue. Il contribue plutôt à souligner un état de fait qui mérite d'être pris en considération. La sanction proposée, qui revient à la constitution d'une liste noire a déjà été envisagée par la loi au Bangladesh²⁰⁰³. Il s'agirait dans ce cas pour les pays-source ou encore les fournisseurs de matériel de convenir collectivement de n'approvisionner que les organisations consentant à communiquer dans les demandes de brevets qu'elles pourraient déposer l'intégralité des détails des

1- Établir la réputation de l'entreprise en démontrant l'engagement de celle-ci à l'égard d'une conduite de bonne foi.

2- Instituer des critères minimaux permettant aux fournisseurs de ressources de déterminer avec quelles entreprises ils sont prêts à nouer des relations de partage des avantages.

3-Instituer un critère minimal permettant aux organismes publics de recherche de prendre des décisions sur la conclusion de partenariats avec des entreprises à but lucratif.

4-Aider les fournisseurs de capitaux à évaluer les risques commerciaux et les risques de responsabilité légale.

5- Permettre aux entreprises de savoir ce que l'on attend d'elles (ce qui est un élément particulièrement précieux pour les petites entreprises de biotechnologie qui démarrent).

6-Permettre aux entreprises de recevoir une rétroaction non conflictuelle sur leurs pratiques.

7- Aider les entreprises à s'améliorer constamment.

8-Aider les éventuels actionnaires à prendre des décisions d'investissement.

9-Aider les investisseurs institutionnels à se former un jugement sur l'entreprise.

10-Devenir un critère minimal pour les fonds d'investissement éthiques.

11-Devenir un moyen de relever les normes de conduite de l'industrie en fonction de l'évolution des exigences réglementaires.

12-Devenir une source de rétroaction pour les fournisseurs de ressources et les organismes de réglementation.

13-Permettre aux organismes de réglementation, aux fournisseurs de ressources, aux concurrents, aux actionnaires et aux fournisseurs de capitaux de déterminer quelles entreprises ne satisfont pas aux normes.

²⁰⁰⁰ **Burton G.**, « Le régime international : un élément manquant » in *Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation*, Mexico 2004, p.137

²⁰⁰¹ Cette remarque résulte des conclusions des missions d'enquête de l'OMPI de 1999.

²⁰⁰² CIEL, « Comments on Improving Identification of Prior Art - Recommendations on Traditional Knowledge relating to Biological Diversity submitted to the United States Patent and Trademark Office », 2 août, 1999, p. 6.

²⁰⁰³ 36 Article 13(3) de la loi du Bangladesh sur la protection de la biodiversité et des savoirs des communautés, projet de texte proposé par le Comité national sur les ressources génétiques végétales, 29 septembre 1998. Source : <http://www.grain.org/docs/bangladesh-comrights-1998-en.pdf>

contrats d'accès éventuels, exposant ainsi les clauses de répartition des avantages. Il est possible que ces incitations suffisent en elles-mêmes. Les sociétés et les organisations qui utilisent ou fournissent des matières biologiques ou des savoirs traditionnels ont déjà adopté ou considèrent l'adoption de codes de conduite²⁰⁰⁴ couvrant les activités relevant de la CDB.

c. L'affirmation d'un objectif permanent de la bioprospection

524. Après avoir négocié et s'être compris en adoptant chacun la posture la plus propice à la satisfaction de ses intérêts propres, tous les acteurs de l'exploitation des savoir-faire traditionnels se voient appelés à collaborer pour des intérêts qui les dépassent : le progrès scientifique, la santé publique et la conservation de la biodiversité.

Ces intérêts peuvent, dans certains de leurs aspects se montrer contradictoires mais ils ont cela de commun qu'ils exigent des différents protagonistes des efforts d'une nature particulière. Pour les uns, ce sera « l'obligation »²⁰⁰⁵ de donner l'accès à une connaissance utile pour le progrès scientifique et la découverte de nouvelles solutions. Pour les autres, ce sera « l'obligation »²⁰⁰⁶ de contribuer au maintien de la biodiversité en ne confisquant pas systématiquement le vivant et en contribuant dans la mesure du raisonnable et selon l'équité à l'amélioration des conditions de vie des communautés traditionnelles qui sont les premières conservatrices et animatrices de la biodiversité.

Plus spécifiquement, et en ce qui concerne l'opportunité de favoriser une collaboration entre le Sud et le Nord, entre les bioprospecteurs et les fournisseurs de savoir-faire traditionnels, un parallèle intéressant peut être fait entre le débat récemment clôturé de la modification de l'accord sur les ADPIC, et la nécessité d'évoluer vers un régime de protection des savoir-faire traditionnels qui tienne compte de la nécessité de contribuer au développement de nouvelles solutions basées sur les ressources de la biodiversité.

Dans le cas de la modification historique de l'article 31 f) de l'accord sur les ADPIC, nous avons assisté à l'effacement d'un principe fondamental du droit des brevets devant un droit fondamental de l'homme à la santé et à la vie²⁰⁰⁷. En considération

²⁰⁰⁴ De tels codes de conduite sont bien souvent l'œuvre des institutions détentrices de matériel génétiques et de fait gestionnaires de la bio diversité comme les jardins botaniques. Voir pour exemple les Directives communes pour les jardins botaniques participants (*Common Policy Guidelines for Participating Botanic Gardens*) et autres exemples cités dans Laird, S. « *Biodiversity and Traditional Knowledge-Equitable Partnerships in Practice* », Earthscan, Londres 2002, pp. 51-53.

²⁰⁰⁵ Il faut comprendre le terme obligation ici au sens de forte incitation à faire.

²⁰⁰⁶ *Idem.*

²⁰⁰⁷ Rappelons à ce propos que l'apparition du Syndrome Respiratoire Aigu Sévère (SRAS) a souligné en 2003 l'urgence d'une solution qui soit simple et facile à mettre en œuvre. Les Pays du groupe ACP a d'ailleurs

de ce dernier intérêt, il a été aménagé un régime dérogatoire qui peut s'analyser en une renonciation des détenteurs de brevets portant sur les médicaments à la plénitude de leurs droits. Il a été ainsi possible de faire émerger la notion de licences obligatoires dans l'intérêt de la santé publique. Certes, des conditions ont été posées à cet assouplissement, à cet anéantissement ponctuel de l'effet le plus vigoureux du droit des brevets qu'est le droit d'entretenir l'exclusivité autour de l'objet du brevet. Les produits visés sont « *les produits pharmaceutiques* » définis comme tout produit breveté ou produit fabriqué au moyen d'un procédé breveté du secteur pharmaceutique »²⁰⁰⁸ Les problèmes de santé publique qui sont visés sont « *ceux qui touchent de nombreux pays en développement et pays les moins avancés, en particulier ceux qui résultent du VIH/Sida, de la tuberculose, du paludisme, et d'autres épidémies* ».

Il reste que la décision adoptée le 30 Août 2003 et l'amendement du texte qui en est résulté, représente : « *le meilleur compromis possible entre les préoccupations, souvent contradictoires, exprimées par les membres de l'OMC* »²⁰⁰⁹ Elle offre en outre une grande liberté aux Etats qui y ont recours car ils gardent toute latitude pour déterminer ce qui constitue une situation d'urgence nationale en matière de santé publique. Il est ainsi possible pour les Etats qui en établissent le besoin, d'accorder une licence obligatoire sans avoir à rechercher au préalable l'autorisation du détenteur du droit. L'une des obligations pour l'Etat importateur comme pour celui qui exporte est celle de satisfaire au régime des notifications²⁰¹⁰ à faire au Conseil des ADPIC. Pour que la solution de la licence obligatoire soit équitable, l'article 31h) issu de la modification prévoit que le détenteur du droit de brevet soit rémunéré par l'Etat exportateur²⁰¹¹ sur la base de l'estimation de la valeur faite sur le marché du pays importateur²⁰¹².

525. On voit ainsi, se mettre en place, un mécanisme destiné à satisfaire un besoin exclusivement situé dans les pays en voie de développement, dont le déclenchement est laissé largement à l'initiative desdits pays et qui entraîne une obligation pour les pays développés de rémunérer les titulaires.

profité de cette crise sanitaire pour présenter une Communication le 28 mai 2003 sur le paragraphe 6 de la déclaration de DOHA sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique (*Document IP/CW/401*, 28 mai 2003.)

²⁰⁰⁸ Définition dans laquelle l'Union Européenne inclut les vaccins.

²⁰⁰⁹ Ravillard P., « La décision du 30 Août 2003 sur l'accès aux médicaments : une étape historique dans le processus des négociations de l'OMC », *Propriétés intellectuelles*, Janv. 2004, p. 528.

²⁰¹⁰ L'Etat des notifications est mis à jour par le Secrétariat de l'OMC à l'adresse suivante : www.wto.org/french/tratop_f/trips_/public_health_mitif_export_fthm

²⁰¹¹ Qui a ainsi, une présomption de meilleures finances.

²⁰¹² Ceci afin que la valeur finalement retenue pour la licence soit en adéquation avec le marché sur lequel le produit pharmaceutique objet de la licence obligatoire, va être mis en circulation. Ici l'on peut prétendre à une adéquation parfaite entre la valeur et le prix contrairement aux hypothèses habituelles d'évaluation des droits de propriété intellectuelle où le marché intervient pour influencer le prix. Sur cette différence entre Valeur et prix, voir Derambure C., « l'évaluation du droit » in *La valeur des droits de propriété industrielle*, éd.Litec, coll. du CEIPI, Avril 2006, pp. 44 et 45.

Il nous semble que la situation dans laquelle se trouvent les pays développés et leurs industries pharmaceutiques, demande insistante d'accès aux ressources biologiques, génétiques et aux savoir-faire traditionnels, peut s'assimiler à l'exacte inverse de la première que nous avons décrite.

Les progrès de la science et la mise au point de nouvelles solutions biotechnologiques, pour le futur représentent des intérêts généraux qui sont soutenus par des libertés telles que la liberté du commerce et de l'industrie. De ce point de vue, il ne semble pas envisageable que les pays en voie de développement dans lesquels, se situent majoritairement les ressources convoitées, puissent valablement refuser le principe de l'organisation d'un accès en arguant de leur simple souveraineté. Il convient alors, pour que la réciprocité en la matière soit acceptable, qu'un régime de transparence soit institué dans les activités de bioprospection. Il convient également qu'un régime de rémunération équitable soit institué.

Ces deux préalables auxquels contribuent spécifiquement les conditions émergentes étudiées dans le présent titre peuvent ainsi se concevoir comme les dernières étapes vers l' « institution d'une déclaration de Doha à l'envers ». Il est de ce point de vue heureux que le débat sur la divulgation des origines soit ravivé au sein de l'OMC. Est-il besoin de rappeler que le 29 mai 2006, un groupe de six pays en développement²⁰¹³, représenté par l'Inde, a soumis à l'Organisation²⁰¹⁴ une proposition²⁰¹⁵ prévoyant d'introduire dans le droit commercial international des prescriptions relatives à la divulgation de l'origine des ressources génétiques et des savoir-faire traditionnels dans le cadre des demandes de brevets sous la forme d'un nouvel article 29bis ?

Ainsi, les moyens d'un système symétrique basé sur les intérêts généraux des deux blocs Nord et Sud²⁰¹⁶ que l'on a pour habitude d'opposer sont en train de se mettre en place dans le dialogue entre les Etats²⁰¹⁷.

526. Comme on l'aura compris, ce dépassement invite les différents protagonistes, qu'ils soient des Etats ou des particuliers, à des attitudes faites d'actions et d'abstentions.

²⁰¹³ Brésil, Pakistan, Thaïlande, Pérou, Tanzanie.

²⁰¹⁴ Document WT/GC/564 TN/C/W/41 du 31 mai 2006, présenté au Comité des négociations commerciales et portant le titre : *Doha work programme-The outstanding implementation issue on the relationship between the trips agreement and the convention on Biological diversity*.

²⁰¹⁵ Elle est intervenue à l'approche d'une autre date butoir importante pour l'OMC le 31 juillet 2006. En effet, la Déclaration ministérielle adoptée à Hong Kong en décembre 2005 dispose que « le Conseil [général] examinera les progrès accomplis et prendra toute mesure appropriée au plus tard le 31 juillet 2006 ». Le directeur général de l'OMC a d'ailleurs reçu pour instruction d'« intensifier » les débats et d'en faire régulièrement rapport au Conseil général et au Comité des négociations commerciales.

²⁰¹⁶ Hermitte M-A., « Introduction » in Hermitte M-A., (Dir) *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord Sud*, Bruylant, 2004.

²⁰¹⁷ A la date du 27 janvier 2007, cet amendement n'a été ratifié que par 5 pays sur 150 signataires.

Le savoir-faire traditionnel est une chose, un bien au sens juridique du terme. De plus, cette chose, ce bien, est affectée à la satisfaction d'un intérêt spécifique : l'intérêt de la communauté traditionnelle. Ce caractère « affecté » du savoir-faire traditionnel influence grandement les règles de son exploitation en permettant l'émergence des conditions telles que la transparence et l'équité. La transparence permet de déclarer la source du savoir-faire afin d'établir la titularité originelle du droit de propriété dont ce bien fait l'objet. L'équité permet de rémunérer la société traditionnelle qui consent à partager les utilités de son bien avec autrui.

527. Au vu de cette position des communautés traditionnelles, l'on peut être tenté de reprocher deux choses aux détenteurs de savoir-faire traditionnels. D'une part, l'on peut craindre que les détenteurs des savoir-faire traditionnel freinent les avancées de la science et des technologies en exerçant trop pleinement les prérogatives de propriétaires qui leurs seraient désormais reconnues. D'autre part, l'on peut redouter qu'ils ne grèvent le budget déjà considérable de la recherche-développement en faisant valoir des droits pécuniaires sur les découvertes auxquelles ils auront contribué soit en fournissant le matériel soit en fournissant les connaissances associées.

528. Pour ce qui est de la première crainte, un parfait exemple est donné par le dépôt de brevets sur les instruments de recherche²⁰¹⁸, susceptible d'entraîner ce que l'on a appelé la « tragédie de l'anti-communauté », à savoir : « *[Les situations dans lesquelles de nombreuses revendications de droits de propriété existent sur des éléments de base nécessaires à la recherche-développement. Si les droits de propriété appartiennent à une multitude de titulaires, les négociations pour rassembler ces éléments peuvent échouer et paralyser la poursuite des innovations. La prolifération de brevets sur des instruments de recherche biomédicaux ou des inventions génétiques pourrait, théoriquement, entraîner ce type de tragédie, rendant difficile aux chercheurs la réunion, en une licence, de toutes les techniques requises pour la recherche-développement.]* »²⁰¹⁹

Or, Il est de plus en plus fréquent que des séquences d'ADN, matériel très utile pour mettre au point de nouveaux produits pharmaceutiques, soient brevetées puis commercialisées et proposées sous licence aux chercheurs du secteur privé et des Universités²⁰²⁰.

Selon certains, la délivrance de brevets sur de tels outils pourrait gêner la recherche, notamment par la majoration du coût des transactions, la réticence à

²⁰¹⁸ Ou plus largement les intrants dans le processus de recherche, au nombre desquels les instruments mais aussi les matériaux comme les savoir-faire traditionnels et les ressources génétiques associées.

²⁰¹⁹ OCDE, « Inventions génétiques, droits de propriété intellectuelle et pratiques d'octroi de licences : éléments d'information et politiques », 2002, p. 43.

²⁰²⁰ Sur l'accès à l'information scientifique et technique, V. Battisti M., « L'accès libre à l'information scientifique et technique » in *La propriété intellectuelle en question(s) Regards croisés européens*, Litec Iрпи, 2006, p. 59 et s.

octroyer une licence en raison d'arrangements exclusifs et la nécessité de clore les négociations avant d'entreprendre toute expérimentation.²⁰²¹ Néanmoins, même si le nombre de brevets accordés sur les instruments de recherche nécessaires pour mettre au point de nouveaux médicaments a augmenté, rien n'indique que les découvertes dans ce domaine en ont souffert. En effet, diverses stratégies ont été adoptées pour atténuer les problèmes éventuels, dont la délocalisation de la recherche, l'invention à la périphérie des brevets²⁰²², la prise de licences sur des brevets susceptibles de bloquer la recherche²⁰²³ ou, tout simplement, l'utilisation de la technologie sans licence, en invoquant souvent une large «exemption de recherche». Il a été proposé par exemple que les divers gouvernements²⁰²⁴ prévoient une exemption particulière pour la recherche destinée au domaine public.²⁰²⁵

529. Pour ce qui est de la seconde crainte, elle consiste à soutenir que les « revendications sur les inventions en aval », c'est-à-dire la réclamation, au titre d'un brevet sur un instrument de recherche, de redevances sur les produits élaborés grâce à cet instrument, risquent aussi de majorer les coûts de développement et de nuire aux progrès de la science. Une telle objection vaut à coup sûr pour les inventions biotechnologiques, que celles-ci soient fondées sur des savoir-faire traditionnels ou pas. En effet, dans le secteur de la biotechnologie, où l'on ne délivre des brevets que depuis peu, d'autres aspects des pratiques récentes commencent à susciter des inquiétudes, notamment la portée des brevets. La délivrance de brevets assortis de revendications excessives, pour obtenir une protection que ne justifie pas l'apport de l'invention, est une source de préoccupations depuis quelques années, surtout dans le domaine de la biotechnologie pharmaceutique et agricole.²⁰²⁶ Des réclamations trop étendues peuvent faire obstacle aux travaux des scientifiques. Une application stricte des critères de brevetabilité pourrait aider à résoudre cette question²⁰²⁷ qui au demeurant n'est pas spécifique au savoir-faire traditionnel. Non seulement cette

²⁰²¹ The Royal Society, « Keeping science open: the effects of intellectual property policy on the conduct of science », avril 2003, p. 10, par. 3.2.1.

²⁰²² Attitude consistant à demander et à obtenir des brevets sur les « inventions » voisines et couvrant des revendications qui se limiteront au domaine spécifique pour lequel la technologie est nécessaire. Ce sont des sortes de brevets sur mesure.

²⁰²³ Commission on Intellectual Property Rights, « Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy: Report of the Commission on Intellectual Property Rights », Londres, septembre 2002, p. 127.

²⁰²⁴ Dans sa réaction au rapport de la Commission on Intellectual Property Rights, le Gouvernement du Royaume-Uni en prenant position, précisait, concernant la demande de brevets sur des instruments de recherche que: « *Le Gouvernement convient avec la Commission que le système des brevets, s'il encourage la recherche, peut aussi constituer un frein pour ceux et celles qui doivent faire appel à des produits protégés dans le cadre de leur recherche. (...) Il est impératif, pour tous les pays, que le régime des droits de propriété intellectuelle établisse un juste équilibre entre la protection de l'innovation actuelle et la poursuite de l'innovation future.* »

²⁰²⁵ John P. Walsh, Ashish Arora, Wesley M. Cohen, « Science and the Law: Working Through the Patent Problem », *Science*, volume 299, 14 février 2003.

²⁰²⁶ Pour une analyse plus poussée, voir le document de l'OCDE, *op. cit.*, p. 64, et celui de la Royal Society, *op. cit.*, p. 13, par. 3.34.

²⁰²⁷ Royal Society, *op. cit.*, p. 13, par. 3.33.

question n'est pas spécifique à notre objet d'étude, mais il semble de plus qu'elle se prête moins à un tel travers. En effet, l'impact économique d'une réclamation d'un détenteur de droits portant sur les savoir-faire traditionnels sur le coût général de la recherche sera d'autant moins perceptible que les économies faites grâce à l'utilisation induite de cette technologie, sont souvent considérables. Si le cas s'avérait, l'on tendrait bien plus souvent vers un rééquilibrage des coûts de la recherche que vers une flambée de ces derniers.

L'on ne saurait cependant se contenter de cet effet incident de l'utilisation des droits relatifs aux savoir-faire traditionnels et prétendre que les utilisateurs de ces droits collaboreront toujours intelligemment à l'avancée de la science, et ce dans l'intérêt général. Il faut encore soutenir l'idée d' « un devoir de collaboration » des détenteurs des savoir-faire traditionnels afin d'éviter un autre écueil qui nous semble bien plus dangereux que la flambée des coûts de la recherche : la rétention frileuse de connaissances utiles au progrès commun.

530. Si l'on ajoute à cela le fait que l'exploitation pécuniaire et commerciale n'est pas toujours certaine lors des négociations et de la signature des contrats de bioprospection, l'on comprendra assez aisément que la question de rétention des informations par les détenteurs traditionnels a besoin d'être traitée uniquement sous l'angle de la sauvegarde des intérêts ou droit identitaires. Il convient, néanmoins, de mentionner le fait que, le savoir-faire traditionnel étant un objet incorporel dont il s'agit d'envisager le transfert, la question du coût de ce transfert doit être déconnectée de celle qui concerne les redevances ou royalties dues au titre d'une exploitation commerciale de ce savoir-faire²⁰²⁸.

Ainsi, convient-il plus de mettre l'accent sur les garanties susceptibles d'être offertes aux détenteurs de savoir-faire traditionnels, relativement à leurs exigences identitaires pour les inciter à sortir de l'attitude de rétention qui est bien souvent le résultat d'une incompréhension ou d'une inadéquation entre les objectifs des différents acteurs. Pourtant, en matière de communication de savoir-faire traditionnel, la question de la valeur identitaire des connaissances en cause est plus aisée à cerner qu'en ce qui concerne par exemple le folklore. C'est un peu le parallèle que l'on fait toujours entre le droit d'auteur et le droit des brevets, entre le droit moral et le monopole économique que confère le brevet.

²⁰²⁸ Que ce soit à travers un brevet ou tout autre titre de propriété industrielle.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

531. Il ne faut pas se méprendre sur la portée de la condition émergente d'équité que nous venons d'étudier. Dire qu'elle ne trouve son utilité que dans le cas où un brevet est requis, c'est tronquer la réalité. Il serait plus exact de considérer que l'équité, est en train d'investir un nouvel espace : celui de la bioprospection et des brevets y relatifs. Ceci étant, convenons que l'équité ne pourra se déployer dans le processus de brevetabilité qu'à la suite d'une option des différents acteurs de la bioprospection, décidant de recourir à un brevet. Même si cette hypothèse est majoritaire en cas d'invention, il ne faut pas oublier que tous les savoir-faire traditionnels transmis n'aboutissent pas à une invention.

En outre, l'équité en droit des brevets n'étant pas encore de droit positif, il n'en demeure pas moins vrai que cette exigence nouvelle soit appelée à modeler la matière. En effet, à l'instar du concept de souveraineté des Etats sur le matériel biologique qui est irréductible, le droit des brevets montre une capacité certaine à l'imperméabilité. Ainsi peut-on prédire qu'il en ira du droit des brevets comme il en est allé de la souveraineté des Etat qui a poussé à forger le concept de conditionnalité²⁰²⁹.

Il convient alors d'analyser l'équité principalement dans les stipulations contractuelles des accords protéiformes qui ont cours en matière de bioprospection.

532. Du point de vue de la négociation des contrats, si les communautés traditionnelles sont reléguées au second plan, principalement à cause de leur manque de personnalité juridique, ceci ne semble pas être une fatalité car certaines législations nationales en font des acteurs à part entière. Il reste au demeurant possible pour elles d'organiser une représentation ad hoc soit pas l'intermédiaire d'ONG ou de personnes physiques qui agissent en qualité d'agents juridiques et sont soumis au contrôle des autorités traditionnelles.

533. Quant à savoir si les communautés traditionnelles peuvent être bénéficiaires des avantages issus de l'exploitation de leurs savoir-faire, la réponse est résolument affirmative car les intérêts à servir sont, dans la majorité des cas, bien identifiés. L'absence de personnalité juridique de la communauté traditionnelle se rapproche

²⁰²⁹ Tel qu'il est reçu dans les relations internationales et le droit international.

ici de la simple incapacité d'exercice²⁰³⁰, laissant intacte la capacité de jouissance, conçue ici comme l'aptitude à devenir titulaire d'une obligation²⁰³¹.

L'appréciation du caractère équitable de la répartition des avantages relève quant à elle, de la méthode du cas par cas, tant les figures contractuelles sont variées.

La pratique se trouve ici, encadrée par des règles générales comme l'article 15 de la Convention sur la diversité biologique et les lignes directrices de Bonn de 2002.

535. La norme est souple mais les effets sont précis et l'efficacité est réelle car le droit des brevets issus de la bioprospection se trouve «enlacé» d'une manière quasiment indolore. Aucune obligation ferme, aucune sanction n'apparaît alors que le processus ne cesse d'être dénoncé comme une ingérence insupportable. Le résultat sera très vite perceptible car si la pression est insidieuse, elle est très efficace. Il s'agit ainsi, d'un *volontariat incité à base de contraintes suggérées*²⁰³² car le libre arbitre est encouragé et l'absence officielle de sanctions cache des contraintes suggérées.

²⁰³⁰ « Inaptitude juridique par l'effet de laquelle, une personne, ne peut, à peine de nullité, soit exercer elle-même ses droits (sauf à être représentée par une autre personne)soit les exercer seule. », Cornu G., Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Puf, 7^{ème} édition, 2006, p. 465

²⁰³¹ Cornu G., Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, précité, p 128.

²⁰³² « Sur quelques aspects juridiques de la conditionnalité du FMI et leurs conséquences », www.imf.org/fiches consulté le 08 juin 2006.

CONCLUSION TITRE 2^{ème}

536. L'influence des techniques contractuelles sur l'exploitation des savoir-faire traditionnels se traduit par un véritable déploiement de la Convention sur la diversité biologique dans la processus de brevetabilité. Parce qu'elle se situe à la croisée des discours de l'environnement, des questions agronomiques, des questions économiques et de l'autochtonie²⁰³³, absorbe les exigences de transparence et d'équité, pour les restituer, en les renforçant, dans l'univers particulier du droit des brevets. En cela, la loi internationale vient relayer les contrats²⁰³⁴.

537. L'exigence de transparence se traduit par une obligation en voie de généralisation de divulguer l'origine des savoir-faire traditionnels et des ressources génétiques ou biologiques auxquelles ils se rapportent. En Europe, à la faveur de la transcription en droit interne de la Directive CE98/44 sur la protection des inventions biotechnologiques, plusieurs Etats ont introduit dans leurs législations nationales des dispositions tendant à la divulgation de l'origine des savoir-faire traditionnels et des ressources biologiques ou génétiques auxquelles ils se rapportent. Ceci a été l'occasion d'affirmer que : « *La divulgation de l'origine dans les demandes nationales de brevets est l'élément principal dans la lutte contre la biopiraterie* ». ²⁰³⁵

538. L'équité et la sécurité juridique imposent d'ouvrir le principe du consentement préalable, au-delà de l'Etat, à la communauté traditionnelle et à ses membres sans ignorer le problème de représentation légale auquel nous avons proposé une solution théorique.

539. Ces deux exigences jettent une lumière nouvelle sur la relation triangulaire qui existe entre la Convention sur la diversité biologique, l'Organisation mondiale du commerce et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. La situation est sur le point de changer²⁰³⁶ mais elle se prête encore à la description qu'en font Mmes BELLIVIER et NOIVILLE en écrivant : « *lorsque la première invite à reconnaître des droits aux populations autochtones, la seconde, à travers l'accord ADPIC, fragilise par son silence la mise en œuvre d'une telle proposition, ce qui*

²⁰³³ Brahy N., Louafi S., « La Convention sur la diversité biologique à la croisée de quatre discours », *Rapport de l'Institut de développement durable et de relations internationales*, n° 3, 2004, consultable et téléchargeable sur www.iddri.org

²⁰³⁴ Bellivier F., Noiville C., *Contrats et Vivant, Le droit de la circulation des ressources biologiques*, LGDJ, 2006, pp. 252-293, où les auteurs soutiennent l'idée de « la loi, nécessaire relais du contrat », pour notamment garantir l'intérêt général et encadrer les volontés individuelles qui s'expriment à travers les contrats.

²⁰³⁵ Réponse du Ministre de l'Économie, de l'Énergie, du Commerce extérieur et de la Politique scientifique du Royaume de Belgique ; Question n° 3-3876 de Jacinta De Roeck du 5 décembre 2005, Bulletin 3-65, Session de 2005-2006:

²⁰³⁶ Du fait notamment, de la toute récente initiative des pays en voie de développement auprès du conseil des ADPIC de l'Organisation Mondiale du Commerce, tendant à la modification de l'article 31 dudit accord.

*contraint la troisième à tenter le grand écart sans réellement parvenir à mettre en forme le droit invoqué*²⁰³⁷ »

Au delà de cette relation triangulaire, c'est le droit des brevets qui se trouve traversé de part en part par les nouvelles exigences renforcées de transparence et d'équité.

²⁰³⁷ Bellivier F., et Noicille C., *Contrats et vivant, Le droit de la circulation des ressources biologiques*, LGDJ, 2006, 291 ; voir dans le même sens, s'agissant des échanges culturels, Ruiz Fabri H., « Analyse des questions fondamentales et techniques liées à l'élaboration d'une convention sur la diversité culturelle et à son incorporation dans le droit international existant » in *La diversité et les échanges culturels dans le cadre de la globalisation*, Bruxelles CGRI, 2005, p. 53 et s.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

540. L'exploitation du savoir-faire traditionnel par les communautés traditionnelles et leurs agents juridiques conduit à analyser dans quelles conditions ceux-ci « font valoir »²⁰³⁸ ce savoir-faire et dans quelle mesure ils peuvent en « tirer profit » pécuniairement ou de façon extra-patrimoniale.

541. L'étude de l'exploitation du savoir-faire traditionnel a d'abord montré une impossibilité de lui appliquer le droit des brevets *per se*. L'invention, la nouveauté et l'activité inventive ne sont en effet pas aisées à caractériser relativement au savoir-faire traditionnel. La praticité qui représente la substance du savoir-faire traditionnel n'est pas toujours constitutive d'une invention au sens du droit des brevets. La nouveauté et l'activité inventive sont quant à elles considérablement affectées par l'oralité et le caractère inter-générationnel.

542. Il a été, en revanche, possible d'utiliser le savoir-faire traditionnel pour interférer dans le champ du droit des brevets en qualité de fait juridique. Dans cette forme d'utilisation, est principalement concernée la nouveauté de tout brevet concurrent. Le savoir-faire traditionnel permet, en effet, de combattre ponctuellement et efficacement des demandes de brevets, mais il permet aussi d'ôter de façon définitive, la nouveauté à tout brevet futur. Dans le premier cas, il s'agit d'une utilisation à proprement parler, défensive ; dans l'autre il s'agit de ce que nous avons appelé une « utilisation fusible ». Ne subsistent à la suite de la destruction de la nouveauté que des droits relevant de législations nationales *sui generis* qui ont justement neutralisé l'exigence de nouveauté telle qu'elle est entendue par le droit de la propriété industrielle.

543. Exploiter le savoir-faire traditionnel, c'est, avons-nous précisé au tout début de cette deuxième partie, l'utiliser de façon avantageuse. Dans ce sens, l'on peut affirmer que les techniques contractuelles, vecteurs de la diffusion des impératifs de la Convention sur la diversité biologique dans le processus de brevetabilité, sont d'un particulier soutien.

La transparence, et son corollaire, l'obligation de divulguer la source du savoir-faire traditionnel dans les demandes de brevet, est désormais courante dans les conventions internationales et dans les législations nationales. Que ces dernières soient mises en place dans des pays développés comme ceux de l'Union Européenne, ou dans des pays en voie de développement, l'exigence de transparence semble y

²⁰³⁸ Larousse Dictionnaire de la langue française, v° exploiter, p. 607.

avoir été réinventée en matière de brevet. Certes des incertitudes subsistent quant à l'effet qu'il convient d'accorder au non respect de l'obligation de divulgation d'origine. Cependant, l'on doit prendre pour gage de raisonnable satisfaction, le simple fait qu'elle soit aussi largement incorporée aux différentes législations.

Cette première exigence vise principalement la satisfaction d'intérêts extrapatrimoniaux en reconnaissant une sorte de paternité des communautés traditionnelles sur le savoir-faire traditionnel. Le droit moral semble ainsi surgir, en se renouvelant,²⁰³⁹ dans un domaine qui lui est normalement insensible : le droit des brevets²⁰⁴⁰.

544. Au-delà de l'exigence formelle de transparence, une autre, l'équité, a été renforcée dans le processus d'exploitation commerciale du savoir-faire traditionnel par les brevets.

L'objectif d'un partage équitable des avantages découlant de l'utilisation du savoir-faire traditionnel est de nature patrimoniale et vise une justice qui combine le commutatif²⁰⁴¹ et le distributif²⁰⁴². Insufflée par la Convention sur la diversité biologique, elle est mise en œuvre et affinée par les mécanismes contractuels les plus divers qui ont vocation entre autres, à organiser le plus équitablement possible, les relations entre les différents protagonistes et la redistribution. Des « *concepts juridiques à forte charge idéaliste* »²⁰⁴³ tels que l'équité, la justice, la transparence sont impliqués. Le contrat, relais de la loi ne suffit cependant pas à atteindre pleinement l'objectif d'équité dans la redistribution. Pourtant, certains voient en ces pratiques instituées par contrat : « *un socle de normes assez élaborées et cohérentes pour la construction d'un droit international (...) qui laisse entrevoir la formation d'une lex[prospectoria]* »²⁰⁴⁴ marquée par la loyauté, la solidarité et la fraternité²⁰⁴⁵.

²⁰³⁹ Gendreau Y., « Pour un renouveau du droit moral à travers les revendications des autochtones », *Propriétés Intellectuelles*, Janvier 2005/n°14, p. 21 où l'auteure n'hésite pas à parler d'un « *changement presque sismique du droit moral* ».

²⁰⁴⁰ Torsen M., « Indigenous communal Moral rights », article disponible sur : www.ip-watch.org/weblog/index, consulté le 14 décembre 2006, à 14h 16.

²⁰⁴¹ Ghestin, J., *La formation d contrat*, LGDJ, 2^{ème} éd. N° 182, p. 197 «

²⁰⁴² Ghestin, J., *La formation d contrat, op.cit.*, N° 181-1, p. 195 « La justice distributive consiste à remettre à chacun la part qui lui revient selon la nature, diront les uns, selon les impératifs sociologiques et économiques diront les autres » ; Voir aussi Cadet L., « D'une justice, l'autre », in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du 21^{ème} siècle*, LGDJ, 2001, p. 177 et s. ; et Ghestin J., « L'utile et le juste dans le droit des contrats », *D.* 1982, chr. P.1.

²⁰⁴³ Oppetit (B), *Philosophie du droit*, Dalloz, coll. Droit privé, 1999, p.127.

²⁰⁴⁴ Bellivier F., Noiville C., *Contrats et Vivant, Le droit de la circulation des ressources biologiques*, LGDJ, 2006, p. 289, n° 358. Les auteurs utilisent cependant, l'expression plus établie, de « *lex mercatoria* ».

²⁰⁴⁵ Mazeaud D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in *L'avenir du droit Mélanges F. Terré*, Dalloz 2000, p. 603 et s.

CONCLUSION GENERALE

545. Au terme de cette étude, il convient d'en rappeler les objectifs de départ que Jock LANGFORD²⁰⁴⁶ a réussi à saisir en 2004 dans une formule à la quelle il convenait d'un point de vue théorique, d'organiser réalisation juridique. Pour l'auteur, il existe « *deux facettes aux régimes non fondés sur la propriété intellectuelle. La première facette sera acceptée par les communautés autochtones et locales, car les mesures qui seront prises à l'échelon de la communauté en vertu de ces régimes seront conformes au droit coutumier et aux protocoles traditionnels. La seconde facette sera acceptée par les acteurs du marché, car elle présente certains éléments de la protection de la propriété intellectuelle tels que des droits d'exclusivité sur le marché et un dédommagement, prévu par la loi, en cas d'utilisation non autorisée des savoirs traditionnels.* »²⁰⁴⁷

La présente monographie, loin de venir à bout du défi systémique que constitue le savoir-faire traditionnel, nous met cependant en mesure de fixer durablement les paramètres de ce débat complexe.

546. Pour ce qui est de l'émergence d'une notion autonome de savoir-faire traditionnel, essayer de saisir le savoir-faire traditionnel avec les outils juridiques disponibles s'est révélé ardu.

Tenter de construire juridiquement la notion n'a pu se faire sans déplacer certaines poutres maîtresses du droit des biens. C'est ce à quoi nous nous sommes contraints afin de démontrer la réification du savoir-faire traditionnel à travers l'invocation du droit commun des biens et du droit de propriété qui embrasse désormais, par l'intermédiaire de régimes dits *sui generis*, un objet qui se refusait à lui.

L'analyse a été initiée à partir de données qui paraissaient antinomiques en ce qu'il nous est apparu très vite que le savoir-faire traditionnel participait de plusieurs espaces de normativité. Les approches exclusives se sont ainsi révélées inopérantes. Accepter l'application exclusive du droit coutumier et de certaines législations *sui generis* conduit à reconnaître un droit de propriété intellectuelle dont l'efficacité n'est pas certaine. Accréditer une telle conception de la définition du savoir-faire traditionnel revenait à couper la notion naissante de toute interaction possible avec les

²⁰⁴⁶ Conseiller principal en matière de propriété intellectuelle, Bureau de la Convention sur la biodiversité, Environnement Canada. Courriel: Jock.Langford@ec.gc.ca

²⁰⁴⁷ Langford J., « La protection *sui generis* des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés » in *l'Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation, Compte rendu des discussions, Mexique 2004*, p. 137

autres espaces de normativité. Il est, en effet, inévitable que le savoir-faire traditionnel montre quelques affinités avec les droits de propriété intellectuelle, tels qu'ils résultent de la Convention d'Union de Paris et l'accord sur les ADPIC qui reprennent les différentes conditions de brevetabilité : l'invention, la nouveauté et l'activité inventive.

547. A l'inverse de cette première inquiétude, il est apparu qu'appliquer machinalement les critères de la brevetabilité au savoir-faire traditionnel, réalise une véritable dénaturation de l'objet de droit. Les caractéristiques essentielles que sont le caractère intergénérationnel et le caractère collectif représentent alors des obstacles à la nouveauté et à la recherche d'une titularité des droits à consacrer.

Il était, dans ces conditions, impossible de ne pas faire sienne l'opinion des Prs. OST et Van de KERCHOVE lorsqu'ils écrivent : « *Alors que la pensée juridique classique souligne les identités et renforce les différences, excluant ainsi les tiers, la dialectique montre comment chaque terme en présence, qui contient une part de l'autre, interagit avec celui-ci, faisant ainsi l'épreuve du passage de l'entre-deux, la médiation qui le transforme : à la fois lui-même et autre, toujours en devenir. Ce processus d'engendrement réciproque, qui signe le retour du tiers, est seul de nature à faire justice à la complexité dynamique du réel.* »²⁰⁴⁸

Ainsi, la recherche d'une notion cohérente s'est-elle faite à travers une construction aristotélicienne du savoir-faire traditionnel. Cette construction s'est appuyée sur la **réification de sa praticité** et une organisation de sa titularité qui s'est faite par le concept d'agent juridique. A la suite de cet effort de construction, le savoir-faire traditionnel est susceptible, en sa nouvelle qualité de « bien », du droit commun de propriété tel qu'il résulte de l'article 544 du Code civil français.

Le savoir-faire traditionnel est autonome, car les règles et les caractéristiques mises à jour présentent une cohérence interne et une véritable adéquation avec l'objet de droit désigné.

548. Ce premier régime de protection du savoir-faire traditionnel n'exclut en rien les éventuels droits de propriété intellectuelle, principalement de brevet.

Le savoir-faire traditionnel a ainsi pu montrer son aptitude à être appréhendé par les mécanismes de droit commun de la propriété, de propriété intellectuelle ainsi que par des droits coutumiers des communautés traditionnelles.

²⁰⁴⁸ Ost F., Van de Kerchove M., *De la pyramide au réseau ? Pour une vision dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002 p. 37

La recherche d'une notion cohérente du savoir-faire traditionnel, c'est aussi clarifier le « *concept fourre-tout* » de *savoirs traditionnels* qui apparaît plus que jamais comme une simple base de travail de laquelle plusieurs concepts plus spécifiques sont appelés à émerger.

549. L'étude de l'exploitation du savoir-faire traditionnel, quant à elle, nous a permis de constater l'emprise sur le droit des brevets, des nouveaux impératifs insufflés par la Convention sur la diversité biologique de Rio de 1992.

Cette Convention, instrument juridique dont on a trop souvent souligné les faiblesses²⁰⁴⁹, suscite en matière d'exploitation des savoir-faire traditionnels, des mutations profondes qui parviennent à remodeler la matière, réputée hermétique qu'est la propriété industrielle et plus précisément, le droit des brevets.

550. Originellement marquée par l'impératif d'enrichissement du fonds commun des inventions à travers une divulgation, et une mise à la disposition de tous à la suite de la période d'exclusivité octroyée par le brevet, le droit des brevets semble devoir accueillir une nouvelle forme de transparence. Sous l'impulsion des dispositions de la Convention de Rio, et lorsque les savoir-faire traditionnels relatifs aux ressources génétiques issus de la biodiversité sont en cause, la nécessité d'en divulguer l'origine dans le processus du brevet ne fait plus sérieusement débat. Certes la mise en oeuvre de cette nouvelle transparence a besoin encore d'être affinée et répandue, notamment le point de savoir comment doit être assorti un défaut de divulgation. Les pays signataires de la convention sur la diversité biologique ne s'y trompent, pas qui privilégient à présent la voie d'un instrument contraignant devant succéder aux mesures principalement incitatives que constituaient les Lignes directrices de Bonn de 2002 et encadrer par la même occasion des pratiques contractuelles qui structurent l'activité de bioprospection.

Le brevet, d'un avis reçu en doctrine²⁰⁵⁰, est aussi un instrument de récompense et d'incitation à l'innovation en ce qu'il permet à l'inventeur d'être payé de son effort au service de l'innovation. Il n'est donc pas étonnant que s'exprime dans un tel contexte philosophique, l'impératif du « partage équitable des avantages » tirés de l'utilisation des savoir-faire traditionnels. Il est cependant apparu qu'à l'inverse de la transparence que l'on peut qualifier de condition émergente de brevetabilité au sens strict, l'équité

²⁰⁴⁹ Les déclarations les plus récentes ont été faites lors du sommet Mondial sur la Biodiversité tenu à L'UNESCO Paris du 27 au 29 Janvier 2005.

²⁰⁵⁰ La théorie qui fonde le droit des brevets sur un pacte entre l'inventeur et la société; le premier devant enrichir le fond commun des connaissances techniques à application industrielle et le second devant garantir l'exclusivité qui représente l'essence des droits du breveté.

telle qu'elle se déploie dans l'environnement du brevet est plutôt un principe d'exploitation, une condition au sens large.

Ainsi, les effets de la Convention sur la diversité biologique sur le droit des brevets, lorsque celui-ci s'applique au savoir-faire traditionnel, sont de l'inspirer, de le diriger et de l'encadrer. Intervenant à la fois à l'étape de constitution du titre dans sa composante transparence, et à l'étape de son exploitation à travers sa composante équité, les principes de la Convention de Rio viennent amplifier des impératifs qui étaient déjà contenus dans le droit des brevets et celui de la propriété industrielle en général.

Les prédictions de la doctrine sur les défis²⁰⁵¹ de la propriété industrielle trouvent ici une illustration singulière. Le savoir-faire traditionnel semble ainsi, s'inscrire dans une certaine normalité en accentuant les turbulences de la matière du droit de la propriété intellectuelle. Il apparaît que « *l'émergence de nouvelles créations entraîne comme par effet de vases communicants, de nouvelles sollicitations tendant à la reconnaissance d'une protection privative sui generis tant il est vrai que le droit français souffre de l'absence de théorie générale de la propriété intellectuelle* »²⁰⁵². La présente étude, par le concept de « praticité », contribuera peut être à avancer dans le sens d'une lecture transversale de la protection de toute connaissance technique et utile.

551. Il est permis de s'interroger sur l'état véritable de la matière du droit des brevets. A la fusion²⁰⁵³, à la cristallisation²⁰⁵⁴, à l'explosion²⁰⁵⁵, à la dissolution²⁰⁵⁶, et à l'américanisation²⁰⁵⁷ dont la doctrine s'est fait l'écho, nous ajouterons l'idée qu'il

²⁰⁵¹ Galloux J.-C., « Transposition de la Directive sur les biotechnologies », in *Quel droit de la propriété industrielle pour le 3^{ème} millénaire ?* Centre Paul Roubier, Litec 2001, coll. CEPI, p.60 où l'auteur écrit : « pour les juristes dans le domaine de la propriété industrielle, le siècle nouveau s'ouvre sur un défi : celui de la gestion d'une certaine complexité. Complexité textuelle à raison du foisonnement des textes à des niveaux mondiaux, européens, régionaux, locaux, qui s'articulent mal les uns avec les autres issus de forums différents où on discute de la propriété industrielle. (...) Il nous reste sans doute pour les années qui viennent, comme les sciences de l'information l'on fait avec les théories fractales pour gérer le chaos et la complexité, à inventer de nouvelles grilles de gestion de cette complexité au niveau juridique et au niveau social pour la survie des droits de propriété industrielle et du droit tout court ».

²⁰⁵² Raynard J., « Brevet et logiciels : les risques d'une intervention juridique nouvelle » in *Propriété intellectuelle en question(s) Regards croisés européens*, Litec 2006, p. 181

²⁰⁵³ Image empruntée au Pr. Jean Foyer « Le droit de la propriété industrielle à la fin du 20^{ème} siècle », in *Mélanges J. DERRUPPE*, 1990, lorsqu'il écrit p. 379 : « le droit de la propriété industrielle est un chantier inachevé dans lequel est traitée une matière en fusion ».

²⁰⁵⁴ Geller P.E., « La dissolution de la Propriété intellectuelle », *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2006/ n° 18, p.4

²⁰⁵⁵ IRPI, *L'explosion des règles de propriété intellectuelle : des enjeux stratégiques et de nouvelles compétences pour les entreprises*, Cahiers de l'Institut de recherche ne propriété intellectuelle Henri Desbois, n° 1, Avril 2002

²⁰⁵⁶ Geller P.E., « La dissolution de la Propriété intellectuelle », loc.cit. p. 5.

²⁰⁵⁷ Lewinski (von) S., Américanisation de la propriété intellectuelle, *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2004, n° 10, p. 482 à 491.

s'agit en réalité d'une **rectification** car le savoir-faire traditionnel ramène le droit des brevets vers sa raison intrinsèque²⁰⁵⁸ pour en refonder la légitimité²⁰⁵⁹.

Il est indéniable que les sources d'influence sont devenues multiples et le brevet doit plus que jamais prouver qu'il : « *fait partie de l'économie sociale avec laquelle il doit être en osmose : la propriété industrielle ne se trouve pas dans une petite bulle en dehors de toute influence* »²⁰⁶⁰

²⁰⁵⁸ Qui se trouve dans l'idée d'une justice distributive.

²⁰⁵⁹ Goutal, J-L., « Légitimité de la propriété intellectuelle : Perspective internationale », in *La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens*, Litec/IRPI, Coll. droit des aff., Février 2006, p. 28.

²⁰⁶⁰ Galloux J-C. « Transposition de la Directive sur les biotechnologies », in *Quel droit de la propriété industrielle pour le 3^{ème} millénaire ?* Centre Paul Roubier, Litec 2001, coll. CEIPI, p.60. L'auteur (loc cit, p. 81 in fine) écrira plus loin en parlant cependant des inventions biotechnologiques : « *Il fait savoir dans ce domaine ce qui est ou non socialement acceptable et mettre en place des mécanismes de valves qui se ferment et qui s'ouvrent selon que c'est acceptable ou que ce n'est pas acceptable. Donc il n'est pas question de rendre éthique ou inéthique un texte qui par vocation, n'a pas à réglementer des questions de cet ordre, mais seulement de rendre perméable ou plus facilement perméable, un instrument juridique aux débats qui se développent dans la société* ».

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

1. OUVRAGES GENERAUX.

- Cornu G., Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Puf, 7^{ème} édition, 2006.
- Cabrillac R, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*,., (Dir) 2004, Editions du Juris-classeur
- Bernard et Colli *Dictionnaire économique et financier*, Editions du Seuil ; 1996.
- Dictionnaire étymologique du français, les usuels du Robert, 1990.
- Atias C., *Droit civil : les biens*, 5^{ème} édition, Litec, 2000.
- Azéma J., *Droit commercial*, LAMY, 2005.
- Boris J-P. *Commerce équitable : le roman noir des matières premières*, ed. Hachete littérature/RFI, mai 2005.
- Malaurie Ph. Et Aynès L., *Droit civil: Les biens , la publicité foncière*, ed. Cujas, n° 441.
- Simler Ph., Terré F., et Lecquette Y., *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, Droit privé, 7^{ème} édition.
- Cornu, G (dir), *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant,PUF, 7^{ème} édition 2006.
- *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Cercle de sociologie et de nomologie juridiques, LGDJ, Paris, 2^{ème} éd.
- *Le Robert en 7 volumes, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française.*
- Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, M. Vivant (dir.) Dalloz 2004.
- *Encyclopædia Universalis* 1996, v Ethnologie -Ethnoscience.
- Betione et al. *Dictionnaire des sciences économiques*, Armand Colin2001.

2. OUVRAGES SPECIAUX MONOGRAPHIES THESES & MEMOIRES

- **Abott F., Cottier T. et Gurry F.,** *The international Intellectual Property System : Commentary and materials*, t. II.
- **Albert S.,** *La condition des minorités en droit international*, Thèse Paris 1, janvier 2003.
- **Amend Laurence** *La propriété intellectuelle autochtone à l'épreuve du droit des brevets d'invention.* Mémoire DESS Accords et Propriété Industrielle, CEIPI, Université Robert Schumann, sous la direction de **Mezghani Nebila et Thomas Daniel.**
- **Arnaud, A-J.,** *Le droit trahi par la sociologie*, LGDJ, Paris.
- **Aubenque, P.,** *La prudence chez Aristote*, PUF, 2^{ème} édition, 1976.
- **Bachelard, G.,** *La formation de l'esprit scientifique* (1938), 11^{ème} éd. Paris, Vrin, 1980.
- **Bakis, H.,** *Les réseaux et leurs enjeux sociaux*, Paris PUF 1993
- **Barjolle D., S. Boisseaux & M. Dufour,** 1998. *Le lien au terroir. Bilan des travaux de recherche.* Cofinancé par l'Office fédéral de l'agriculture. Institut d'économie rurale, Zurich.
- **Beaud O.,** *Etat et Souveraineté, élément pour une théorie de l'Etat*, Th., Paris 1989.
- **Bécane J-C., et M. Couderc,** *La loi*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1994.
- **Béchillon M (de) ,** *La notion de principe général en droit privé*, Th., Pu d'Aix-Marseille 1998, Pref. B. Saintourens.
- **Béchillon D. de,** *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.
- **Becquet, S.,** *Le bien Industriel*, Thèse Paris 1, LGDJ 2005, Bibl. dr. Pr. T. 448.
- **Belley J.G.,** *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville 1998, Les Editions Yvon Blais Inc.
- **Bergier J.,** *L'espionnage industriel*, Hachette, 1969.
- **Berkes, F.,** *in Sacred Ecology*, Taylor & Francis, 1999.
- **Besnier-Artaz C.,** *L'extension de la durée des brevets*, Mémoire DESS Paris 1981.
- **Blaisot-Hazard C.,** *Droit de la recherche scientifique*, Thémis droit public, 2003.
- **Bobbio N.,** *La constidudine come fatto normativo* , Padoue, CEDAM, 1942.
- **Bobbio N.,** *Téoria dell'ordinamento giuridico*, Turin, G. Giappichelli 1960, p.86 s.

- Boltanski L., et Chiappello, E., *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, p. 208.
- Bonet, G., « Le système de l'obtention végétale » in : *le droit du génie génétique*
- Boulanger, Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2^{ème} édition 1957.
- Bourdieu, P, *Le sens pratique*, les éditions de minuit, Paris, 1980.
- Bourdieu, P., *Les raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Le Seuil, Paris, 1994.
- Bourdieu, P., *Raison pratiques. Sur la théorie de l'action*, Le seuil, Paris, 1994.
- Boyle J., *Of Shamans, Software and Spleens*, Harvard University Press, Cambridge Mass.
- Bressé P., Kaiser A., *Evaluation des droits de propriété intellectuelle : valoriser les trésors cachés de votre entreprise* ; Paris Gualino, 2004.
- Calogeropoulos-Stratis G. *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Bruylant, 1973.
- Canoy A-S., *Phytopharmacie et savoirs traditionnels*, DESS Gestion de la Biodiversité Université Paris VI, 2000 .
- Caratini R, *La philosophie*, Thème II, Seghers, 1984, p. 37 et s.
- Carbonnier J., *Sociologie juridique*, A. Collin, Coll. U. 1972, p. 356.
- Carbonnier J., *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978, p. 185-186 ; *Flexible droit*, 7^{ème} édition, Paris LGDJ, 1992.
- Carbonnier J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^{ème} édition LGDJ, 2004.
- Cardinal (dir) *La démocratie à l'épreuve de la gouvernance*, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2000.
- Caron C., *L'abus de droit et droit d'auteur*, publication de L'IRPI, vol. 17, Litec 1998.
- Casalonga A. *Traité technique et pratique des brevets d'invention*, 1970 T. II.
- Cedras, J., *Les œuvres collectives en droit français*, Th Paris 2, 1978, et *RIDA* 1979.
- Ch. Karila sur *La brevetabilité des savoirs traditionnels*, Paris XII 2003.
- Chavanne, A., et Burst J-J., *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 1990, 3^{ème} éd.
- Chevallier J., « L'ordre juridique » in *Le droit en procès*, CURAPP, PUF.
- Cohen-Tanguy L., *Le Droit sans l'État*, Paris, PUF, 1985.

- D'Albaud, *Nature juridique et application de l'affectation spéciale en matière de saisie-arrêt*, Thèse Paris, 1932.
- Daes I., l'étude n° 10, publiée par le Haut commissaire aux droits de l'homme, Genève,
- Dargier de Saint Vaulry Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non-brevetées*, Th. Toulouse 1969, p. 207.
- David R., « La doctrine, la raison et l'équité », RRJ 1986-1, p. 121 s.
- David R., *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 1973.
- David, R., *Les Grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1974.
- Decaux, E. Pellet, A., *Nationalité, Minorités et succession d'Etats en Europe de l'Est*, 1997.
- Delacourt I., « *Les plantes médicinales et la propriété industrielle*, Mémoire de Master « Propriétés intellectuelles » sous la direction du Pr. Philippe Gaudrat, Université Poitiers 2000.
- Delmas-Marty M., *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, essais, 1998
- Demogue R., *Traité des obligations en Général*, t. 6, 1931.
- Desbois H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz 1978, 3^{ème} éd. P. 22. .
- Dessemontet F., *La propriété intellectuelle*, publication du CEDIDAC, 2000.
- Deumier, P. *Le droit spontané*, th. Paris, Economica, 406 p.
- Doublet J., « Le code de déontologie médicale », *Droit social sept.-oct.* 1947 p. 13.
- Drews, J., *In Quest of Tomorrow's Medicines*, Springer, New York, 1998, p. 187.
- Dubouis L., *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, th. ed. LGDJ, 1962, p. 298)
- Duverger A., *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*, Thèse Bordeaux 1942.
- Dworkin R., *l'Empire du droit*, Paris, PUF, 1986.
- Fall I., *Contribution à l'étude du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en Afrique*, Th. Paris 1, multigraphiée.
- Fenet A., *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Editions Bruylant, 2^{ième} édition, 2000.
- Foyer J., et Vivant M., *Droit des Brevets* PUF 1991.
- Gaillard E., *Le pouvoir en droit privé*, Economica, coll. Droit privé, 1985
- Garaud E., *La transparence en matière commerciale*, thèse Limoges 1996.
- Gaudillere J-P, *Inventer la biomédecine. La France l'Amérique et la production des savoirs du vivant(1945-1965)*, La Découverte, Paris, 2002.

- **Gazin**, Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique, thèse Dijon, 1910.
- **Geny, F.**, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1919.
- **Gérand M-O**, *Regards sur les H'mongs de Guyane française : les détours d'une tradition*, L'Harmattan, 1997.
- **Goldfinger Ch.**, *L'utile et le futile : Economie de l'immatériel*, Odile Jacob, 1994.
- **Goubeaux, G.**, *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse .
- **Guigner A.**, *Le rôle des peuples autochtones et des communautés locales dans le développement durable : figurants ou acteurs*, Mémoire présenté pour l'obtention du diplôme de DEA de droit de l'environnement, PULIM, 2004.
- **Guilhaudis J-F**, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, Presse universitaires de Grenoble, 1976 .
- **Guinchard, S.**, *L'affectation des biens en droit privé français*, Préface de Roger Nerson, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit Privé, 1974, 380 p.
- **Gulphe, P.** L'immobilisation par destination, thèse Paris 1943.
- **Henri, A.** *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, Thèse Nancy, 1913.
- **Ho Kong Ciat J.**, *Esquisse d'une protection éthique des savoirs médicaux traditionnels par le droit de la propriété industrielle*, Mémoire de Master « Propriétés intellectuelles » sous la direction du Pr. **Philippe Gaudrat**, Université Poitiers 2001.
- **Ho Kong Ciat J.**, La protection des savoirs traditionnels par le droit de la propriété intellectuelle , Thèse en cours à l'Université de Poitiers.
- **Jollivet M.** (dir.), Sciences de la nature, Sciences de la société. Les passeurs de frontières, CNRS Editions, Paris, 1992.
 journée d'informations du 17 juin 1981 du groupe suisse de la Licensing Executive society (LES), Genève 1981, pp. 1-28.
- **Kahn A.**, *Et l'Homme dans tout ça ?* Nil Editions 2000.
- **Kassis, A.**, *La théorie générale des usages dans la commerce*, Paris, 1984, LGDJ.
- **Kelsen H.**, *“Théorie pure du droit”*, 1^{ère} éd., 1934.
- **Revet, Th.**, *La force de travail, Etude juridique*, Bibl. drt., entr., t. 28, Pref. F. Zenati, Litec 1992.
- **Kelsen H.**, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, tr. Fr. Reine Rechtslehre, Wien, Verlag Frantz Deuticke, 2^{ème} ed. 1960.
- **Laird S.**, *Biodiversity and traditional knowledge : equitable partnership in practice* Earthscan Publications, London, 2002.
- **Lauriol, M.**, *La subrogation réelle*, thèse Alger, 1952

- **Lebrun, A.**, La coutume, ses sources son autorité en droit privé, th. Paris, 1932.
- **Lemay F.**, Santé publique et brevetabilité du médicament, th., Paris 1968.
- **Lemée, J.**, *Essai sur la théorie de l'abus de droit* ; th. Paris 12^{ème} 1977, n° 654
- **Lucas A.** *La protection juridiques des créations industrielles abstraites*, Th. Nantes 1972 Litec 1975.
- **Lucas A.**, *La protection des créations industrielles abstraites*, Th., Nantes.
- **Lucas A., Lucas H-J.**, Traité de la propriété littéraire et artistique, litec 1994.
- **Mancho M-C.**, La protection des arts et savoirs traditionnels, travail de Thèse initié sous la Direction du Pr. **Marie Cornu** en Octobre 2006.
- **Marguenaud, J-P.**, La Cour européenne des droits de l'homme, 3^{ème} édition, Connaissance du droit, 2005, Paris.
- **Mathély, P.**, *Le nouveau droit français des brevets d'invention* , JNA, 1991.
- **Mercadal B.**, Contrats et droit de l'Entreprise, Mémento Francis lefebvre 2006.
- **Morvan P.**, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon Assas, 1999, p. 550.
- **Mousseron J-M.**, *Contribution à l'analyse objective du brevet d'invention*, Th., Nantes 1973, Litec
- **Mousseron J-M.**, La technique contractuelle, 3^{ème} édition, par **Mousseron P.**, **Raynard J.**, **Seube J-B.**, Francis Lefebvre 2005.
- **Mousseron M.** *Les inventions de salariés : la composition du droit des brevets et du droit du travail*, th. Montpellier, Litec 1995
n° 128 et s.
- **Ost F., Van de Kerchove M.**, *De la pyramide au réseau ? Pour une vision dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002.
- **Paclot M.**, *Recherche sur l'interprétation juridique*, Th. Paris 1988 dact.
Paris, Monchrestien, Marchés internationaux, n° 11, 176 p.
- **Paulet, J-P.**, *La mondialisation*, Paris , Armand collin, *Synthèse géographie*, 1998, 96p.
- **PelissierA.**, *Possession et meubles incorporels*, Nouvelle bibliothèque des thèses, ed. Dalloz 2001.
- **Pfitzer B.** « *Das technische Geheimnis < Know-how > als Vermögensrecht*, München 1974.XXII, 187p.
- **Phelip B.**, Droit et pratique des brevets d'invention, 3^{ème} ed. Masson Delmas 1989.
- **Pollaud-Dulian F.**, *Droit de la Propriété industrielle*, Montchrestien, 1999.
- **Rawls J.** Théorie de la justice, Seuil, 1997.
- **Reboul Y.**, *Les contrats de recherche*, collection du CEIPI, Litec, 1978.

- Regimbeau P., *Des rapports de l'idée inventive et de l'invention brevetable*, Th. Paris 1924.
- Rials S., *Le juge administratif français et la technique du standard* (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), préface P. Weil, LGDJ, 1980.
- Ripert G., *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949.
- Robinson R., *Definition*, Clarendon Press, Oxford, 1954.
- Romano S., *L'ordre juridique*, Dalloz, Economica, 1975.
- Roubier P., *Traité du brevet d'invention*, T2, N° 144.
- Roubier, P., *Le droit transitoire*, Dalloz, 1960.
- Sabatier M., , *L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique*, Collection du CEIPI, Librairies techniques, 1976.
- Saint Paul R., *Recherche et développement* , Paris éd. Dunod 1966.
- Schmidt J., *L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968*, th.
- Sourieux, J-L, *Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif* , th. Paris 1965.
- Troper M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994.
- Vieira Natri R., *La Protection juridique des savoirs traditionnels: les discussions de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle à la lumière des expériences nationales*, Mémoire de DESS, Paris II, 2005.
- Vincent-Legoux M.-C., *L'ordre public. Etude de droit comparé interne*, coll. Les grandes thèses de droit privé, préf. J-P Dubois, PUF, 2001
- Virally M. « *La pensée juridique* » , Paris , LGDJ, 1960.
- Vischer, Ch., *Théories et réalités en droit international public*, Paris, 1970.
- Wise, A., *Trade secret and Know-How throughout the world*. Vol. 3et 4 New York 1976 (publications à feuillets mobiles.)

PHARMACIE.

- *Le Manuel de Pharmacie* de Demachy en 1788.
- *Le manuel des dames de charité* [...]. 3e éd. Paris, Deburé, 1755.
- *La Pharmacopée* de Moysse Charas, ouvrage de référence des apothicaires en 1697.
- *La Pharmacopée* de Jean de Renou
- *Les Eléments de pharmacie et de Chimie* de Baumé
- Adenot M., *La pharmacochimie*, Que sais-je ? PUF 1997.

3. ARTICLES CHRONIQUES, RAPPORTS & CONFERENCES

- Aalbersberg W. « *The rôle of Fidjian community in a bio prospecting project* » Etude pour le programme des Nations unies pour l'environnement, Convention sur la diversité biologique Bratislava 1998.
- Adams Stephen et Victoria Henson-Apollonio : « *Defensive Publishing : A Strategy for Maintaining Intellectual Property as Public Goods* », ISNAR Briefing Paper n° 53, ISNAR, septembre 2002.
- Alland, D., « Les représentations de l'espace en droit international public », *Arch. Phil.droit* , 1986, pp. 163-178.
- Alliès P., *L'invention du territoire*, Presses universitaires de Grenoble, Coll. Critiques du droit, 1980, 184p.
- Al-Sanhoury A.-A., « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GENY*, Paris, 1977, p. 145
- Amselek P., « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », RDP, 1982, p. 275.. - Le Problème des sources du droit positif, Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1^{ère} session, Sirey, 1934.
- Amselek, P., « Brèves réflexions sur la notion de source en droit », *Arch. Phil. du Droit* , t. 27, Sources du droit , 1982, pp.251-252.
- *Arch. Phil.de Dr.*, *L'utile et le juste*, Tome 26, Sirey, Préface historique.
- Arnaud, A.-J., « La globalisation: repenser le droit », in *Entre modernité et mondialisation -Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, LGDJ, Droit et société, n° 20, pp. 20-40.
- Association Internationale des Professionnels des la propriété intellectuelle (AIPPI), *Annuaire 2002/I*, pages 275 - 276 Q167 Comité Exécutif de Lisbonne, 16 - 22 juin 2002 « *Les critères actuels de la divulgation de l'art antérieur pour l'appréciation des conditions de nouveauté et d'activité inventive* ».
- Association Internationale des Professionnels des la propriété intellectuelle (AIPPI) Méthodes et principes d'appréciation de la nouveauté en droit des brevets, Rapport français, Annuaire 1995/III, Q. 126, p. 114-115.
- Association Internationale des Professionnels des la propriété intellectuelle (AIPPI) Méthodes et principes de l'appréciation de la nouveauté en droit des brevets, *Annuaire 1995*, III
- Association Internationale des Professionnels des la propriété intellectuelle (AIPPI) *Annuaire 2004/I*, pages 211-212 Q180, Congrès Genève, 19-23 juin 2004.

- **Association Internationale des Professionnels de la propriété intellectuelle (AIPPI)** Rapport du Congrès de Mexico , 1972.
- **Aubertin C. et Boisvert V.** , « Les droits de propriété intellectuelle au service de la biodiversité. Une mise en oeuvre bien conflictuelle, » *Nature, Sciences, Sociétés*, vol 6 no 2, 1998.
- **Aynès L.**, Vers une déontologie du contrat? Conférence prononcée le 11 mai 2006, cycle «Droit et technique de cassation, de la cour de cassation. www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation, consulté le 27 septembre 2006.
- **Azema J**, *Travaux de la 5^{ème} rencontre de la propriété industrielle, le savoir-faire* , Montpellier, Litec , 1976.
- **Bachelet, F.**, « Droit et politique publique : Les usages sociaux du droit dans la mise en œuvre d'une politique départementale d'aide sociale à l'enfance », in *Les usages sociaux du droit*, P.U.F. 1989.
- **Badie, B.**, *La fin des territoires-Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Fayard 1995, 276 p.
- **Badie, B.**, Smouts, M-C., (Dir.) , « L'international sans territoire », *Cultures et conflits*, n° 21/22, 1996, 422 p.
- **Barber, C., S. Johnston et B. Tobin**, *User Measures: Options for Developing Measures in User Countries to Implement the Access and Benefit-sharing Provisions of the Convention on Biological Diversity*, 2e éd., UNU-IAS Report 2003.
- **Bardehle H.**, « La prise en compte de la doctrine des équivalents dans le traité d'harmonisation élaboré sous l'égide de l'OMPI », MITT, mai 1992, p.133 (résumé au PIBD, 1992, n° 530. II. 137.
- **Barré M.**, « La valorisation de la recherche universitaire et la propriété intellectuelle : les limites de l'instrumentation juridique d'une politique économique », *RRJ.*, 2002-2, p. 934 et s.
- **Barton J.H.**, "The Impact of Patent Law on Plant Biotechnology Research", *Intellectual Property Rights III Global Genetic Resources: Access and Property Rights*, Crop Science Society of America, Madison, Wisconsin, 1998
- **Barton, J.**, et Al. « Intégrer, les droits de propriété intellectuelle et la, politique de développement », *Rapport de la, Commission britannique des droits de propriété intellectuelle*, Londres, Septembre 2002.
- **Battisti M.**, « L'accès libre à l'information scientifique et technique » in *La propriété intellectuelle en question(s) Regards croisés européens*, Litec Irpi, 2006,p. 59 et s.

- **Beier F. K.**, L'évolution historique du concept d'activité inventive, *RDPI*, Avril, 1986, n° 4, p 3.
- **Belley J-G.**, *Le droit et l'internormativité*, ed. Univ. Laval, Québec, 1993 et *Le droit soluble, contributions Québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996.
- **Bellivier, F.**, « Les contrats portant sur les ressources génétiques végétales, : typologie et efficacité » in **M-A., Hermitte** (dir) *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports nord/sud*, Bruylant 2004, p. 193 s.
- **Bérard L. & P. Marchenay**, 1994. « Ressources des terroirs et diversité bioculturelle . Perspectives de recherche ». *Journal d'agriculture traditionnelle et de botanique appliquée*, nouvelle série, Vol. XXXVI (2). Paris, pp. 87-91.
- **Bergé J-S.**, « Entre autres droits, la propriété intellectuelle » ; *Propriétés intellectuelles* 2002, n° 4, p. 9.
- **Berthou R.**, "L'Internet au gré du droit - À propos de l'affaire Yahoo!", *Juriscom.net*, 10 janvier 2001, <http://www.juriscom.net/uni/etd/05/article.htm> (consulté le 15 juin 2004 à 16h 50)
- **Bertrand A. et Deroousseaux G.** « Le projet de Directive sur la brevetabilité des logiciels : la propriété industrielle peut-elle rester industrielle ? », *CCE* fév. 2000, Chron. 4 s.
- **Bignon I.**, « Délai de protection du droit patrimonial d'auteur », *J-CI Prop.litt. et art.* fasc.322, n°129 p. 141 s.
- **Biswajit Dhar**, "Approaching the Emerging Regime of Intellectual Property Protection: A Developing Country Perspective", RIS, New Delhi, 1998, email: bdhar97@hotmail.com
- **Bizzini P.**, « La théorie des sources face au droit international général : Réflexions sur l'émergence du droit objectif dans l'ordre juridique international », *RGDIP*, 2002-3, p. 585.
- **Blakeney M.**, « Protection of traditional knowledge under the IP law », *EIPR* 2000, p. 257.
- **Blakeney M.**, « Protection of traditional medical knowldge of indigenous peoples », *EIPR* 1997, p. 446 s.
- **Blakeney, M.**, « Protection of traditional medical knowldge of indigenous peoples », *EIPR* 1997, p. 446 s.
- **Blakeney, M.**, "The protection of traditionnal knowledge under intellectual property law", *EIPR* 6[2000], p. 241 s.

- **Blakeney, M.**, “The international framework of access to plant and genetic resources” in *Intellectual aspects of ethnobiology*, ed. Blakeney 1999, pp. 14-20
- **Blatter A.**, « *Der schutz des Know-how im arbeitcertragsrecht* », *ins besondere die auslegung von Art.321 A IV OR*. Diss. Bern.1982. XVI, p.8
- **Bobbio N.**,« *Analogia* », in *novissimo digesto italiano, I, Utet, Torino, 1957, p.601 et s.* ; reproduit in *Contributi ad un dizionario giuridico*, G. Giappichelli, coll. « *Analisi e diritto* » Serie teorica 15. 8, n° 155-156
- **Boca Raton Handbook of African medicinal plants**. 435 pages?CRC Press 1995.
- **Bonnard R.**, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'oeuvre d'Adolf Merkl », *Revue du droit public*, 45, 1928, p. 668-696.
- **Bonnemaison, J., Cambresy, L.**, « Le lien territorial entre frontières et identité », *Géographie et cultures*, n° 20, 1996 ; Delmas-Marty, M., *Trois défis pour un droit Mondial*, Seuil, essais, 1998, p. 100 et s.
- **Boulouis, J.** « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », *Mélanges Pescatore*, Nomos Verlag, 1987, p. 55.
- **Bourcier D., Hassett H., et Roquilly C.**, in *Droit et intelligence artificielle : Une révolution de la connaissance juridique*, Paris, Romillat, coll. Droit et technologies, 2000, p. 13 s.
- **Bourdieu P.**, « Habitus, code et codification », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, septembre 1986, pp.40-44.
- **Bourdieu, P.**, « Quelques propriétés des champs », in *Question de sociologie*, Les éditions de minuit, Paris 1984 p. 113 -120.
- **Bourdieu, P.**, « Le champ scientifique », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 2-3, juin 1976.
- **Bourdieu, P.**, « Genèse et structure du champ religieux », in *Rev. Fr. de soc.*, XII, 1971, pp. 295- 334.
- **Bourdieu, P.**, « La représentation du champ politique, élément pour une théorie du champ politique », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, fev.-mars 1981 ;
- **Bourdieu, P.**, « Quelques propriétés des champs », in *Questions de sociologie*, Paris, 1980.
- **Bourdieu, P.**, *Actes de la recherche en sciences sociales*, sept. 1986.
- **Brahy N., Louafi S.**, « La convention sur la diversité biologique à la croisée de quatre discours », *Rapport de l'Institut de développement durable et de relations internationales*, n° 3, 2004, consultable et téléchargeable sur www.iddri.org

- **Breton P.**, « Quelques précisions sur l'origine et l'histoire de trois termes en relation avec une identité disciplinaire : informatique - ordinateur - information », in *Le Langage et L'Homme*, n°58, vol. 20 fasc. 2, mai 1985.
- **Brown M.**, « Can culture be copyrighted ? *Current Anthropology*, , 49-2, 1998, p. 193.
- **Bruhn J. G., Holmstedt B.**, “Ethnopharmacology, objectives, principles and perspectives” in Beal J.L. & Reinhard E.(eds.), *Natural products as medicinal agents*, Stuttgart Hipocrates Verlag, 405-430
- **Burckhart**, *Die lücken des Gesetzes und die Gesetzeauslegung*, Berne, Stämpfli, 1925, p.25
- **Burdeau, G. et Stern B.**, (dir.) *Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est*, Paris, Monchrestien, Cahiers internationaux, n° 9, 402 p
- **Burton G.**, « Le régime international : un élément manquant » in *Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation*, Mexico 2004, p.136 s.
- **Bustin, N.**, « Principes généraux du droit et casuistique technique », in : « *La protection de la création végétale. Le critère de nouveauté* », p. 37 s.
- **Cabrillac M.**, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, *Mélanges Marty* 1978, p. 245.
- **Cadiet L.**, « D'une justice, l'autre », in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du 21^{ème} siècle*, LGDJ, 2001, p. 177 et s.
- **Calmont S.**, *L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et les pays en développement : Les suites de la Conférence de Doha - État des lieux et enjeux*, IRPI, Septembre 2002.
- **Carbasse, J-M** « coutume, temps, interprétation », in *Revue Droits*, n° 30, p.15 et s.
- **Carbonnier J.**, « Les phénomènes d'internormativité » in *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, pp. 42-52.
- **Carbonnier, J.**, « exorde » in *L'ordre public à la fin du 20^{ème} siècle*, dir. Th. Revet, Dalloz 1996.
- **Carlson, T. J., M.M. Iwu, S. King, C. Obialor, and A. Ozioko.** “Medicinal plant research in Nigeria: an approach for compliance with the Convention on Biological Diversity”. *Diversity*. Vol.13, No.1:29-33.
- **Caron C.**, « Droit commun des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G*, 22 sept. 2004, p. 1625.
- **Caron C.**, « Réflexions sur la coexistence du droit d'auteur et du droit des brevets sur le même logiciel » *RIDA* 2000, n° 184, p. 3 s.

- Carreau D., Chroniques à l'AFDI de 1977 à 1986 intitulées: «Les controverses autour de l'aide du F.M.I. à ses membres en difficulté: un exemple d'intervention dans les affaires intérieures des Etats?».
- Catala P., « Transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTDCiv.* 1966, p. 186.
- Catala P., Ébauche d'une théorie juridique de l'information, *D.* 1984, chr., p. 97, repris in *Le droit à l'épreuve du numérique, jus ex machina*, PUF, 1998, p. 224
- Catala P., La « propriété » de l'information, *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985.
- Catala, P. « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D.* 1984, Chron. p. 99 ; « La propriété de l'information », in *Mélanges P. Raynaud*, 1985, p. 85.
- Catala, P., « A propos de l'ordre public », in *Mélanges P. Draï*, Dalloz, 2000, p. 511.
- Chambers B., “Emerging international rules on the commercialization of genetic resources: The FAO international plant genetic treaty and the CBD Bonn Guidelines” the *Journal of World intellectual property*, March 2003, Vol. 6, N° 2.
- Chardin V., « Le droit moral du réalisateur sur l'œuvre audiovisuelle », *Cah. Droit d'auteur*, 1989, n° 21 p. 1 s.
- Charpentier, J., « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines », *S.F.D.I.*, op. cit. p. 11 s.
- Chavez L-H., interview donnée à la *Revue internationale de droit des peuples autochtones (RIDPA)* n°1 2001, p. 31 s.
- Chennels R., « Le cas du peuple San et du Hoodia » in *Partage des bénéfices issus de la recherche dans les pays en voie de développement : équité et propriété intellectuelle*, 3^{ème} colloque sur la recherche en bioéthique, Inserm, Roissy, 22 et 23 avril 2004, non publié.
- Chesney Mc., « *Biological diversity, chemical diversity and the search for new pharmaceuticals* », in *Medicinal resources of the tropical forest : biodiversity and its important in human health*, 1996
- Chevallier J., « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p. 659.
- Chiva I., *Une politique pour le patrimoine culturel rural*. Rapport présenté à M. Jacques Toubon, ministre de la culture et de la francophonie. Paris, ministère de la culture et de la communication, 1994, p. 15 s.

- **Chouvin E., Sélim Louafi, Bernard Roussel** : « Prendre en compte les savoirs et savoir-faire locaux sur la nature : Les expériences françaises », *Les documents de travail de IDDRI*, n°1, p.16 s
- **Christakis T.**, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires, Université D'Aix-Marseille III, Edition Monde Européen et international, 1999, p.611
- **Cohen B.**, « *Concerning Jewish and Roman Law: Specification in Jewish and Roman Law* » in *Revue Internationale des droits de l'antiquité*, 1958, p. 226.
- **Colliard C.A.**, *La pollution des fleuves en droit international, Aspects juridiques de la pollution trans-frontière*, OCDE, 1977, p. 275 s.
- **Colombet Cl.**, « L'énigme de l'article 21 al. 2 de la loi du 11 mars 1957 modifié par la loi du 3 juillet 1985 *D. 1987*chron. 147
- **Colombet, S.**, « La brevetabilité des logiciels : un nouveau pont entre le droit d'auteur et la propriété industrielle », *JCP éd. E 2001*, aperçu rapide p. 1253.).
contemporaine du droit des biens, 3èmes journées, R. Savatier, PUF, 1991, p.157, spec. p. 164.
- **Coombe R. J.**, " Intellectual property, human rights & Sovereignty: new dilemmas in international Law posed by the recognition of indigenous knowledge and the conservation of biodiversity", *Indiana journal of legal studies* 59 p. 6 s.; Drahos, P., "intellectual property and Human rights", *Intellectual property quaterly* 349 (1999).
- **Coombe R-J.**, « *Intellectual property, Huma rights and sovereignty: new dilemmas in international law posed by the recognition of indigenous knowledge and the conservation of biodiversity*», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1998,n°6, p. 59 s.
- **Cornish W.**, *Intellectual property*, Sweet &Maxwell, 4th edition 1999, n° 5-58.
- **Cornu G.**, « Les définition dans la loi », *Etudes en l'honneur de J. Vincent*, p. 81 s.
- **Cox, P. A.**, « Ethnopharmacology and the search for new drugs », in *Bioactive compounds from plants*, ed. Chadwick & Marsh 1990
- **Crémieux M.** *Le secret des affaires, L'information en droit privé*, Travaux de la conférence d'agrégation sous la direction de Yvon LOUSSOUARN et Paul LAGARDE, Paris 1978 pp. 457-481.
- **Danzin, A.**, « Défense nationale, inforoute et mondialisation », *Défense nationale*, juil. 1996, n° 7, p. 46.

- **De Haas C.**, *Brevet et médicament en droit français et en droit Européen*, Litec 1980.
- **Derambure C.**, « l'évaluation du droit » in *La valeur des droits de propriété industrielle*, éd.Litec,coll. du CEIPI, Avril 2006.
- **Desbois H.**, « Le droit moral », *RIDA* 1958 n0 XIX, p. 121
- **Desnottes J-F.**, « Quels anti-bactériens pour après demain ? Outils et concepts nouveaux relancent la recherche industrielle », *La recherche n° 314* pp.70-73, de novembre 1998
- **Desrumont Th.** « l'allongement de la durée de protection des œuvres musicales », *RIDA*, 1986
- **Dessemontet, F** « Les accords de confidentialité », in *Mélanges Pierre ENGEL*, ed. par Dessemontet François/Piotet Paul, Lausanne 1989, pp. 27-37.
- **Djuvara M.**, « Quelques considérations sur la nature des sources et sur la formation du droit positif », *Mélanges H. Capitant*, p. 219 s.
- **Dollfus, O.**, « La mondialisation en débats », *Sciences Humaines*, Hors série n° 17 juin-juillet 1997 ; « Démocratie ou mondialisation » dossier in *Pétitions*, n° 2, 1998, pp. 8-144.
- **Dollfus, O.**, *La mondialisation*, Paris, Presses de science Po, La bibliothèque du citoyen, 1997, 167p.
- **Dontentwille H**, *Le médicament à l'épreuve de l'Europe*, *D*, 1992, jurisprudence. p. 305
- **Dos Santos, J. R., Fleurentin J.**, L'ethnopharmacologie : une approche pluridisciplinaire, <http://perso.wanadoo.fr/sfe-see/fr/articles.htm>, le 19/09/2002 à 18h.
- **Douchy** « la notion de non droit », *RRJ* 1992, p. 433 et s.
- **Downes D. et Stilwell M.**, “Débat sur les droits de propriété intellectuelle: l'OMC doit tenir compte de l'avis des citoyens sur les brevets sur les espèces vivantes”, *Passerelles entre le commerce et le développement durable* vol 1 no 1, 1999, web: http://www.ictsd.org/html/arct_sd.htm#Passerelles
- **Drahos P.**, « *Developing Countries and International Intellectual Property Standard-Setting* », Commission Background Paper 8, Londres. Source : <http://www.iprcommission.org>
- **Drahos, P.**, “ Indigenous knowledge, Intellectual property and biopiracy : Is a Global Collecting Society the Answer ?”, *EIPR* 2000, p. 245.
- **Dreyfus-Gamelon S.**, « Les indiens de la république » *Le Monde*, 16 janv. 99.
- **Ducruet C.**, « Pharmacie et biotech en Symbiose », *Les Echos*, 11 septembre 2002.

- **Duprat J.P.** « Les intractions normatives dans la recherche biomédicale » in *Revue générale de droit médical*, 2000, n°3, p. 21-67.
- **Dupuy P-M**, Technologie et ressources naturelles « nouvelles » et « partagées », in *Droit et libertés à la fin du 20^{ème} siècle, Etudes en l'Honneur de C.A. Colliard*, 1984, p. 212.
- **Dutfield G.** “Sharing the benefits of biodiversity: is there a role for the patent system?” *The journal of World intellectual property*, November 2002, vol.5, N° 6.
- **Dutfield G.** « Bioprospection ou bio piratage », article disponible sur www.Biofutur.org (consulté le 20 janvier 2005 à 16h).
- **Dutfield G.** *Intellectual property rights, Trade and biodiversity* , IUCN, Earthscan, Londres 2002.
- **Dutfield G.** *Intellectual Property Rights, Trade and biodiversity: seeds and plants varieties*. Earthscan and IUCN, 2000 Londres.
- **Dutfield G.** Interview accordée à Intellectual Property Watch le 27 avril 2006, Consulté sur www.ip-watch.org. Le 14 décembre 2006
- **Dutfield G.** L'Organisation de l'unité africaine: législation sur les droits communautaires et l'accès aux ressources biologiques, Centre d'Oxford pour l'environnement, l'éthique et les sociétés (traduit par WWF Afrique de l'Ouest), 1998
- **Dutfield G.**, “Developing and Implementing National Systems for Protecting Traditional Knowledge: A Review of Experiences in Selected Developing Countries” UNCTAD Expert Meeting on Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge, Innovations and Practices, Geneva, 30 October - 1 November 2000.
- **Dutfield, G.**, « *The public and private domains : intellectual property rights in traditional knowledge* », 21/3 Science communication, 278, 2000.
- **Dutfield, G.**, Protecting and Revitalising Traditional Ecological Knowledge: intellectual property Rights and Community Knowledge Databases in India, in *Perspectives on intellectual Property*, vol.6 edited by M. Blakeney, p. 104
- **Dutfield G.**, *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity: Seeds and Plants varieties*, IUCN and Earthscan publications, London, 2000 Dutfield G., “Can the TRIPS agreement protect Biological and Cultural Diversity?”, *Biopolicy international series*, n° 10, 1997
- **Economidès C.**, « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », *Revue Hellénique de droit international*, 1957, p. 295.

- **Edelman B.** « Entre copyright et droit d'auteur : l'intégrité de l'œuvre de l'esprit » D. 1990, Chron. 295.
- **Edelman B.**, « Droit moral dans les œuvres artistiques », D. 1982 Chron. 263
- **Eisenmann Ch.** « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des Classifications en science juridique », *Arch.Phil.Droit*, 1966 , p. 25.
- **Ekpere J. A.** “sui generis” system: the case of the “OAU model law on the protection of the rights of local communities, farmers and breeders and for the regulation of access to biological resources”, paper presented at the “International seminar on Systems for the protection of traditional knowledge”. New Delhi, India, April 3-5, 2002.
- **Ekpere J. A.**, “Une alternative à l'UPOV sur la protection des variétés végétales”. Commission scientifique, technique et de recherche de l'Organisation de l'unité africaine (OUA/CSTR), mai 1999.
- **Ellis et de Haas**, publiés dans le *Bulletin des Amis du CEIPI* juin 1985:
- **Eminesco Y.**, Unité et diversité dans la protection des idées non brevetables en droit socialiste :l'innovation et le Know-how, in *Mélanges BASTIAN*, librairies techniques 1974.
- **Fauvarque-Cosson.** L'ordre public, in *Le code civil : un passé un présent, un futur*, Dalloz, 2004, p. 473 et s.
- **Félix Addor**, Chef de la division Droit et affaires internationales, Berne 7 mai 2002.
- **Ficsor M**, « Etapes vers une protection internationale des expressions du folklore par les droits de propriété intellectuelle » exposé présenté au cours du Forum Mondial UNESCO-OMPI sur la protection du folklore, tenu à Phuket (Thaïlande) du 08 au 10 avril 1997.
- **Florirers P** « Les lacunes du droit » , in *Le problème des lacunes en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1968 p.9.
- **Foyer J.** « L'avenir et la finalité de du droit des brevets » *Mélanges BURST Litec*, 2000.
- **Foyer J.** « La remise en cause de la distinction invention/découverte », in *La propriété scientifique, un droit sur les résultats de la recherche fondamentale*, Colloque Institut de France, 2002.
- **Foyer J.** « Le droit de la propriété industrielle à la fin du 20^{ème} » siècle, in *Mélanges J. DERRUPPE*, 1990.

- Foyer J., « L'internationalisation du droit de la propriété intellectuelle, brevets marques et droit d'auteur », *Mélanges PLANTEY*, 1994, p. 261.
- Frison-Roche M.A., « Le versant juridique de la mondialisation », *Revue des deux mondes* 1997 pp. 45-53
- Frison-Roche M.-A., « Volonté et obligation », in *L'obligation*, Arch. Phil. Dr. T.23
- Gallochat A., « Le brevet et l'éthique ou le mélange des genres » *Dossiers brevets* 1993. II. 1 ; La brevetabilité du vivant : de la bactérie au génome humain », *Mélanges J-J BURST Litec* p. 181 ; « Brevets et biotechnologies », *Propriétés intellectuelles*, n° 3 Avril 2002, p. 7.
- Galloux J.C. « Ebauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, Chron. P. 229, n° 1.
- Galloux J.C. « Ethique et brevet ou le syndrome bioéthique », *D.*, 1993, p. 83 ; *Quel droit de la propriété industrielle pour le 3^{ème} millénaire ?* Centre Paul Roubier, Litec 2001, coll. CEIPI.
- Galloux J.C. « Premières vues sur la directive no 98/44 du 6 juillet 1998 », *JCP*, no 1, 1998.
- Galloux J.C. « Propriété industrielle » *RTDCom.* Avr./Juin 2004, , p. 287
- Galloux J.C. « Transposition de la Directive sur les biotechnologies », in *Quel droit de la propriété industrielle pour le 3^{ème} millénaire ?* Centre Paul Roubier, Litec 2001, coll. CEIPI.
- Galloux J.C. Commentaire de :OEB CRT, 27 septembre 2004, Aff. T-1081/01 ; *Propriétés intellectuelles*, Avril 2006, / n° 19.
- Galloux J.C. *Droit de la propriété industrielle*, op. Cit. p. 154, n° 437.
- Galloux J.C. *RTDCom.* Oct/Déc. 2004 p. 708.
- Gaudeault-DesBiens, J-F, « La critique autochtone de l'appropriation artistique ou le droit d'auteur dans la tourmente identitaire », *Droit et Cultures*, 40, 2000/2 p. 138 et s.
- Gaumont-Prat H., « Les tribulations en France de la directive no 98/44 du 6 juillet 1998 », *D.* 2001, p. 2882.
- Geller P.E., « La dissolution de la Propriété intellectuelle », *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2006/ n° 18, p.4 et s.
- Gendreau Y., « Pour un renouveau du droit moral à travers les revendications des autochtones », *Propriétés Intellectuelles*, Janvier 2005/n° 14,.
- Geny, F., *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, T. 1 n° 1091.

- Gerhardsen T. I. S. et New W., « La décision sur la mise en place d'un régime en matière de ressources génétiques est reportée à 2010 », www.ip-watch.ch consulté le 04 janvier 2007.
- Ghestin, J., « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, p. 1.
- Ghestin, « L'utile et le juste dans le droit des contrats », *D.* 1982, chr. P.1.
- Ghestin, J., *La formation d contrat*, LGDJ, 2^{ème} éd.
- Girouard R., J., *U.S. Trade Policy and the Japanese Patent System*, document de travail 89, août 1996, Table ronde de Berkely sur l'économie internationale, consultable à l'adresse www.ciaonet.org/wps/gir01/#txt115.
- Girsberger M. A., "Transparency measures under Patent law regarding genetic resources and traditional knowledge - Disclosure of source and science evidence of Prior informed consent and benefit-sharing", *The Journal of World Intellectual Property*, July 2004, vol. 7, n° 4
- Girsberger M. A., « Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international : L'interface avec les systèmes actuels de propriété intellectuelle et les limites et possibilités pour les droits de propriété intellectuelle existants » in *Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation*, Mexique 2004, p. 152
- Girsberger M. A., « Transparency measures under patent law regarding genetic resources and traditional knowledge : Disclosure of source and evidence of prior informed consent and benefit sharing », *Journal of World international Property*, vol. 7, n° 4, juillet 2004, p. 451 et s.
- Gollin M., « Elements of commercial bio diversity prospecting Agreements », in S Laird *Biodiversity and traditionnal knowledge, Equitable partneship in practice*, Earthscan, London , 2002, p. P. 320 s.
- Goutal J-L., « Ethique bioéthique et droit des brevets », *Mélanges GOBERT Economica*, 2004, p. 171.
- Goutal J-L., « Légitimité de la propriété intellectuelle : Perspective internationale », in *La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens*, Litec/IRPI, Coll. droit des aff., Février 2006.
- Goutal J-L., « Propriétés intellectuelles et développement : la remise en cause de notre modèle », *Propriétés intellectuelles*, nov. 2003, p. 8 et s.
- Green, E.C., *Indigenous healers and the African state*. Pact Publications:1996, New York, N.Y.
- Guibal E., *L'influence de la philosophie sur le droit Romain*, Thèse Montpellier, 1937. Vernay E., *Servius et son école*, thèse Lyon, 1909.

- **Guintrand de Peyre A. F.**, « La jurisprudence française en matière d'accessibilité au public de l'état de la technique », *RDPI*, 1998, n° 91, p. 7 et s.
- **Gurvitch, G.**, *La déclaration des droits sociaux*, Lib. Philosophique J. Vrin, Paris 1946, sp. p. 58 et s.
- **Gutmann E.** « Les substances d'origine naturelle : de la découverte à l'invention brevetable » *Propriétés Intellectuelles*, Octobre 2005, n° 17, p. 392.
- **Hamdallah Zedan**, *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation.*, Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, CDB-PNUE, 2002, ISBN 92-807-2255-7.)
- **Hansson S.O.** « Les incertitudes de la société du savoir », *RISS n°171*, p. 43 s.
- **Hardison, P.**, « *Traditional Knowledge Studies and the Indigenous Trust* ». Les tribus Tulalip et le réseau autochtone d'information sur la biodiversité (IBIN), 15 septembre 2004.
- **Hempel C. G.**, *Fundamentals of concepts formation in empirical science*, The university of Chicago Press, Chicago, 1952
- **Hermitte M-A.**, « Introduction » in **Hermitte M-A.**, (Dir) *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord Sud*, Bruylant, 2004.
- **Hermitte M-A.**, « L'accès aux ressources biologiques », in Cadeau E. (dir) *Etudes offertes à J-C Hélin*, Litec, 2004, p. 333 et s.
- **Hiance M.** , « Discussion-transposition de la directive Biotechnologie », *Quel droit de la propriété industrielle pour le troisième millénaire*, LITEC/CEIPI 2001.
- **Hountondji P.**, le savoir mondialisé : déséquilibres et enjeux actuels.
- **Houtcieff D.**, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001
- **IRPI**, *L'explosion des règles de propriété intellectuelle : des enjeux stratégiques et de nouvelles compétences pour les entreprises*, Cahiers de l'Institut de recherche ne propriété intellectuelle Henri Desbois, n°1, Avril 2002
- **Jamin Chr.**, « Plaidoyer pour le solidarisme », *Mélanges J Ghestin*, Le contrat au début du XXIème siècle, LGDJ, 2001, p. 441 et s.
- **Jamin Chr.**, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil, *Droit et Patrimoine*, Mars 1998, p. 55 s.
- **Jestaz, Ph.**, L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées Savatier 1985, p. 117 et s.
- **John P. Walsh, Ashish Arora, Wesley M. Cohen**, « Science and the Law: Working Through the Patent Problem », *Science*, volume 299, 14 février 2003.

- Joseph Vogel, *UNEP-MEXICO VI Foro del Ajusco, Biodiversidad, globalizacion y sustentabilidad en America Latina y el Caribe*, 1998.
- Kamina P., « Le nouveau droit des dessins et modèles » *D.* 2001, Chr., 3258.
- Katy Moran, *Mechanisms for benefits sharing: Nigerian Case Study for the Convention on Biological Diversity*, p. 13, The Healing Forest Conservancy 3521 S Street, N.W. Washington, DC 20007-2243 USA 202.333.3438 <MoranHFC@aol.com> March 21, 1998
 - Kaur Verma S., “protecting traditional knowledge : is a *sui generis* system an answer?”, *The journal of World intellectual property*, vol. 7, n° 6. November 2004.
- Khairallah G., « La raisonnable en droit privé français », *RTDCiv.*, 1984, p. 439 s.
- Klemm, La gestion internationale des populations d’animaux migrants, *Rev. Jur. De l’Environnement*, n° 3-4, 1976, p.115.
- Koschmbahr-Lyskowski, Le code civil et la coutume, *Etudes Capitantes*, 1937, p. 403.
- Krikorian G., Déclaration dans le cadre de la réunion de stratégie sur les questions relatives au commerce et à la santé, organisée le 16 novembre 2006, à Washington, in Vaughan, M., , *IP Watch Monthly report* december 2006.
- Kurk P., “Bridging the gap between traditional knowledge and intellectual property rights: is reciprocity the answer?” *The Journal of World intellectual property*, May 2004, Vol. 7, N° 3
- Kutty P. V., « Study on the protection of expressions of folklore », 1999, étude réalisée pour l’OMPI non publiée, pp.76 et 77.
- Labeyrie J., in *Des chercheurs s’interrogent*, Paris PUF, 1957, pp. 22-30.
- Laird S. et Noejovich F., “Building equitable research relationship with indigenous peoples and local communities : prior informed consent and research agreements”, , in Laird S., (Dir) *Biodiversity and traditional knowledge : Equitable partnership in Practice*, Earthscan Publications, London, 2002, p. 179.
- Laird, S A. et Kate, L.T. “Biodiversity prospecting: the commercial use of genetic resources and best practice in benefit-sharing,” *Biodiversity and Traditional Knowledge: Equitable Partnerships in Practice*, London and Sterling, VA: Earthscan Publishing, 2002.
- Laird, S. « *Biodiversity and Traditional Knowledge-Equitable Partnerships in Practice* », Earthscan, Londres 2002, pp. 51-53.
- Lambertie (de) I., La valorisation des bases de données du CNRS, *Revue Française d’Administration Publique*, 1994, note 7, p. 677.

- Langford J., « La protection *sui generis* des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés » in *l'Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation, Compte rendu des discussions*, Mexique 2004, p. 139 s.
- Langford J., « Le système de certification visant l'accès et le partage des avantages », in *Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation*, Mexique 2004.
- Leanne M Fecteau, « The Ayahuasca patent revocation: raising questions about current U.S. Patent Policy », 21 *B.C. Third World L. J.* 69, 70 (2001) - sur le site http://infoeagle.bc.edu/bc_org/avp/lwsch/journals/.
- Leca A. (*La genèse du droit*, essai d'introduction historique au droit, L.U. A.-P. 3^{ème} édition 2002, p. 29 s.
- Lenoir N., Mathieu B., *Les normes internationales de la bioéthique*, PUF, Que sais-je ? 1998, p. 40 s.
- Lewinski (von) S., « Le folklore les savoirs traditionnels et les ressources génétiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle », *Propriétés intellectuelles*, Janvier 2005, n° 14, p. 26
- Lewinski (von) S., *Linking biodiversity and socio-economic development. Bioresources Development and Conservation Programme*: Washington, D.C. 1995.
- Louafi S., et Morin J-F., « Gouvernance internationale de la biodiversité : Comment intégrer les utilisateurs de ressources génétiques », Paris, Institut du développement durable et des relations internationales, disponible sur http://www.iddri.org/iddri/telecharge/syntheses/sy04_abs.pdf.
- Lyle Glowka, *Towards a Certification System for Bioprospecting Activities* (document UNEP/CBD/COP/6/CH/RPT) ce document se trouve à l'adresse suivante : <http://www.biodiv.org/doc/meetings/cop/cop-06/other/cop-06-ch-rpt-en.pdf>.
- Malaurie Ph., « Notre droit est-il inspiré ? », *Defenois n° 10/ 2002*, p. 642 et 643.
- Malaurie-Vignal, « La protection des informations privilégiées et le savoir-faire », D. 1997 Ch. 107 s.
- Mathély P., *Le droit français des brevets d'invention*, Journal français des notaires et des avocats, 2ème ed. 1991.
- Mays, T., K. Duffy-Mazan, G. Cragg and M. Boyd. « A paradigm for the equitable sharing of benefits resulting from biodiversity research and development ». Pp. 267-280 in *Biodiversity and human health*, 1997 Island Press, Washington, D.C.

- **Mazeaud D.**, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in *L'avenir du droit Mélanges F. Terré*, Dalloz 2000, p. 603 et s.
- **Mc Donald, I.**, “ Protecting indigenous intellectual property (Australian copyright Concil, (Sydney, 1997 1998)
- **Morand, Ch. A.**, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris LGDJ, 1999.
- **Morel, C.**, Le droit coutumier social dans l'entreprise, *Droit social* 1979, p. 279 s.
- **Morere J. R.**, « Problèmes fondamentaux de la recherche scientifique » in *Des chercheurs s'interrogent*, Paris PUF, 1957.
- **Moret-Bailly, J.**, La théorie pluraliste de R. SANTI à l'épreuve des déontologies, <http://ares.insa-lyon.fr/~subeda/confiance/pdf/pluraliste.pdf> (consulté le 114 juin 2004 à 12h 30)
- **Moretti, C., Debitus, C., Fournet, A, Sauvain, M., Boudry , G. , Laurent, D.**, « diversité biologique tropicale et innovation thérapeutique, les recherches menées par l'ORSTOM », *Annales de la société belge de médecine tropicale*, 73-3.
- **Morin E**, *Science avec conscience*, Fayard 1982.
- **Morin E.**, « Science et conscience de la complexité », *RRJ*, 1983- 3.
- **Morin J-F.**, « La divulgation de l'origine des ressources génétiques : une contribution du droit des brevets à la protection de l'environnement », <http://www.iddri.org>.
- **Morin J-F.**, « Une réplique du sud à l'extension du droit des brevets : la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle », *Droit et société* 58/2004 p. 14
- **Mould-Idrissou, B.**, “The experience of africa”, document présenté en avril 1997 à Phuket (Thaïlande) publication OMPI n° 758.
- **Mousseron J-M ; Raynard J. et Revet Th.** « La propriété comme modèle in *Mélanges A Colomer* ; Lictec 1993.
- **Mousseron J-M**, *Traité sur le des brevets*, Litec 1984.
- **Mousseron J-M**, « L'évolution du droit de la propriété industrielle », in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3èmes journées R. SAVATIER, PUF, 1991, p. 157.
- **Mousseron J-M**, *Contribution à l'analyse objective du droit du breveté d'invention*, LGDJ, 1969.
- **Mousseron J-M, et Vigand P.**, « L'activité inventive selon les chambres de recours de l'OEB », *DB* 1983.
- **Mousseron J-M**, La protection juridique des programmes d'ordinateurs, in *Protection des résultats de la recherche face à l'évolution des sciences et techniques*, p. 120 et s.

- **Mousseron J-M**, Valeurs, biens, droits, in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz 1991p. 277
- **Mousseron J-M**. Rapport introductif sur les problèmes de réservation du know-how, Renc. Prop. Ind. La grande-motte 1975.
- **Mousseron J-M.**, Les problèmes juridiques du know-how, Cah. Dr. entr. 1972, n° 1,
- **Mousseron, J-M.**, « Les inventions de salariés après la réforme des 13 juillet 1978, 4 septembre 1979 et 4 Août 1980 », *RTDCom.* 1980, p.185.
- **Mugabe J.** Intellectual property protection and traditional knowledge. In: *World Intellectual Property Organization. Intellectual Property and Human Rights.* Geneva, WIPO: 97-125.
- **Mugabe, J.**, “Intellectual property protection and traditionnal knowmedge,” in *Intellectual Property and Human rights* (OMPI, 1999), p. 97.
- **Mugabe, J.**, *Protection de la propriété intellectuelle et savoir traditionnel*, Document préparé pour l’OMPI, Genève, décembre 1998 (<http://www.acts.or.ke>)
- **Musso, P.**, Télécommunication et philosophie des réseaux. La postérité paradoxale de Saint-Simon, Paris, PUF, 1997, p. 36.
- **Nafissatou Dia Diouf**, « Oralité et culture de l’écrit », Communication à l’occasion du colloque « Images d’Afrique » organisé par COSA (Centro d’Orientament di Studi Africani), mai 2004 à Dakar
- **Ngo Mbem S.**, L’intérêt général et laprotection des médicaments par le brevet dans les pays en développement, Mémoire de DESS « Accords et propriété industrielle », CEIPI, sous la direction du Professeur Yves REBOUL, 2002-2003.
- **Njamnshi, A., B.**, « Vers un régime international qui préconise le renforcement des moyens infrastructurels dans les pays fournisseurs en tant qu’élément clé de l’accès aux ressources et du partage des avantages dans le cadre de la bioprospection » in *l’Atelier international d’experts sur l’accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation, Compte rendu des discussions*, Mexique 2004.
- **Nordemann W., Vinck K., Hertin P-W** , *Droit d’auteur international et droits voisin...*, Bruylant, p. 88 s.
- **Ocqueteau F., Soubrian-Paillet F.**, « Champ juridique, juristes et règles de droit : une sociologie entre disqualifications et paradoxe », in *Droit et société*, n° 32, 1996, pp. 9-26.
- **Oppetit B.**, « Sur la coutume en droit privé », *Droits*, n° 3, p. 39 s
- **Oppetit B.**, « Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l’interprétation des lois », *D.*, 1974, chron., 107 s.

- **Oraison, A.**, Le rôle de la doctrine académique dans l'ordonnement juridique international contemporain, *RRJ* 2000-1, pp. 285 s.
- **Osman F.**, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc., réflexions sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.*, 1995, p. 509.
- **Ost F. et Kercove M. (Van de)**, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, P.F.U Saint-Louis, 2002.
- **Otis, G.**, « La conditionnalité, les pratiques et les contraintes: quelques axes d'action pour la Francophonie », *Rapport de synthèse*, Table ronde sur la bonne gouvernance comme condition et objet du financement du développement, Agence intergouvernementale de la francophonie, Paris, le 21 novembre 2003
- **Ougergouz F.**, *La charte africaine des droits de l'Homme et des peuples : une approche juridique des droits de l'Homme entre tradition et modernité*, 1^{ère} édition, PUF, 1993.
- **Pacteau M.**, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? » , *AJDA* 1995, n° spécial, p. 154 s.
- **Paquet G.**, Le droit à l'épreuve de la gouvernance, Centre d'études en gouvernance, Université d'Ottawa, Notes pour une allocution au colloque Evolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international 2000 qui s'est tenu à Ottawa les 20-21 octobre 2000.
- **Parisot**, « L'inaliénabilité du droit d'auteur », *D.* 1972 chron. 71 .
- **Paterson G.**, *The European Patent System*, Sweet & Maxwell 1992, n° 7-58.
- **Paterson R.; Dennis S. Karjala**, "Looking beyond intellectual property in solving protection of the heritage of indigenous people, *Cardozo J. OF Int'L & Comp. Law* ;Vol. 11:p.635 s.
- **Pedrot P. et al.** « Internormativité et production de la norme en matière médicale », in *Les lois «bioéthique» à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*, Paris, P.U.F. (coll. droit & justice), 1999, 339 p.
- **Perelman Ch.**, « Le problème des lacunes en droit : essai de synthèse », in *Le problème des lacunes en droit*, précité, p. 539 s.
- **Peyrat, D.**, « le droit comme ressource », *Doit et Cultures*, n° 37, 1999/1, p. 156 s.
- **Pfersmann O.**, « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes » , *RFDC*, no 31, 1997, p. 481-509.
- **Piédelièvre, A.**, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », les aspects du droit privé en fin du XX ème siècle, *Etudes offertes à M de Juglart*, 1986, p. 55 et s.

- **Pierre J-L**, « Le point de vue du fiscaliste », in *La valeur des droits de propriété industrielle*, collection de CEIPI, Litec, 2006, p.29.
- **Piganiol P.**, « Le gouvernement et la recherche scientifique », *Revue Industrie et techniques*, mars 1959.
- **Pires de Carvalho, N.** « *Requiring Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Prior Informed Consent in Patent Applications without Infringing the Trips Agreement: The Problem and the Solution* », *Washington University Journal of Law and Policy* (2000), vol. 2, pp. 371-401. Source : <http://www.law.wustl.edu/Journal/2/p371carvalho.pdf>
- **Plaisant R.**, « Les critères objectifs et subjectifs en matière de brevetabilité », *Mélanges Roubier*, T 2 pp. 537-539.
- **Poillot-Peruzzetto S**, La diversification des méthodes de coordination des normes nationales, Octobre 2003 p.2, <http://www.peruzzetto.com/articles.htm> (consulté le 15 juin 2004 à 17h 04)
- **Pollaud-Dulian F.**, *La brevetabilité des inventions- Etude comparative France OEB, Litec* 1997.
- **Pollaud-Dulian F.**, « L'ordonnance du 25 janvier 2001 et la réforme du droit des dessins et modèles », *JCP* 2001, Actualités, p. 1921 s.
- **Porrachia D.**, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, th Aix Marseille, 1998.
- **Puec-le-Gac, S.**, *La proportionnalité en droit privé*, th. Multigr. Paris XI 1997.
- **Ravaillard P.**, « La décision du 30 Août 2003 sur l'accès aux médicaments : une étape historique dans le processus de négociations de l'OMC », *Propriétés intellectuelles*, Janvier 2004, n° 10, pp. 524-536.
- **Raynard J.**, « Brevet et logiciels : les risques d'une intervention juridique nouvelle » in *Propriété intellectuelle en question(s) Regards croisés européens*, Litec 2006, p. 179 s.
- **Raynard J.**, « Propriétés intellectuelles, un pluriel bien singulier », in *Mélanges offerts à JJ Burst*, Litec 1997 p. 527 et s .
- **Raynaud de Lage N.**, « L'entretien : contribution à l'étude de la notion de conservation », *RRJ. 2001-4 (volume 1)* p.1860 et s.
- **Rémond-Gouillod M.**, « ressources naturelles et choses sans maître », *D.*, 1985, Chron. p.30
- **Rémy Ph.**, « Droit des contrats : Questions, positions, propositions », in *le droit contemporain des contrats*, 1987, p. 171 et s
- **Remy, Ph.**, « Eloge de l'exégèse », *RRJ*, 1982-2, p. 260 s.

- **Renouart A-Ch.** *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, Paris 1860.
- **Reverchon A.**, La priorité de l'innovation modifie la mission des chercheurs, *Le Monde*, 19 janvier 1999.
- **Revet, Th.**, RTDCiv Janvier/ mars 2005, p. 165 s.
- **Richard Gerster**, "Patents and Development - A Non-Governmental Organization View Prior to Revision of the TRIPS Agreement", *Journal of World Intellectual Property*, vol 1 no 4, juillet 1998
- **Rigaux F.** « Le droit au singulier et au pluriel », in *R.I.E.J* n° 9, 1982, p.3 s.
- **Rigaux F.**, « Mission impossible : la définition de la minorité », *RTDH* 1997, p. 155 et s. s:
- **Rigaux F.**, *La théorie de limites matérielles à l'exercice des fonctions constituantes*, Bruxelles, Larcier, 1985.
- **Ripert G.**, « Abus ou relativité des droits », *Rev. Crit.* 1929, pp. 39-69
- **Rivero, J.**, « Apologie pour les faiseurs de système », *Dalloz*, 1951, Chron. XXIII, pp. 99-102.
- **Rothley W.**, « Difficile entrée de biotechnologies dans le domaine des brevets », in *Les inventions bio technologiques, protection et exploitation*, Litec 1999, p. 12
- **Roubier P.**, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », *Mélanges G. Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, t. 1.
- **Rouyère A.**, « Le juge et les interactions normatives », in *Interactions normatives dans la recherche bio médicale*, Duprat J-P (dir), Bordeaux 2000, p. 133.
- **Ruiz Fabri H.**, , « Genèse et disparition de l'Etat à l'époque contemporaine » *A.F.D.I.* 1992pp. 153-178.
- **Ruiz Fabri H.**, « Analyse des questions fondamentales et techniques liées à l'élaboration d'une convention sur la diversité culturelle et à son incorporation dans le droit international existant » in *La diversité et les échanges culturels dans le cadre de la globalisation*, Bruxelles CGRI, 2005, p. 53 et s.
- **Ruiz Fabri H.**, « L'immatériel et territorialité et Etat » in *Arch.phil. droit*, t. 43, Sirey 1999,pp. 187-212.
- **Ruiz Manuel** « The international debate on traditional knowledge as prior art in the patent system: issues and options for developing countries », in *Occasional Papers*, South Centre, octobre 2002.
- **Ruiz Manuel** : "*The International Debate on Traditional Knowledge as Prior Art in the Patent System Issues and Options for Developing Countries*", CIEL, octobre 2002; et le Centre pour le droit international de l'environnement (CIEL), "*Comments on Improving Identification of Prior Art. Recommendations on*

Traditional Knowledge Relating to Biological Diversity. Submitted to the United States Patent and Trademark Office”, 2 août 1999.

- Sacco, R. « Le droit muet », *RTDCiv.* 1995, p.213 et s.,.
- Saint-Alary R., Rapport sur le secret des affaires en droit Français, *Travaux de l'association Henri Capitant, le secret et le droit*, tome XXV 1974 p. 266 et s.
- Sak, H., « Que reste-il de l'équité ? Essai sur le présent et l'avenir d'une notion en droit français », *RRJ 2002-4* p. 1690 s.
- Saleilles « Etude pour l'histoire des sociétés en commandite », *Annales de droit commercial*, 1895 p. 10 et 1897, p. 28 et s.
- Sallah Mohamed, Mahmoud, « Mondialisation et souveraineté de l'Etat » *J.D.I.* 1996/3, pp. 611-662.
- Salleilles « Etude sur l'histoire des sociétés en commandite, *Annales de droit commercial* » 1895, p. 10 et 49.
- Sallenave, J., *Giving Traditional Ecological Knowledge, its Rightful place in Environmental Impact Assessment* (<http://www.carc.org/pubs/v22no1/know.htm>)
- Savatier R., « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », in *Le problème des lacunes en droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman, Bruxelles 1968, p.p. 521-535.
- Savatier R., « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.*, 1977, chron., p. 43.
- Scarpelli U., « La définition en droit », in *Logique et Analyse*, 1958.
- Schack H., « *Brecht, der Theaterregisseur und sein publikum, wer verletzt wem ?* », *GRUR*, 1983, 555.
- Scheleff L., : “The future of tradition, customary law, common Law and legal pluralism”, Frank Cass, edit. Londres 1999.
- Schmidt Szalewski J ,Nouveauté *J-Cl. Brevets*, Fasc. 170, 1992 .
- Schmidt Szalewski J ,*Rapport sur "Le rôle des pays en voie de développement dans la convention de Marrakech crant l'OMC"*, au colloque de la l'Université Lyon 2 et Barreau de Lyon, janvier1995.
- Schmidt Szalewski J., « La notion d'invention face aux développements technologiques » in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Frison-Roche M-A. et Abello A., (dir) LGDJ, 2003, p. 237 s.
- Schmidt-Szalewski J., « L'avenir international de la propriété intellectuelle », *Mélanges BURST* , 1997, p. 571 s.
- Schmidt-Szalewski, J., « La protection des droits industriels dans la convention de Marrakech du 15 avril 1994 » in *Mélanges FOYER*, P.U.F. 1997, p.292.

- Schoettl J-E., « L'appropriation de l'information », *Droit et informatique* -Litec, Paris 1986, p. 23.
- Scmidt-Szalawski J., « L'avenir international de la propriété industrielle », *Mélanges J-J Burst*, 1997, p. 571.
- Scott H. in OECE, *L'organisation de la recherche appliquée*, Conférence, Nancy, 11-13 Nov. 1954.
- Sériaux A., « La théorie du non-droit » *RRJ*. 1995-1, P. 13 et s
- SFDI, *L'Etat souverain à l'aube du 21^{ème} siècle*, Paris Pedone, 1994, 318p.
- Shannon C E., « A mathematical Theory of communication », in *Bell System Technical Journal*, vol. 27, juill.-oct 1948, publié en 1962.
- Siltala, R., *A Theory of Precedent. From analytical Positivism to a Post Analytical Philosophy of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000
- Silz Y., « La notion juridique de droit moral en droit d'auteur », *RTDCiv*. 1933, p. 331
- Simpson, T., *The cultural and intellectual property rights of indigenous peoples* (IWGIA1997), pp. 18 à 22 .
- Siorat, L., *Le Problème des lacunes en droit international*, Paris, LGDJ, 1958.
- Soltysinski, S., « Are trade secrets Property ? » In ICC 1986, pp. 331-3356.
- Stone F.F., « *Les cas non prévus par le droit en vigueur* » *Mélanges G. Marty*, 1978, 1077 et s.
- Stoop A., « La notion de règle de conduite », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GENY*, p. 140 s.
- Sur S., « sur quelques tribulations de l'Etat dans la société internationale », *R.G.D.I.P.* 1993/4, pp.881-900.
- Surinder Kaur Verma “ protecting traditional knowledge : is a *sui generis* system an answer?”, *The journal of World intellectual property*, vol. 7, n° 6. November 2004.
- Swanson T. (*global action for biodiversity : an international framework for implementing the convention on biological diversity*, Earthscan, Londres.
- Taniguchi, T., « La loi et la coutume au japon » in *Mélanges L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 571 et s
- Terré F., « La "crise de la loi" », *APD*, t. 25, 1980.
- Teyssié B. *Les groupes de contrats*, th. Montpellier ed. 1975.
- The Royal Society, « Keeping science open: the effects of intellectual property policy on the conduct of science », avril 2003.

- Thibierge, C., *Les clés pour un droit vivant : outils de méthodologie fondamentale*, Brochure de la Faculté de droit, économie et gestion, Orléans, juin 2002.
- Tita, A., « Globalization, a new political and economic space requiring supranational governance », *JWT*, 1998, n° 3 pp.47-55.
- Tobin, B., « Certificates of origin: A role for IPR Regimes in Securing Prior Informed Consent », p. 329-343, dans **Mugabe et coll.** (dir.), *Access to genetic resources: Strategies for sharing benefits*, ACTS Press: Nairobi, consultable à l'adresse <<http://www.ias.unu.edu>>.
- Tobin, B., *Alternative Mechanisms for Protection of Indigenous Rights*, document présenté au symposium des peuples autochtones d'Amérique latine: peuples autochtones, biodiversité et propriété intellectuelle, Santa Cruz, Bolivie, du 27 au 30 septembre 1994.
- Tobin, B., Cunningham, D., Watanabe, K., « Les certificats d'origine, de provenance légale et de source: les éléments mutuellement exclusifs ou complémentaires d'une programme de certification. », in *Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation*, Mexique 2004, p 289.
- Torriane, H., « L'influence des conventions de codification sur la coutume en droit international public », Fribourg, édition universitaire, 1989, p. 145.
- Torsen M., « Indigenous communal Moral rights », article disponible sur : www.ip-watch.org/weblog/index.
- **Traité de coopération en matière de brevets (PCT) de 1970.**
- Travaux de l'Association Capitant, T XXXIV, 1983, *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*.
- Troper M., « Système juridique et État », *APD*, t. 31, 1986.
- Troullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code : 1823*, t., XII, n° 76.
- Tunney J., « EU, IP, Indigenous People and the Digital Age: Intersecting Circles », *EIPR*, 9, 1998, p. 335-336.
- Van Den Bussche C., La protection pénale contre l'espionnage des secrets d'affaires », *PA* n° 135 du 10 nov.1995
- Vanderlinden J., « Contribution en forme de mascarade à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse », *RTDCiv.* 1995, p. 69 et s. , spéc. P. 79
- Vanderlinden J., « Le pluralisme juridique essai de synthèse », in *Le pluralisme juridique* , Gilissen (dir), Bruxelles, édition Université de Bruxelles, 1972.

- Vanderlinden, J., « Aspects de la règle de droit dans l'Afrique traditionnelle », in La règle de droit, Ch. Perelman (dir), p. 131 et s.
- Vandoren P. et Van Eeckhaute, "The WTO decision on paragraph 6 on the DOHA declaration on the TRIPS Agreement and Public Health-Making it work": *The Journal of World Intellectual Property*, nov. 2003, vol. 6N° 6
- Varella M., « Typologie des lois sur l'accès aux ressources biologiques » in Hermitte M-A. (dir) *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Bruylant, 2004, vol.II, p. 175 et s.
- Vaughan, M., , *IP Watch Monthly report december 2006*.
- Verdier, R., « De la *terra nullius* du colonisateur à la *tellus mater* de l'autochtone » : les territoires ultra-marins de la république, *Droit et cultures*, 37,1999, 1, pp.7-18.
- Verhoven J., « Les principales étapes de la protection internationale des minorités », *RTDH*, 1997, p. 177 et s.
- Vicente, S., *L'activité en tant que bien, réflexions sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner*, Thèse Grenoble, 1999.
- Vivant M., « An 2000 l'information appropriée ? », in *Mélanges JJ Burst*, Dalloz 1997 p. 651.
- Vivant M., « La propriété intellectuelle et l'ordre public », *Mélanges Jean FOYER* PUF, 1997, p. 307.
- Vivant M., et Bruguière J-M., « Réinventer l'invention », *Propriétés Intellectuelles*, 2003, n°8, p. 286 et s.
- Vivant M., et Storwel A., voir discussions in *La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens*, Litec/IRPI, Coll. droit des aff., Février 2006, p.40 et 41.
- Vivant M.,« L'irrésistible ascension des droits de propriété intellectuelle », *Mélanges C. Mouly*, Litec, 1998, T. 1, p. 441.
- Vivas E. D., « *Requiring the Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Traditional Knowledge : the Current Debate and Possible Legal Alternatives* », dans Christophe BELLMANN, Graham DUTFIELD and Ricardo MELÉNDEZ-ORTIZ (dirs), *Trading in Knowledge, Development Perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability*, Londres, Earthscan, 2003 p. 201-202.
- Vogliotti M., « Les mutations dans le champ pénal contemporain : vers un réseau en droit pénal », *Rev. Sc.cr.* oct.-déc. 2002, p. 722 s.
- Weniger O., *La protection des secrets économiques et du savoir-faire, Etude comparative des droits allemand, français, et suisse*, Librairie Droz 1994.

- **Wentland W.** « La protection des savoirs traditionnels en Afrique », *Revue de l'OMPI*, janvier 2002, p. 13 s.
- **Willi Rothley**, « Les inventions biotechnologiques, protection et exploitation », Colloque de l'IRPI 12 octobre 1998, Litec 1999.
- **Wilson, P.**, « Le comportement des Entreprises, les normes et la certification », in *l'Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation, Compte rendu des discussions*, Mexique 2004.
- **Wolff, M.**, « Indigenous people and the protection of genetic resources in Brazil », in *Intellectual property aspects of ethnobiology* (Ed. Blakeney 1999), pp. 175-179.
- **Wroblewski J.**, « L'interprétation en droit, théorie et idéologie », *Arch. Phil. Dr.* T. XVII, 1972.
- **Yinliang Liu**, « Protection des savoirs traditionnels nouveaux », *PI France Industrial Property Survey*, www.pifrance.com/dossiers consulté le 14 Juin 2006.
- **Young T., R.**, « Une solution simple : intégrer les certificats de provenance légale dans le régime sur l'accès aux ressources génétiques et partage des avantages », in *Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation*, Mexique 2004, p 312.
- **Zenati, F.**, « l'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.*, 2002, n°1, p. 14 s.
- **Zenati, F.**, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *RTDCiv.*, 1993, 305 s.
- **Zinsser J.**, *Les peuples autochtones et le système des Nations unies, Un nouveau partenariat*, Editions UNESCO, 1996.

4. DOCUMENTS ET RAPPORTS D'INSTITUTIONS SPECIALISEES

- **INSERM Repères** juillet 2002.
- Recueil des remèdes faciles et domestiques [...] recueillis par les ordres charitables de Mme Fouquet. Dijon, Ressayre, 1715, 2 vol.
- **FAO**
- **FAO** «Rapport de la cinquième session extraordinaire de la Commission des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO», CGRFA-Ex5/98/Report Rome, 1-12 juin 1998, web: <http://www.fao.org>
- **FAO** Rapport sur l'état des ressources phytogénétiques utiles à l'alimentation et à l'agriculture dans le monde, Rome, 1996, web: <http://www.fao.org>

- **Banque mondiale**, Le savoir au service du développement - Rapport sur le développement dans le monde 1998/99, web: <http://www.worldbank.org/wdr/wdr98/french.pdf>

- **PNUD** : *Document TD/COM.1EM/13/2* de la Conférence des nations unies sur le commerce et le développement, Août 2000, dont le titre est :“Systèmes de protection des savoirs, innovations et pratiques traditionnels et expérience acquise au niveau national en la matière ».

- **OMPI** :
 - *Besoins et attentes des dépositaires de savoirs traditionnels en matière de propriété intellectuelle : rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête (1998-1999)*, Genève, OMPI, 2001.
 - Document WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2
 - Document WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5 : La protection des savoirs traditionnels : aperçu des options de politique générale et des mécanismes juridiques 9^{ème} Session 24-28 Avril 2006.
 - Document WIPO/GRTKF/IC/Q.5 D
 - (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 172)
 - Document soumis par le groupe des pays africains (OMPI/GRTKF/IC/1/10, annexe, page 7, proposition 3.3.b)). Voir les déclarations des pays et organisations ci-après : Afrique du Sud (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 225),
 - Document UNEP/CBD/WG8J/INF/2.
 - Document *WIPO/Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoirs traditionnels et le folklore/IC/6/8* du 15 décembre 2003, § 10 et suivants
 - Document WIPO/Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoirs traditionnels et le folklore/IC/6/INF/3
 - Document WIPO/GRTKF/IC/5//14..
 - Document *WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4*, Annexe .
 - Document WIPO/GRTKF/IC/6/INF/3.
 - Document WIPO/GRTKF/IC/6/INF/4.
 - Documents WIPO/GRTKF/IC/Q.1
 - Document WT/CTE/W/125 les rapports entre la Convention sur la diversité biologique (CDB) et les ADPIC avec une emphase particulière sur l'article 27-3 b.

- Document WT/CTE/W/50 : Convention sur la diversité biologique et ADPIC.
- Document WIPO/GRTKF/STUDY/1 : A Study on the Protection of Expressions of Folklore (Étude de la protection des expressions du folklore), par Mme P. V. Valsala G. Kutty pour l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI).
- documents OMPI-UNESCO/FOLK/AFR/99/1
- Document wipo/IC/3/7/ du 6 mai 2001.
- Document OMPI/GRTKF/IC/2/7 du 22 juin 2001 pp.4 et 6
- Document WT/MIN(01)DEC/W/2, 14 nov. 2001.
- Document WIPO/GRTKF/IC/4/8, du 30 Septembre 2002.
- Document WIPO/GRTKF/IC/4/10, du 20 Octobre 2002
- Document WIPO/GRTKF/IC/5/1 Prov du 30 janvier 2003.
- Document : WIPO/GRTKF/IC/5/7 du 4 avril 2003.
- Document WIPO/GRTKF/IC/5/7 du 4 avril 2003, p. 4.
- Document WIPO/GRTKF/IC/5/7 du 4 avril 2003.
- Document WIPO/GRTKF/IC/5/6, juillet 2003 p. 23)
- Document WIPO/GRTKF/IC/7/10 du 15 Octobre 2004 p. 6)
- Document WIPO/GRTKF/IC/7/INF/5, du 18 octobre 2004, p. 5).
- Document WIPO/GRTKF/IC/7/INF/5, du 18 octobre 2004.
- Document WIPO/GRTKF/IC/7/13 Novembre 2004.
- Document WIPO/GRTKF/IC/8/7 du 10 juin 2005
- Document WIPO/GRTKF/IC/1/13.
- Indonésie (paragraphe 29 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13).
- Document OMPI/GRTKF/IC/2/14, annexe, par. 15)
- Document OMPI/GRTKF/IC/2/16, p. 7.
- Documents OMPI/GRTKF/IC/1/13, OMPI/GRTKF/IC/2/16, WIPO/GRTKF/IC/3/17, WIPO/GRTKF/IC/4/15 et WIPO/GRTKF/IC/5/15.
- Documents WIPO/GRTKF/IC/2/17 (Rapport), § 157.
- Document OMPI/GRTKF/IC/1/3
- Document OMPI/GRTKF/IC/1/3, p. 25
- Document UNEP/CBD/WG-ABS/2/3, p. 8.
- Document WIPO/GRTKF/IC/2/3 de 2001.
- Document WIPO/GRTKF/IC/4/3.
- Document WIPO/GRTKF/IC/6/3

- Document WIPO/GRTKF/IC/3/15
- Communauté européenne et ses États membres (WIPO/GRTKF/IC/3/16, page 5, et OMPI/GRTKF/IC/1/8, annexe III, par. 34)
- Document WIPO/GRTKF/IC/3/17.
- Colombie (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 222)
- Communauté andine (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 240)
- Communauté andine (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 240)
- Documents WIPO/GRTKF/IC/3/10 et WIPO/GRTKF/IC/3/17.
- Document WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 220)
- Document OMPI/GRTKF/IC/1/10, annexe, page 7, proposition 3.3.a.
- Document WIPO/ GRTKF/IC/6/4 p. 35, issu de la Sixième session du Comité (Juillet 2004)
- Document WIPO/GRTKF/IC/6/4.
- Document WIPO/GRTKF/IC/4/14
- Document WIPO/GRTKF/IC/4/14, annexe, pages 4 et 8)
- Documents WIPO/GRTKF/IC/4/14
- Chambre de commerce internationale (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 161).
- Document WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 86, WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 103, OMPI/GRTKF/IC/2/14, annexe, par. 15)
- Documents WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 151.
- Document OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe I, page 3).
- Document OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe I, page 3.
- Document OMPI/GRTKF/IC/1/5),
- Document OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe I.
- Document WIPO/GRTKF/IC/2/5.
- Document WIPO/GRTKF/IC/3/5, en particulier son annexe I.
- Document *WIPO/GRTKF/IC/10/5*, page 28.
- Canada (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 92)
- Conseil Same (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 76)
- Cuba (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 97)
- document WIPO/GRTKF/IC/5/15.
- Document WIPO/GRTKF/IC/2/6.
- Document WIPO/GRTKF/IC/5/6 du Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques les savoirs traditionnels et le folklore.
- Document WIPO/GRTKF/IC5/6
- Document WIPO/GRTKF/IC/3/7.

- Documents WIPO/GRTKF/IC/3/7
- Document WIPO/GRTKF/8/7, p. 3.
- Communauté européenne (OMPI/GRTKF/IC/1/8, annexe IV, page 7)
- Document WIPO/GRTKF/IC/3/8, paragraphe 18.
- Documents WIPO/GRTKF/IC/4/8
 - Document OMPI/GRTKF/IC/4/8 p. 14
 - Document WIPO/GRTKF/IC/4/8,
- Document WIPO/GRTKF/IC/6/8.
 - Document WIPO/GRTKF/IC/7/8.
 - Document WIPO/GRTK/IC/3/9, p. 6.
 - Document WIPO/GRTKF/IC/3/9, précité p. 12 et 13
 - Documents OMPI/GRTKF/IC/1/8, OMPI/GRTKF/IC/1/10 et WIPO/GRTKF/IC/4/14.
 - Document WIPO/GRTKF/IC/3/10.
 - document WIPO/GRTKF/IC/3/11)
 - Documents WIPO/GRTKF/IC/4/11 (Rapport initial sur l'étude technique concernant les exigences en matière de divulgation relative aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels)
 - Document WIPO/GRTKF/IC/5/11.
 - Document WIPO/GRTKF/IC/5/12)

Document de position au sein de l'OMPI.

- Égypte (par. 34 du document WIPO/GRTKF/IC/1/13)
- Égypte (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 96 et 127, et WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 153)
- États-Unis d'Amérique (WIPO/GRTKF/IC/4/13, par. 8)
- États-Unis d'Amérique (WIPO/GRTKF/IC/4/13, par. 9)
- Fédération de Russie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 144)
- Fondation Tebtebba (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 77)
- France (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 14)
- Groupe africain Document WIPO/GRTKF/IC/3/15.
- Groupe des pays africains (document WIPO/GRTKF/IC/3/15).
- Groupe des pays africains (OMPI/GRTKF/IC/1/13, par. 154, renvoyant au document OMPI/GRTKF/IC/1/10)
- Groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 12)

- Groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 95 et WIPO/GRTKF/IC/3/5, annexe, page 5)
- Indigenous Peoples' Biodiversity Network (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 160).
- Iran (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 150),
- Japon (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 137)
- Kenya (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 69, et WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 111)
- La Communauté européenne et ses États membres (WIPO/GRTKF/IC/3/16, page 6)
- Mejlis des peuples tatars de Crimée (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 162)
- Mexique (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 70, et WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 97)
- Mouvement indien Tupaj Amaru (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 80)Pauktuutit
- Népal pour la SAARC (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 14)
- Norvège (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 133)
- Nouvelle-Zélande (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 138)
- Panama (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 226)
- Panama (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 226)
- Panama (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 157)
- Pauktuutit - Association des femmes inuit, Canadian Indigenous Biodiversity Network et Kaska Dena Council (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 75)
- Pérou (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 221),
- Pérou (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 127, et WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 221)
- Pérou (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 96 et 127, et WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 221)
- Philippines (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 85)
- République de Corée (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 93)
- République dominicaine (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 215)
- République islamique d'Iran (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 119)
- SAARC (paragraphe 26 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13)
- Suisse (OMPI/GRTKF/IC/1/9, annexe, pages 4 et 10)
- Suisse (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 135).
- Turquie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 109)

- Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 213).
 - Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 213)
 - Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 213)
 - Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 94, et WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 132)
 - WIPO/GRTKF/IC/4/7
 - WIPO/GRTKF/IC/5/7.
 - WIPO/GRTKF/IC/Q.3
 - WIPO/GRTKF/IC/Q.4.
 - WIPO/GRTKF/IC/Q4
 - Zambie (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 213)
 - Zambie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 156).
- **OMC:**
 - Document WT/GC/W/362 de l'OMC : Proposition de la Bolivie , de la Colombie, de l'Equateur, du Nicaragua, et du Perou, en date du 12 Octobre 1999.
 - Document WT/CTE/W/8 et W/8 Corr.1.
 - Document WT/GC/W/362 de l'OMC.
 - Inde, IP/C/M/24, paragraphe 81, IP/C/W/195; Brésil, IP/C/M/33, paragraphe 121, IP/C/M/32, paragraphe 128, IP/C/W/228
 - Inde, IP/C/M/25, paragraphe 70.
 - Inde, IP/C/W/196.
 -
 - Document WT/L/ 540, 2sept. 200.
 - Document IP/CW/401, 28 mai 2003.)
 - Document UNEP/CBD/COP/7/21 du 13 avril 2004.
 - Document IP/C/W/433 du 25 novembre 2004, préparé par le secrétariat du conseil des ADPICS.
 - Document IP/C/W/433 du 25 novembre 2004, préparé par le secrétariat du conseil des ADPICS.
 - Document IP/C/W/433 du 25 novembre 2004, préparé par le secrétariat du conseil des ADPICS.
 - Document WT/GC/564 TN/C/W/41 du 31 mai 2006, présenté au Comité des négociations commerciales et portant le titre : Doha work programme-

The outstanding implementation issue on the relationship between the trips agreement and the convention on Biological diversity ?

- Document WT/GC/564 TN/C/W/41 du 31 mai 2006, présenté au Comité des négociations commerciales et portant le titre : Doha work programme- The outstanding implementation issue on the relationship between the trips agreement and the convention on Biological diversity.
 - Document TD/B/COM.1/EM/13/2, intitulé : Systèmes de protection des savoirs, innovations et pratiques traditionnels et expérience acquise au niveau national en la matière, CNUCED 2000, n° 66
 - Document PCT/R/WG/4/13 Annexe § 2.
 - Document PCT/R/WG/4/13 Annexe IV 2).
 - Documents : UNEP/CBD/COP/7/INF/17 ; UNEP/CBD/COP/7/6 cités in Rapport de la conférence des parties à la conventions sur la diversité biologique sur les travaux de la 7^{ème} réunion
 - Documents WO/GA/6/26 et WO/GA/6/29 de l'OMPI.
 - document WO/GA/26/9, annexe I, page 3).
 - Document PCT/R/WG/5/11.
 - Document PCT/R/WG/6/11 de Mai 2004.
 - Document PCT/R/WG/6/12, paragraphes 82 à 107, en particulier §§ 105 à 107.
-
- **CCI (Chambre de Commerce International)**
 - **CCI (Chambre de Commerce International)** Sentence n° 2291 en 1975: Clunet 1976.989 obs. Derains.
 - **CCI (Chambre de Commerce International)** *Policy statement, should patent applicants disclose the origin of biological materials on which they file patents ? Should they demonstrate prior informed consent for their use?*, Document n° 450/941 Rev. Du 10 avril 2002.
-
- **OCDE** :« Inventions génétiques, droits de propriété intellectuelle et pratiques d'octroi de licences : éléments.
-
- **The Crucible Group**: “Défensive Publication” dans le chapitre 4 de “*People, Plants and Patents: The Impact of Intellectual Property on Trade, Plant Biodiversity, and Rural Society*”, 1994.

- **The Crucible Group:** The Crucible Group, Plants and Patents: The Impact of Intellectual Property on Trade, Plant Biodiversity, and Rural Society”, 1994.
- OMS: Document WHO/EDM/TRM/2000.
- OMS: Document WHO/ EDM/TRM/2000.1 :Organisation Mondiale de la Santé. « *General guidelines for methodologies and research on traditional medicine*”, Genève, OMS, 2000.
- OMS: Engagement de Madang en faveur des îles santé, Conclusions et recommandations, Réunion des Ministres de la Santé des Pays océaniques, Madang, Papouasie- nouvelle- guinée, 14-15 Mars 200, p. 12 (www.wpro.who.int/pdf/final_madang_french.pdf). Ce point important est le centre de la Stratégie de l’Oms pour la médecine traditionnelle 2002-2005 (http://www.who.int/medicines/library/trm/trm_strat_fr.pdf).
- OMS: Médecine traditionnelle : besoins croissants et potentiel, *WHO Policy perspectives on Health* n° 2-2002, Genève, Suisse. Lancement par l’OMS de la 1^{ère} stratégie mondiale pour les médecines traditionnelles ou parallèle *Communiqué de presse OMS/38* du 16 mai 2002.
- OMS: Recommandation relative à l’autonomie et à l’autogouvernement des autochtones, Réunion d’experts de l’ONU, Nuuk, 1991
- **OTA :** Etude de l’Office of technological assessment «étude OTA » , *Marketletter*, 13 janvier 1997, pp. 24-25
- **CDB (Secrétariat)** :Etude du Secrétariat de la CDB intitulée “Mesures de protection juridique et autres formes de protection appropriées visant à sauvegarder les connaissances, les innovations et les pratiques des communautés locales et autochtones englobant les modes de vie traditionnels relatifs à la conservation et à l’utilisation durable de la diversité biologique”, UNEP/CBD/WG8J/1/2 (janvier 2000).

5. **ACCORDS BILATERAUX CITES.**

- Accord entre les Etats-Unis d’Amérique et le Royaume du Cambodge relatif aux relations commerciales et à la protection des droits de propriété intellectuelle

(http://199.88.185.106/tcc/data/commerce_html/tcc_documents/cambodiatrade.html).

- Accord de libre-échange entre les Etats-Unis et la Jordanie (Source : <http://www.ustr.gov/regions/eu-med/middleeast/textagr.pdf>).
- Accord relatif aux relations commerciales entre les Etats-Unis et le Vietnam (Source : <http://www.ustr.gov/regions/asia-pacific/text.pdf>).
- Accord relatif aux relations commerciales entre les Etats-Unis et le Vietnam 2000

6. JURISPRUDENCE

a. Juridictions françaises.

i. Juridictions du fond

- CA Amiens, 18 juill. 1974, D. 1976, jur., p.703, note J-M Mousseron et M. Vivant.
- CA d'ANGERS, chambre correctionnelle 2001-03-15.
- CA Lyon , 10 janvier 1973, Ann. Propr.ind. 1974, p. 106.
- CA Paris 11 mars 1982, Dossiers brevets 1983
- CA Paris 18 juin 1914, S. 1914, p. 255.
- CA Paris 28 juin, 1996, PIBD 1996, n° 621, III, p. 584.
- *CA paris 4^{ème} ch. 1^{er} fév. 1990, Ann.. Prop. Ind. 1993.*
- CA Paris 7 mars 1969, PIBD 1969 III, 261.
- CA Paris, 11 mai 1976, Annales 1977, n°2, p. 101.
- CA Paris, 18 janvier 1990, PIBD, 1990, III, p. 252; Cass. Com. 1987, D. 1987, IR. p. 136
- CA Bordeaux 2^{ème} ch. 24 sept. 1984 qui estime que « l'usage et l'équité imposent que le client se voie consentir un droit d'usage des sources ; CA Paris 25^{ème} ch. B, 25 janv. 1991, Juris-data, 20624.
- CA Douai , 16 mars 1967, D. 1967, jur., p. 637, note G. Plaisant.
- *CA Limoges, 1er juill. 1981, rejeté par Cass. crim., 15 avr. 1982 : PIBD 1982, III, 207 ; RTD com. 1982, p. 551).*
- CA Paris 22 Mai 1973, *Mobil Oil*, PIBD, n° 107, III, p. 197, Annales 1973, n° 3, p. 275, note P. Mathely.
- CA Paris 25 juin 1910, API, 1912, I, 26.
- CA Paris 4^{ème} ch. 3 juillet 1975 D. 1976 Somm. p. 19 ; Gaz. Pal. 1976, p. 43 note Calvo et Morelle.
- CA Paris, 15 févr. 1856 : *Ann. propr. ind.* 1856, p. 90

- CA Paris, 15 févr. 1856 : Ann. propr. ind. 1856, p. 90), Cass. com., 27 nov. 1931 : Ann. propr. ind. 1932, p. 173. - Cass. crim., 30 déc. 1931 : Ann. propr. ind. 1932, p. 70. - 12 juin 1974 : Bull. crim., n° 218. - 7 nov. 1974 : Bull. crim., n° 323)
- CA Paris, 4 mai 1994, PIBD, 1994, n°571. III. 415 ; voir aussi : Réponse ministérielle, JO Débats Ass. Nat., 16 juillet 1977, p. 4746.
- CA Versailles, 13^{ème} ch. 18 nov. 1999 *RIDA* 3/2000, p. 407 ; *Expertises* 2000, p. 30 *Legipresse* 2000, III, p.51 note Tafforeau ; *Conc. Com. Electr.* 2000, comm. 16, note Caron.
- CA Paris, 19 décembre 1995, PIBD 1996, n°617, III, p. 147. selon la directive interprétative C.IV.9.3 de l'OEB.
- CA Paris, 22 juin 1922, Annales 1922, n° 10, p. 346.
- CA Paris, 24 janv. 1975, PIBD 1975, III, p.323.
- CA Paris, 28 juin 1996, PIBD 1996, n° 621, III, p. 583.
- CA Paris, 29 nov. 1995, PIBD 1996, III,p.109.
- CA Paris, 7 mars 1965, D. 1966, p. 557, note Plaisant; CA Paris, 4ème Chambre 8 mars 1994, PIBD 1994, 569, III, p. 339
- CA Rennes 8 juillet 1929, DH 1929, 548.
- CA. Lyon 25 mai 1960, *Ann. Propr. Ind.* 1961, p. 11.
- CA. Lyon, 31 mars 1927, Ann. Propr. Ind. 1929, p. 166
- CA. Paris 18 fév. 1986, *Ann. Prop. Ind.* 1987 113 ; Paris 6juillet 1993, *PIBD* 1993, III, 669 ; Paris 5 mai 1988, *Ann. Prop. Ind.* 1988, 281 ; Dossiers brevets 1993.IV.5 ; JCP E, 1995, I, 471 n° II, Obs. **Burst et Mousseron**.
- CA. Paris, 6 mars 1975, Cosmao, *PIBD* 1975,n° 158, III, p. 418, DB, 1975, III, décision n° 7, *JCP*, éd. G. 1975, II, 19193, note **S. Vander-Heym** ; Annales 1975, n° 2, note **J-J Burst**
- Cour d'appel de Douai, 17 mai 1971, PIBD, 1972, n°81, III, p. 117.
- *T. com. Pontoise, 6 nov. 1967 : Gaz. Pal. 1968, 1, jurispr. p. 82, note A. Chavanne ; RTD com. 1968, p. 82)*
- T. Corr. Marseille, 12 déc. 1974, *JCP* 1975, II, 18061, note crit. G. Dillemann.
- T.civ. de seine 26 juillet 1933, *Gaz. Pal.* 1933, 2, 606
- TGI Créteil 1^{ère} ch. 4 mai 1999, *RIDA* 4/1999 p. 213.
- TGI Paris 10 avril 2002, Silex, *Droit de l'informatique et des systèmes d'information*, n°02-2.
- TGI Paris, 21 décembre 1974, PIBD 1975, n° 1152, p. 274.
- TGI Paris, 9 mai 1990, *PIBD* 1990, III. 558.

- TGI Strasbourg, 17 nov. 1965, DoC. Pharm. 1374.
- CA Bordeaux, 7 juin 1983 : JCP G 1983, II, 20087 ; JCP E 1984, II, 14167, note Seillan.
- CA Douai, 16 mars 1977 : DS 1977, p. 637)
- CA Paris, 15 Octobre 1992, JCP, 1992, Ed. E, panor. p. 434, n° 1352
- CA Paris, 27 mars 1996 et 17 avril 1996, D 1997, somm., 99, obs. Y. Serra ; Paris 7 juin 1995, D. 1996, somm. 287, obs. J-J Burst
- T. com. Seine, 28 juin 1873 : Ann. propr. ind. 1874, p. 181)
- *T. corr. Bordeaux 25 janv. 1989 : Juris-Data n° 1989-050951). CA Bordeaux, 7 juin 1983 : JCP E 1984, II, 14167, note Seillan ; RTD com. 1984, p. 273).*

ii. Cour de cassation

- Cass. 12 mars 1996, Thomannc/ Thomann ; Cass. 12 déc. 1995, Bull. Civ. IV, n° 291, p. 267
- Cass. Com, 12 mars 1996, PIBD 1996, III, p. 272.
- Cass. Com. 15 nove. 1994, PIBD 1995, n°581, III, p. 51.
- Cass. Com. 17 octobre 1995, PIBD 1996, n° 602, III, p. 34, DB 1995, Décision n° 5, Annales 1996, n°1, p.5,obs. Mathély P.
- Cass. Com. 22 mai 1973, PIBD, 1974, n°120, III, p. 77 .
- Cass. Com. 25 octobre 1950, *Bull. civ. III*, n° 306, p. 215, Cass. Com. 20 octobre 1964, *Ann. Prop.ind.* 1967, p. 3.
- Cass. Com. 30 juin 1992, PIBD, 1992, n°513.III.544.
- Cass.Com. 12 mars 1996, Thomann/ Thomann *PIBD* 1996, n° 611, III, p. 276.
- Cass.Com.3mai 1978, Annales, 1978, n°2, p. 157 .
- Cass. Com. 4 janvier 1994, *PIBD* 1994, III, p. 195.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 28 fév. 1984, *Bull. civ*, III, n°51.
- Cass. Com. 18 janv. 1972, Bull. civ. IV, n°26, p. 24
- Cass. Com. 1^{er} juin 1959, JCP, 59, II, 11 206, obs. J. Hémard
- Cass. Com. 25 Avr. 1967, annales 1968, p.283 et 284.
- Cass. Com. 5 déc. 1978, annales 1979, p.372.
- Cass. Com., 22 mai 1991 D. 1991, 428, note C. Gavalda
- Cass. Com., 23 mars, 1971, D. 1974, 40, note M. Alter
- Cass. crim., 15 avr. 1982 : PIBD 1982, III, 207)
- Cass. crim., 15 mars 1884 : Ann. propr. ind. 1888, p. 357.

- Cass. crim., 6 déc. 1923 : *Ann. propr. ind.* 1925, p. 124); CA Aix, 28 oct 1959 : *Gaz. Pal* 1960, 1, jurispr. p. 151.
- Cass.civ.7 janvier 1943, *D.* 1943, 132 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Sirey, Bibl. de droit commercial, n° 1, p. 3, obs. M. Pédamon
- Cass. 1^{ère} Civ. 15 janv. 1974 *D.* 1974, p. 267 ; Cass. Crim.. 2 juin 1982 , *Bull. crim.* N. 138.), TGI Paris, 1^{ère} ch. 26 avr. 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 2, p. 425 ; Cass. 1^{ère} civ.5 oct. 1994, *RIDA* 1/1995, p. 205). Cass. 1^{ère} civ. 2 mai 1989, *Coproসা*, *RIDA* 1/ 1990, p. 309).
- Cass. 1^{ère} civ. 17 octobre 2000, *JCP* 2000, IV n° 2786 ; Cass. Com. 31 mars 1954 ; Cass. Com. 29 mars 1950 ; Paris 4^{ème} ch. 2 avril 1981 ; Paris 4^{ème} ch. 18 mai 2001.
- Cass. 1^{ère} civ. 5 mai, 1993, *RIDA* oct. N° 158, p. 205.
- Cass. Ch. Réun. 29 nov. 1943, *Bull. Crim.* N° 136.
- Cass. Com. 13 juil. 1966, *JCP* 67 II. 15131, note Durand ; *Ann. propr. ind.* 1967. 227.
- Cass. Com. 2 juin 1964, *Gaz Pal.* 2 p. 325 ; *D.* 1964 p 757 1^{ère} esp. Note Voir aussi Cass. Com. 12 janv.1970 *Bull. civ.* IV n° 12 où les juges ont estimé que le système de repliement choisi n'excluait pas d'autres formes qui eussent changé la physionomie de la table en altérant les lignes. Plus récemment, voir CA Paris 4^{ème} ch. 19 nov. 1997 , *JCP E.* 1998 p. 1491 obs. F. Greffe
- Cass. com., 19 janvier 1981, *JCP* 1982 ed. Cl., II, 13715, obs. B. Stemmer.
- Cass. com., 18 janv.1966, *Annales* 1967,p.103 .
- Cass. Com., 22 janv. 1973, *D.* 1973, p. 217, bote X. L. ; Cass. Com. 1er déc. 1987 précité; Cass. Com. 21 oct.. 1997, *PIBD* 1998, III, p. 21 ; T. civ. de Seine 3^{ème} ch. 7 mars 1956, *D.* 1956, p. 459, 2^{ème} esp. Note P. Greffe.
- Cass. com., 27 nov. 1931 : *Ann. propr. ind.* 1932, p. 173. - Cass. crim., 30 déc. 1931 : *Ann. propr. ind.* 1932, p. 70. - 12 juin 1974 : *Bull. crim.*, n° 218. - 7 nov. 1974 : *Bull. crim.*, n° 323.
- Cass. Crim. 14 juin 1995, *Dt. Pén.* 1995. comm. 217
- Cass. Crim. 31 oct. 1962, *JCP* 1964, II, 13722, note Plaisant; *Ann. de prop. Ind.* 1965, p.51, note Blaustein ; Cass. Com., 1^{er} dec. 1987, *D.* 1988 somm. P. 394, 3^{ème} esp. Obs. Burst; CA Paris 4^{ème} ch. 4 juin 1958, *S.* 1958 p. 244.
- Cass. crim., 30 déc. 1931 : *Gaz. Pal.* 1932, 1, jurispr. p. 333. - 12 juin 1974 : *Bull. crim.*, n° 218. - 7 nov. 1974 : *Bull. crim.*, n° 323. Voir aussi la définition proposée par la Cour d'appel de Limoges pour qui « le secret de fabrique est un procédé de fabrication offrant un intérêt pratique et commercial pour l'entreprise qui le met en œuvre et tenu caché des concurrents qui ne le

connaissaient pas avant sa violation » (CA Limoges.1^{er} juil. 1981, *PIBD* 1982, III, 207).

- Cass. crim., 6 déc. 1923 : *Ann. propr. ind.* 1925, p. 124 ; CA Aix, 28 oct 1959 : *Gaz. Pal* 1960, 1, jurispr. p. 151 ; CA Douai, 16 mars 1977 : *DS* 1977, p. 637); Cass. crim., 15 avr. 1982 : *PIBD* 1982, III, 207 ; CA Bordeaux, 7 juin 1983 : *JCP G* 1983, II, 20087 ; *JCP E* 1984, II, 14167, note Seillan).
- Cass. crim., 7 nov. 1974 : *Bull. crim.*, n° 323.
- Cass. soc. 4 déc. 1990, *Bull. civ.* n° 608 ; 25 janv. 1994, *Bull. civ.* n° 22 et 16 mars 1994, *Bull. civ.* n° 98 et 99.
- Cass. Soc., 21 déc. 1951 : *JCP G* 1952, II, 7014 note Ourliac et de Juglart.

iii. Conseil d'Etat

- CE 12 janvier 1990, n° 57754 Société Agrippine France : *JCP E* 1991, II, 105, concl. Racine. *Dr. Fiscal* 1990, n°28, comm. 1368 ; *RJF* 3/1990, n° 253.
- CE 8^{ème} et 9^{ème} sous sections, 12 mars 1969, n°75757.

b. Juridictions étrangères

i. Australie

- Foster c. Mountford (1976) 29 FLR 233.
- Milpurrurru c. Indofurn Pty Ltd (1995) 30 IPR 209, (1995) 91-116 CCH Australian Intellectual Property Cases 39,051; Miller “ Collective ownership of the copyright in Spiritually Sensitive Works: Milpurrurru v. Indofurn Pty Ltd” (1995) 6 U.N.S.W. Law Journal 185.
- Bulun Bulun & Milpurrurru c. R & T Textiles Pty Ltd (1998) 41 IPR 513.
- Bulun Bulun c. Flash Screenprinters (affaire examinée dans (1989) EIPR Vol 2, pp. 346-355).

c. Juridictions spécialisées.

- CRT 3.2.4. 13 mai 1990, T. 517,/90.
- Décision T 447/92, Air circuit breaker contre Mitsubishi, *JO OEB*, 1994, ed. spéciale, p. 23
- OEB Ch. CRT. 23 juillet 1993, T.. 830/90 : *JO OEB* N° 10 oct. 1994. 713. *PIBD* 1995, III, p. 63.

- OEB CRT 3.2.2., 26 février 1990, T. 31587/ DB 1990.
- OEB CRT. 18 décembre 1992, D. 1993, somm. 376, obs. Mousseron et Schmidt ; PIBD 1993, III, p. 451.
- OEB, CRT 3.3.3., 14 février 1996, T. 39/93, Poudre polymère /Allied Colloids Limited, JO OEB 1997, p. 134.
- Commission des recours techniques (CRT) 3.3.1., 14 Octobre 1987, T., 116/85, Porcsl/ Wellcome, JO OEB 1989, p., 13, PIBD 1989 n° 453, Pratique.

7. CODES ET LOIS ETRANGERS.

a. Autres pays européens

- Décret-loi Portugais n° 118 du 20 avril 2002.
- Loi du 28 avril 2005 modifiant la loi du 25 mars 1984 sur les brevets d'invention. www.ige.ch/jurinfo/documents/j100143f.pdf, articles 49 a, 81a, et 138 ; pour la rapport explicatif de cet avant projet de loi, voir www.ige.ch/jurinfo/documents/j10014.pdf, p. 87.
- Réponse du Ministre de l'Économie, de l'Énergie, du Commerce extérieur et de la Politique scientifique du Royaume de Belgique ; Question n° 3-3876 de Jacinta De Roeck du 5 décembre 2005, Bulletin 3-65, Session de 2005-2006.
- Loi Norvégienne sur les brevets d'invention : *LOV OM PAPENTER* n°9 du 15 décembre 1967, le 19 décembre 2003 puis le 20 mai 2004. Modification consultables sur www.patentstyret.no

b. Etrangers.

i. Etats-Unis

- Code des Etats-Unis d'Amérique (USC), article 102 du titre 35 du relatifs aux « conditions de brevetabilité; nouveauté et perte du droit aux brevets ».

ii. Amérique latine¢rale.

- Costa Rica : Loi n° 7788 du 23 avril 1998 sur la biodiversité.

- Communauté andine : Décision 391 sur le régime commun concernant l'accès aux ressources génétiques.
- Communauté andine : Décision 486 sur le patrimoine biologique et génétique et les savoirs traditionnels.
- Panama : Loi n° 15 du 8 Août 1994 portant approbation de la loi sur les droits d'auteur des droits voisins et énonçant d'autres dispositions, article 2.11 sur la définition des expressions du folklore.
- Bolivie : Loi n° 12 du 29 avril 1992 sur le droit d'auteur.
- Brésil : Loi 306/95 qui a été approuvée par le Sénat en 1998.

iii. Asie

- Thaïlande : Loi sur la protection et la promotion des données médicinales traditionnelles thaïes (B.E. 2542).
- Philippines : Republic Act 8371 sur les droits de peuples autochtones et la « Executive order 247 ».
- Laos : Décret sur les ressources biologiques et les savoirs traditionnels y afférents.
- Australie: Loi de 1984 sur la protection du patrimoine des populations aborigènes et insulaires du détroit de Torres
www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/aatsihpa1984549.txt.
- Barbade : Loi sur le droit d'auteur de 1981-1982 portant réforme et actualisation de la loi sur le droit d'auteur et de la Loi sur les questions similaires ou connexes (22 janvier 1982).
- Chine :

iv. Afrique

- Législation type africaine concernant la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des obtenteurs, et la réglementation de l'accès aux ressources biologiques (2000)
- Angola : Loi n° 4/90 du 10 mars 1990 sur les droits d'auteurs.
- Burkina-Faso : Ordonnance portant protection du droit d'auteur (n°83-16 CNR. PRES, du 29 septembre 1983) telle que rectifiée par l'Ordonnance n° 84-12 CNR. PRES, du 29 février 1984.
- Malawi : Loi n°9 du 26 avril 1989 sur le droit d'auteur, modifiée par la loi n° 2 de novembre de la même année.

- Mail : Ordonnance du 12 juillet 1977 fixant le régime de propriété littéraire et artistique.
- Lesotho : Ordonnance n° 13 de 1989 sur le droit d'auteur , section 2
- Tunisie : Loi n°94-36 du 24 Février 1994 relative à la propriété littéraire et artistique.
- Algérie : Ordonnance n° 73-14 du 3 avril 1973 relative au droit d'auteur.
- Bénin : Loi du 15 mars 1984 relative à la protection du droit d'auteur.
- Burundi : Décret-Loi n° 1/9 du 4 mai 1978 portant réglementation des droits d'auteur et de la propriété intellectuelle au Burundi
- Cameroun : Loi n° 82-18 du 26 novembre 1982 relative au droit d'auteur et aux droits voisins du droit d'auteur.
- République centrafricaine : Ordonnance n° 85. 002 du 5 janvier 1985 sur le droit d'auteur , article 9 qui fournit une définition du folklore.
- Congo : Loi du 7 juillet 1982 sur le droit d'auteur et les droits voisins.
- Ghana : Loi du 21 mars 1985 sur le droit d'auteur .
- Guinée, Loi du 9 Août 1980 portant adoption des dispositions relatives au droit d'auteur et aux droits voisins en république populaire révolutionnaire de Guinée.
- Côte d'Ivoire : Loi n° 78-634 du 28 juillet 1978 portant protection des œuvres de l'esprit.
- Kenya : Loi sur le droit d'auteur de 1966 telle que modifiée jusqu'en 1989.
- Libéria : Loi du 24 mai 1972 sur les brevets, le droit d'auteur et les marques, articles 2.1 et 8
- Maroc : Dahir de 1970 relatif à la protection des œuvres littéraires et artistiques.
- Rwanda : Loi du 15 novembre 1983 régissant le droit d'auteur.
- Sénégal : Loi n° 73-52 du 4 décembre 1973 relative à la protection du droit d'auteur, telle que révisé par la Loi n° 86-05 du 24 janvier 1986.
- République démocratique du Congo, Ex-Zaire : Ordonnance-Loi du 5 avril 1986 portant protection des droits d'auteur et des droits voisins.
- Togo : Loi n° 91-12 du 10 juin 1991 portant protection du droit d'auteur, du folklore et des droits voisins.

v. Autres.

- Brevet Américain n° US 60/64,445, du 20 janvier 2005, ayant donné lieu à une demande internationale, publiée le 27 juillet 2006 sous le N° WO 2006/079056A1.
- Directive C. IV. 7.2. : « *En ce qui concerne la nouveauté, il n'est pas correct d'interpréter l'enseignement d'un document comme englobant les équivalents bien connus qui ne sont pas exposés dans l document : cela est une question d'activité inventive.* »
- Directive de l'OEB (C. IV 7.1)
- Directive de l'OEB, (C.IV.9.1)
- Directive interprétative de l'OEB C. IV. 9. 5.
- Directive interprétative de l'OEB C.IV. 9.6

10. WEBOGRAPHIE.

- www.ciel.org/Biodiversity/ayahuascapatentcase.html
- www.hapmap.org sur le projet : « data access policy for the international HapMap project ».
- www.ias.unu.edu, site de l'Université des Nations Unies.
- www.singer.cgiar.org/.
- www.wto.org/french/tratop_f/trips_/public_health_mitif_export_fthm
- <http://www.ustr.gov/regions/asia-pacific/text.pdf>
- web: <http://www.grain.org/gtbc-f.htm>
- www.ip-watch.org/weblog
- <http://www.austlii.edu.au>.
- <http://www.celog.fr/expertises/sommaires/96/articles200/GALLOUX.HTM#1>
(consulté le 15 juin 2004 à 16h 26)
- http://www.editions-legislatives.fr/aj/dossiers_juridiques.
- <http://www.légifrance.gouv> (consulté le 22 avril 2004 à 15h 32) pourvoi n° 01-86760
- <http://www.nuffic.nl/ik-pages> Centre pour la recherche internationale et les réseaux de conseil.
- <http://www.unesco.org> (visité le 24 mars 2002)
- <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/2003/fs134/fr/> (1^{er} mai 2003)
- <http://www.wipo.int/tk/en/laws/index.html>.
- <http://www.ordre.pharmacien.fr/upload/syntheses/93.pdf> (visité le 23 février 2004).

- Nuffic Ciran ; [http://www. Nuffic.nl/ik-pages/info3.html](http://www.Nuffic.nl/ik-pages/info3.html)
- www.idh.org/annualrep/96fren/chapitre4htm
- www.ethnopharmacology.org (consulté le 17/09/04 à 15h 07)

INDEX

A

activité inventive, 70, 80, 117, 118, 140, 239, 300, 321, 333, 334, 335, 336, 337, 344, 348, 349, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 365, 366, 377, 378, 379, 381, 382, 383, 384, 392, 400, 402, 403, 408, 414, 421, 494, 497
affectation communautaire, 320
agent juridique, 285, 318, 321, 382, 497
agents juridiques, 318, 319, 490
application technique, 122, 191, 196, 202, 242, 319
autodétermination, 24, 95, 249, 250, 251, 258

B

Banque mondiale, 22, 23, 333
bien immatériel, 222, 226, 227, 241, 242, 265, 307, 319, 357
biens incorporels, 13, 225, 387
biopiraterie, 17, 29, 30, 287, 344, 348, 427, 473, 492
bouillon original, 25, 119

C

caractère collectif, 258, 321, 345, 497
caractère communautaire, 246, 266, 269, 273, 292, 319, 321
caractère intergénérationnel, 321, 346, 497
champ, 10, 11, 29, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 46, 47, 48, 51, 61, 64, 66, 74, 75, 79, 88, 89, 92, 97, 105, 107, 110, 114, 117, 125, 126, 128, 136, 137, 138, 141, 144, 147, 152, 153, 157, 167, 183, 186, 187, 189, 190, 193, 196, 201, 211, 212, 229, 230, 231, 236, 244, 256, 274, 295, 298, 299, 329, 339, 356, 363, 380, 381, 384, 389, 411, 413, 448, 468, 475, 494
champ juridique, 36, 38, 41, 42, 43, 46, 129, 136, 137, 141
champ scientifique, 37
Chine, 18, 64, 78, 161, 175, 176, 289, 292, 293, 295, 458
communauté traditionnelle, 22, 92, 115, 140, 143, 165, 171, 245, 246, 247, 249, 251, 253, 254, 255, 256, 257, 273, 274, 276, 281, 282, 283, 284, 290, 292, 295, 299, 300, 303, 307, 318, 319, 320, 331, 345, 347, 351, 368, 378, 382, 383, 385, 386, 388, 394, 400, 402, 403, 447, 450, 451, 462, 463, 467, 477, 478, 487, 490, 492
communautés autochtones Voir communautés traditionnelles, communautés traditionnelles, 18, 23, 28, 31, 32, 42, 64, 92, 93, 122, 142, 219, 247, 254, 255, 258, 259, 261, 271, 272, 273, 282, 283, 284, 285, 289, 292, 301, 304, 305, 306, 320, 322, 331,

334, 337, 340, 341, 343, 356, 369, 372, 377, 378, 400, 403, 404, 446, 447, 449, 450, 452, 455, 457, 462, 463, 464, 477, 480, 483, 484, 487, 490, 495, 497
condition émergente de brevetabilité, 476, 498
connaissance appliquée, 3, 4
connaissances techniques, 2, 10, 11, 19, 23, 25, 87, 103, 193, 194, 196, 202, 340, 498
connaissances utiles, 9, 13, 25, 196, 202, 489
construction aristotélicienne, 321, 497
Convention d'Union, 264, 345, 497
Convention de Rio, 21, 65, 240, 498, 499
Convention sur la diversité biologique, 23, 50, 51, 58, 105, 125, 170, 287, 334, 406, 409, 411, 413, 414, 415, 422, 434, 435, 440, 441, 442, 443, 444, 447, 448, 450, 451, 454, 461, 462, 473, 478, 491, 492, 494, 495, 498, 499
criblage moléculaire, 14, 351

D

détenteurs de savoirs traditionnels, 26
différence spécifique, 126, 187, 189, 244
divulgaration, 63, 114, 122, 160, 165, 228, 240, 310, 311, 344, 346, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 366, 367, 368, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 377, 379, 382, 384, 400, 403, 406, 408, 409, 410, 412, 414, 415, 417, 420, 422, 424, 425, 428, 429, 430, 432, 433, 435, 438, 439, 440, 442, 453, 486, 492, 495, 498
documentation, 183, 193, 208, 239, 254, 271, 295, 346, 353, 366, 371, 400, 403, 466
dossier toxicologique, 15
droit coutumier, 27, 45, 129, 130, 143, 144, 145, 157, 165, 169, 178, 179, 180, 181, 182, 184, 186, 259, 260, 277, 294, 316, 321, 347, 393, 422, 450, 479, 496
droit moral, 273, 278, 283, 298, 301, 302, 303, 304, 305, 311, 489, 495

E

équité, 35, 107, 166, 171, 213, 405, 442, 443, 444, 445, 446, 451, 452, 453, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 472, 474, 475, 476, 480, 482, 484, 487, 490, 492, 493, 495, 498, 499
espaces de normativité, 321, 496
exploitation commerciale, 51, 60, 171, 266, 328, 331, 489, 495

F

fichiers clients, 13

H

herboriste, 67, 73, 74, 75, 79, 87, 95
herboristes, 67, 73, 74, 75, 83, 84
Hoodia, 90, 170, 336, 339, 353, 473, 474

I

individualisation, 4, 216, 231, 232, 233, 273, 283, 285, 288, 292
informations confidentielles, 100, 125, 159, 310
internormativité, 151, 152, 153, 154, 155, 157, 162, 163, 165, 167, 168, 184, 186, 452, 456, 457
interprétation de la règle de droit, 46, 125
inventions biotechnologiques, 50, 81, 118, 416, 424, 436, 437, 456, 480, 488, 492, 500

K

Know-how, 2, 9, 10

L

l'accord sur les ADPIC, 51, 61, 62, 321, 338, 348, 429, 431, 432, 433, 461, 484, 485, 497
le champ politique, 36
le champ scientifique, 36
licence, 71, 103, 196, 226, 232, 233, 239, 264, 285, 312, 353, 395, 396, 397, 398, 472, 473, 485, 487, 488
lignes directrices de Bonn, 289, 413, 435, 441, 480, 491
loi brésilienne, 277, 312, 315
loi portugaise, 289
loi type africaine, 289
loi-type africaine, 54, 55, 57, 315
loyauté, 97, 465, 466, 467, 469, 495

M

matériel génétique, 26, 62, 63, 64, 164, 209, 287, 288, 289, 407, 424, 430, 432, 434, 435, 437, 442, 445, 448, 457, 476, 479
médecine traditionnelle, 14, 21, 40, 52, 57, 78, 91, 172, 175, 176, 214, 255, 289, 290, 291, 312, 313, 314, 365, 371, 374
médicaments, 13, 14, 15, 16, 67, 68, 70, 71, 72, 74, 75, 76, 77, 84, 85, 87, 124, 237, 291, 292, 313, 314, 315, 340, 353, 380, 431, 432, 485, 488
modérateur, 8, 163, 183, 184, 457

N

négociation contractuelle, 19, 239, 446, 465
négociation des contrats, 405, 460, 490

O

obligation négative de non atteinte, 320
ordre juridique, 3, 38, 41, 45, 94, 106, 126, 131, 133, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 144, 150, 152, 153, 154, 156, 163, 167, 178, 183, 186, 240, 264

P

partage équitable des bénéfices, 52, 92, 441
personnalité juridique, 160, 177, 243, 247, 248, 250, 251, 253, 254, 257, 266, 276, 277, 282, 449, 463, 464, 490
pharmacomodulations, 15
plantes médicinales, 3, 28, 52, 58, 67, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 99, 120, 214, 271, 287, 291, 371
population autochtone, 24
populations autochtones, 24, 44, 91, 121, 249, 362, 409, 492
pouvoir d'exclusivité, 308, 310, 311, 313, 318, 385
praticité, 190, 191, 192, 195, 196, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 212, 213, 214, 215, 216, 218, 222, 223, 224, 226, 231, 234, 238, 239, 242, 246, 266, 270, 273, 281, 292, 300, 319, 321, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 342, 344, 345, 349, 351, 352, 355, 356, 378, 494, 497, 499
produits pharmaceutiques, 14, 68, 473, 485, 487
protopersonne juridique, 317
pyramide des normes, 131, 134, 137, 184

R

recherche appliquée, 5, 6, 7, 13, 328
recherche fondamentale, 5, 6, 7, 13, 17, 78, 327, 328, 329
recherche pharmaceutique, 16, 24, 28, 69, 80, 84, 85, 87, 209
recherche scientifique, 5, 6, 14, 16, 17, 52, 55, 68, 69, 235, 328, 329, 371, 380, 450, 473, 478
rectification, 500
redistribution, 462, 464, 495
réhabilitation permanente, 129, 130, 155, 165, 184
réification, 81, 191, 216, 218, 221, 222, 224, 225, 229, 251, 321, 357, 389, 496, 497
réseau, 92, 130, 131, 137, 140, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 155, 156, 157, 162, 180, 181, 183, 186, 187, 229, 370, 422, 441, 497
ressource biologique, 369, 374
ressource génétique, 19, 217, 423, 425, 426, 427, 428, 436, 437, 438, 444, 451, 453, 456, 475
révolution industrielle, 5, 7, 27

S

savoir-faire traditionnel, 1, 2, 3, 4, 7, 15, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 31, 32, 33, 35, 36, 39, 40, 41, 42, 44, 46, 47, 48, 352, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 366, 367, 370, 378, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 388, 389, 391, 392, 393, 395, 396, 397, 399, 400, 402, 403, 404, 407, 408, 409, 418, 424, 428, 433, 436, 438, 440, 442, 443, 444, 445, 447, 448, 450, 451, 452, 455, 456, 459, 462, 463, 464, 465, 467, 468, 469, 472, 473, 474, 475, 476, 482, 487, 488, 489, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500

savoirs autochtones, 21, 26, 53, 120, 121

savoirs traditionnels, 3, 4, 13, 17, 18, 19, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 32, 36, 40, 41, 42, 44, 47, 49, 50, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 66, 80, 82, 89, 90, 91, 92, 99, 100, 101, 103, 105, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 142, 165, 176, 180, 204, 210, 214, 221, 224, 239, 245, 253, 255, 259, 265, 266, 271, 272, 273, 277, 279, 281, 282, 287, 293, 294, 295, 297, 298, 299, 300, 306, 309, 310, 311, 312, 314, 315, 318, 320, 322, 331, 341, 342, 358, 359, 360, 361, 365, 367, 368, 370, 371, 372, 373, 375, 376, 379, 385, 392, 393, 400, 403, 405, 409,

410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 422, 427, 428, 430, 433, 436, 437, 438, 442, 449, 468, 471, 480, 484, 496, 498

solidarisme contractuel, 465, 475

source coutumière, 35, 45, 93, 125, 126, 129, 130, 131, 134, 135, 136, 137, 138, 142, 143, 144, 145, 151, 155, 156, 157, 159, 167, 169, 170, 176, 178, 181, 184, 186, 244, 260, 321, 441

souveraineté des Etat, 490

T

transnationalité, 23, 247, 258, 259, 265, 277

transparence, 200, 405, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 428, 429, 434, 435, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 453, 464, 475, 486, 487, 492, 493, 494, 495, 498, 499

U

Union Européenne, 51, 52, 456, 485, 494

utilité, 3, 8, 11, 15, 16, 20, 25, 30, 35, 38, 53, 86, 110, 114, 124, 148, 162, 170, 177, 190, 191, 202, 203, 204, 213, 215, 236, 241, 242, 252, 261, 298, 301, 338, 342, 370, 377, 383, 408, 421, 467, 479, 490

TABLE DES MATIERES

Le savoir-faire traditionnel.....	1
Introduction	2
I. GENESE DE LA PROBLEMATIQUE.	5
II. LE RENOUVEAU DE LA PROBLEMATIQUE.....	13
III. JUSTIFICATION DE L'ETUDE.	19
Partie 1. LA NOTION DE SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL	34
Titre 1 EXISTENCE D'UNE REALITE JURIDIQUE DIFFUSE.....	40
Chapitre 1. UNE EVICTION DISCUTABLE DES NORMES ET REGLES RELEVANT DE LA SOURCE COUTUMIERE.....	44
Section 1. Une approche par l'activité d'édiction de la règle de droit.	46
Paragraphe 1. L'impulsion internationale.	46
A. Une réglementation à valeur contraignante.....	48
1. L'activisme des organisations internationales spécialisées.....	49
2. L'implication des Organisations régionales.....	52
B. Des textes à valeur plus ou moins déclaratoire	56
1. Des textes spécifiques.	56
2. Les limites de l'approche déclaratoire.....	61
Paragraphe 2 Un relais national à géométrie variable	66
A. Le tarissement de la matière.	67
1. Un tarissement organisé.....	67
2. Un tarissement relatif.....	79
B. La permanence de la question des savoir-faire traditionnels.	89
Section 2. L'approche par l'activité d'interprétation.	93
Paragraphe 1. L'interprétation par l'autorité publique.	94
A. Une approche systémique du savoir-faire traditionnel.	96
1. Une invisibilité totale dans l'ordre judiciaire due à l'absence de textes pertinents.	96
2. Une invisibilité totale due à l'interprétation systémique des textes collatéraux.	102
B. L'interprétation par l'autorité publique : une approche fonctionnelle du savoir-faire traditionnel.....	103
Paragraphe 2. L'approche doctrinale du savoir-faire traditionnel.....	107
A. Les définitions « fourre-tout ».....	109
1. Le savoir-faire traditionnel en tant que notion générique.	110
2. Le savoir-faire traditionnel, une notion résiduelle.	115
B. Une prometteuse différenciation embryonnaire.	120
CONCLUSION CHAPITRE 1	125
Chapitre 2. UNE REHABILITATION NESSECAIRE DES REGLES ET NORMES RELEVANT DE LA SOURCE COUTUMIERE.	127
Section 1. Tentative de réhabilitation permanente des règles et normes relevant de la source coutumière.....	129
Paragraphe 1. L'obstacle de la pyramide.....	131
A. Brève présentation du système pyramidal.	131
B. Les manifestations du système pyramidal.	135
1. La validité des règles et normes coutumières au regard de la pyramide.	135
2. La conformité de la règle ou de la norme coutumière au regard de la pyramide. ..	137
Paragraphe 2. Les tentatives de dépassement de l'obstacle.....	142
A. Les propositions fragmentaires.	142
1. La voie faussement autoritaire.	142
2. La voie incitative.....	143
B. Le recours à la conception réticulaire du droit.	145
1. Le ressort systémique : le concept de droit en réseau.....	146
2. Le décloisonnement par l'application du concept de réseau.....	150
a. Le réseau, un espace d'internormativité.	151
b. Internormativité et pluralité de champs juridiques dont relèvent les règles et normes régissant les savoir-faire traditionnels.	154

Section 2. Tentative de réhabilitation sélective des règles et normes relevant de la source coutumière.....	156
Paragraphe 1. La consécration jurisprudentielle des normes et règles coutumières.	157
A. L'importance du rôle du juge.	157
B. Le contenu du rôle du juge.	163
1. Le juge : modérateur de l'internormativité endogène.....	163
2. le juge promoteur d'une internormativité exogène.....	165
Paragraphe 2. La consécration légale des règles coutumières : un supplétif utile à l'activité du juge.	169
A. Les principes et objectifs internationalement définis en matière de protection des savoir-faire traditionnel.	170
1. Typologie des principes.	170
2. La relation principes-objectifs gage d'une souplesse de la législation nationale.	174
B. Les limites naturelles de la consécration légale des règles et normes de source coutumière.....	178
1. Conception hiérarchique des sources.....	178
2. Une approche statique des règles et normes relevant de la source coutumière.	181
CONCLUSION CHAPITRE 2.....	184
CONCLUSION DE TITRE I.....	186
Titre 2. DETERMINATION DE LA NATURE DU DROIT PORTANT SUR LE SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL.....	186
Chapitre 1. LA PRATICITE, ELEMENT OBJECTIF DE LA DETERMINATION.....	189
Section 1. La mutation du critère d'application technique en critère de « praticité ».	191
Paragraphe 1. Insuffisance du critère de technicité comme critère du savoir-faire.	192
A. Le caractère réducteur du critère de technicité du savoir-faire.	193
B. Le caractère artificiel du critère de technicité comme critère du savoir-faire.	196
1. Les avatars du savoir-faire en droit français.....	197
2. L'élargissement de la notion de secret de fabrique.....	201
Paragraphe 2. La praticité, critère unique de définition du savoir-faire.	202
A. La praticité, un critère cohérent de définition.	202
1. La praticité, un critère rigoureux.....	202
2. La praticité, un critère fédérateur.....	205
B. La praticité, un critère opportunément inopérant.....	206
1. La nécessité d'une illustration spécifique de la praticité.....	206
2. La variété des illustrations spécifiques.....	210
Section 2 La praticité: traduction du caractère substantiel du savoir-faire traditionnel..	216
Paragraphe 1. La praticité, reflet de la valeur économique.	216
A. Essai de réification du savoir-faire traditionnel.	218
1. Le savoir-faire traditionnel : une chose immatérielle.	218
2. Le savoir-faire traditionnel : un bien immatériel.....	222
B. Conséquences de la réification du savoir-faire traditionnel.....	225
1. Le rapprochement entre la définition juridique et économique du savoir-faire.....	225
2. Les limites de l'assimilation du savoir-faire traditionnel à un bien immatériel.	226
Paragraphe 2. La praticité et l'identification d'un bien juridique.	231
A. La méthode d'individualisation du savoir-faire traditionnel.	232
B. Individualisation du savoir-faire traditionnel et le caractère substantiel.....	234
1. Identification de la praticité : importance du signifiant.....	234
2. Identification de la praticité, importance du signifié.....	238
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	242
CHAPITRE 2. LA TITULARITE : DETERMINANT SUBJECTIF DU SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL.....	244
Section 1. La communauté traditionnelle en tant que titulaire de « droits » sur le savoir-faire traditionnel	246
Paragraphe 1. Identification de la communauté traditionnelle.	247
A. Une personnalité juridique souhaitable mais pas nécessaire.....	247
1. L'influence des pesanteurs politiques.....	247
2. La conception fonctionnelle de la personnalité juridique de la communauté traditionnelle.....	253
B. La question de la transnationalité.....	258

1.	Position du problème de la transnationalité.....	258
2.	La solution envisagée.....	261
A.	La construction du caractère communautaire.....	266
1.	L'adéquation du mécanisme de l'affectation.....	267
2.	Application du mécanisme de l'affectation.....	270
B.	Les conséquences du caractère communautaire.....	273
1.	La consécration d'un agent juridique.....	274
a.	La notion de pouvoir.....	274
b.	L'adéquation de la notion de pouvoir.....	277
2.	Une individualisation trompeuse : le cas de l'Etat et des organismes de recherche gouvernementaux.....	285
3.	L'agent juridique exerçant un droit privatif inopérant.....	292
a.	Le droit de propriété intellectuelle traditionnelle (DPIT) : une invention juridique à parfaire.....	293
Section 2.	Les membres de la communauté en tant que titulaires de prérogatives.....	307
Paragraphe 1.	Fondements et teneur du pouvoir d'exclusivité.....	308
A.	Les fondements du pouvoir d'exclusivité.....	308
B.	La teneur du pouvoir d'exclusivité.....	310
Paragraphe 2.	Les limitations du droit d'exclusivité.....	313
CONCLUSION CHAPITRE 2.....		317
CONCLUSION DU TITRE. 2.....		319
CONCLUSION DE LA 1 ^{ère} PARTIE.....		321
Partie 2.	L'EXPLOITATION DU SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL.....	327
Titre 1	L'EXPLOITATION AU REGARD DES CONDITIONS CLASSIQUES DE BREVETABILITE.....	331
CHAPITRE 1 ^{ER}	L'APPLICATION CONTROVERSEE DES CONDITIONS CLASSIQUES DE BREVETABILITE 333	
Section 1.	Le caractère industriel du savoir-faire traditionnel.....	334
Paragraphe 1.	Approche positive de la praticité brevetable.....	335
A.	La praticité : improbable substitutif de la condition d'invention.....	335
B.	La praticité renforcée par l'exigence d'application industrielle.....	338
Paragraphe 2.	Approche négative de la praticité brevetable.....	340
A.	Les exclusions naturelles.....	340
B.	Les exclusions principielles.....	342
Paragraphe 1.	La nouveauté du savoir-faire traditionnel.....	344
A.	La contrainte de l'oralité du savoir-faire traditionnel.....	345
B.	L'obstacle de l'immémorialité du savoir-faire traditionnel.....	346
Paragraphe 2.	L'activité inventive du savoir-faire traditionnel.....	348
A.	Détermination de l'état de la technique le plus proche.....	349
1.	L'identification de l'Homme du métier.....	349
B.	Approche empirique de la non évidence de la praticité brevetable.....	352
1.	L'approche classique Problème-solution.....	352
2.	La particulière adéquation de l'approche par les indices.....	354
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....		356
CHAPITRE 2	LA DESTRUCTION DES CONDITIONS CLASSIQUES DE BREVETABILITE. 358	
Paragraphe 1.	L'utilisation « fusible » de la divulgation.....	359
A.	La fixation des savoir-faire traditionnels.....	359
1.	Le support de la fixation.....	359
2.	Le contenu de la fixation.....	366
B.	Les destinataires éventuels de la fixation.....	367
Paragraphe 2.	La renonciation au titre de propriété industrielle du fait de la divulgation.....	370
B.	L'acquisition éventuelle de droits <i>sui generis</i>	372
1.	L'acquisition de droits par l'effet de la loi.....	373
2.	Le maintien des droits par la prudence des divulgateurs.....	375
Section 2.	La destruction de la nouveauté et de l'activité inventive en présence d'une menace de brevet.....	377
Paragraphe 1.	La contestation des droits et titres de propriété intellectuelle.....	378

A.	La contestation sans titre.....	378
1.	La contestation d'un droit de propriété intellectuelle par une situation de fait....	379
2.	Contestation d'un droit de propriété intellectuelle par une simple demande de brevet.....	383
B.	La contestation par la propriété : contestation par titre.....	385
1.	La confrontation entre droit de propriété et droit des brevets.	385
2.	Confrontation entre droit de propriété intellectuelle traditionnelle et droit des brevets.	391
Paragraphe 2.	Les conséquences de la contestation.	394
A.	La contestation : facteur de risques.	395
B.	La place spécifique des risques fiscaux en France.	398
	CONCLUSION DU CHAPITRE 2	400
	CONCLUSION DU TITRE 1 ^{er}	402
Titre 2 ^{ème}	L'EXPLOITATION AU REGARD DES CONDITIONS EMERGENTES EN MATIERE DE BREVET : L'INFLUENCE DES TECHNIQUES CONTRACTUELLES	405
CHAPITRE 1.	LA TRANSPARENCE DANS L'EXPLOITATION DU SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL. 408	
Section 1.	L'expression de la condition de transparence.	409
Paragraphe 1.	L'effet d'entraînement des contrats.	409
A.	L'impulsion des contrats de bioprospection.	409
B.	L'amplification par les conventions internationales.	411
Paragraphe 2.	L'identification des dispositions cibles.....	417
B.	Les dispositions spécifiques au commerce international.	421
Paragraphe 1.	La traduction textuelle de la divulgation d'origine.	424
A.	Une complexité aux effets incertains.	424
Paragraphe 2.	L'affermissement de la condition de transparence.	434
A.	Le rôle irradiant de la Convention sur la diversité biologique.....	434
B.	La question du seuil de déclenchement de l'exigence de transparence.	438
CONCLUSION DU CHAPITRE 1		441
CHAPITRE 2.	L'EQUITE DANS L'EXPLOITATION DU SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL 442	
Section 1.	La manifestation de l'exigence d'équité.....	443
Paragraphe 1.	Le consentement préalable aux clauses de répartition des bénéfices.....	445
A.	L'existence du consentement préalable.....	445
B.	La preuve objectivée du consentement préalable: le recours au mécanisme de la certification.....	451
1.	Le caractère progressiste de la certification en matière de consentement préalable. 452	
2.	La réception de la certification en Europe par la mise en œuvre d'une internormativité.....	456
Paragraphe 2.	La qualité du consentement aux clauses de répartition des bénéfices.....	458
A.	Une qualité largement influencée par les accords bilatéraux.....	459
Section 2.	L'effectivité de l'équité dans la brevetabilité des savoir-faire traditionnels.	464
A.	L'équité : expression d'une obligation de loyauté.	465
B.	L'équité : révélateur de l'équilibre contractuel.....	467
Paragraphe 2.	Le nouveau contrôle <i>a priori</i> externe de l'équité.....	469
A.	Les moyens de contrôle.	469
A.	La nature du contrôle	470
B.	L'assiette du contrôle.	471
1.	Le renforcement des capacités.....	476
a.	Le renforcement des capacités de négociation.	477
b.	Le renforcement des capacités de compréhension.	479
a.	L'éthique au soutien de l'équité dans les rapports d'Etat à Etat.....	480
b.	L'éthique au soutien de l'équité dans les rapports de particulier à particulier. .	482
c.	L'affirmation d'un objectif permanent de la bioprospection.....	484
CONCLUSION DU CHAPITRE 2		490
CONCLUSION TITRE 2 ^{ème}		492
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....		494
CONCLUSION GENERALE		496

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE	501
1. OUVRAGES GENERAUX.....	501
2. OUVRAGES SPECIAUX MONOGRAPHIES THESES & MEMOIRES	502
3. ARTICLES CHRONIQUES, RAPPORTS & CONFERENCES	508
4. DOCUMENTS ET RAPPORTS D'INSTITUTIONS SPECIALISEES	532

Français :

Les communautés traditionnelles et leurs connaissances médicinales défient le droit privé et le droit de la propriété industrielle depuis la signature de la Convention sur la diversité biologique de 1992. La question de la bioprospection et de la biopiraterie fait l'objet d'un important débat dans les Organisations internationales. Elle n'a pourtant que très peu d'écho en droit français. De fait, le savoir-faire traditionnel y est quasi inexistant en tant que notion autonome. Il relève pourtant d'une sorte de permanence dont on peut rendre compte à travers son caractère intrinsèquement affecté à la communauté traditionnelle et la notion opportunément ouverte de savoir-faire. Ceci permet de caractériser la praticité que recèle le savoir-faire traditionnel comme un « bien particulier ».

A cette première démarche déclarative, propre au droit civil des biens, peut se substituer ou se juxtaposer une autre, constitutive, lorsque est en cause l'exploitation du savoir-faire traditionnel. Il y a de véritables difficultés à appliquer les concepts de nouveauté et d'activité inventive, nécessaires à la constitution d'un droit privatif de brevet, au savoir-faire traditionnel. Ce dernier peut cependant être utilisé de façon à empêcher la constitution de brevets « usurpés ». L'exploitation du savoir-faire traditionnel fait observer l'influence grandissante de la Convention sur la diversité biologique à travers les deux concepts éprouvés en droit des contrats, la transparence et l'équité, dont les expressions en la matière sont respectivement, la divulgation des origines et la répartition équitable des avantages.

English:

The traditional communities and their medicinal knowledge challenge the private law and industrial property law since the signature of the Convention on Biological diversity of 1992. Bioprospection and biopiracy both became an issue widely debated in international *fora*. They have nevertheless only little resonance in French law. Actually, the traditional know-how is almost non-existent in it as autonomous notion. It illustrates nevertheless, a sort of durability which can be reported through its character of being intrinsically allocated to the traditional community and the conveniently opened notion of know-how. This allows characterizing the “practicality” which conceals the traditional know-how, as a property. In this first declarative step, appropriate for the civil law of the possessions, can substitute itself or juxtapose an other, constitutive, when is in question the exploitation of the traditional know-how. There are real difficulties applying to the traditional know-how, the concepts of novelty and inventive step, necessary for the constitution of a private patent right. It can however, be used so as to prevent the constitution “undue” patent rights. The exploitation of the traditional know-how under patents right shows the growing influence of the Convention on biological diversity through both concepts of transparency and equity, borrowed from contractual techniques, and which expressions in this particular matter are respectively: disclosure of origins and equitable benefits sharing.

Discipline : Droit privé (Droit de la propriété intellectuelle)

Mots clés : savoirs traditionnels – savoir-faire traditionnels - brevets d'invention- biopiraterie - praticité - connaissances médicinales – communautés traditionnelles – agents juridiques - appropriation – source coutumière – réseau - partage équitable – divulgation des sources - transparence - Convention sur la diversité biologique CDB.

Keywords : traditional knowledge – traditional know-how – patents right – biopiracy – practicability- medicinal knowledge – traditional communities – legal agents – appropriation – customary law- equitable benefits sharing – prior informed consent - disclosure of origins – Convention on biological diversity CBD.