

Conclusion

au détriment des PME, qui deviennent des pouvoirs économiques privés plus puissants que la plupart des États de la planète.

Il nous paraît urgent de repenser le système international de la propriété intellectuelle afin de permettre d'arriver à un équilibre entre les droits des investisseurs, des créateurs et des consommateurs.

En effet, le développement d'une financiarisation et d'une marchandisation de la propriété intellectuelle peut mener à des dérives dont les conséquences sont ou pourraient être particulièrement négatives pour notre monde.

Si le système n'est pas rapidement repensé et rééquilibré, de nombreuses multinationales elles-mêmes auront à en souffrir, comme le fait déjà apparaître le phénomène récent des *patent trolls*, mais au-delà, c'est toute l'économie mondiale qui pourrait subir un choc dont on ne mesure pas encore vraiment l'ampleur.

CINQUIÈME PARTIE

Multinationales et droit de la propriété intellectuelle

Le cas des savoirs traditionnels

Norman NEYRINCK est assistant à l'Institut d'Études Juridiques Européennes (« IEJE »), Université de Liège (« ULg »), Belgique, et est avocat au Barreau de Liège
(norman.neyrinck@ulg.ac.be ; n.neyrinck@avocat.be).

INTRODUCTION

Lorsqu'en novembre 1999, 40.000 manifestants empêchèrent la tenue de la Conférence ministérielle de l'Organisation Mondiale du Commerce (« OMC ») à Seattle, l'expression citoyenne s'empara du phénomène de mondialisation. L'émergence d'une nouvelle force politique organisée à l'échelle globale, l'ampleur des manifestations, mais aussi l'écho offert aux événements dans les médias donnèrent à penser que le *xxi*^e siècle était né à Seattle⁽⁷⁰²⁾. Parmi les revendications exprimées par les manifestants, l'exigence de voir modifier les règles de la propriété intellectuelle applicables aux pays en voie de développement, notamment en matière de brevets et d'accès aux médicaments. Malgré l'adoption de la Déclaration internationale de Doha en 2001, supposée marquer le début d'une période où les droits fondamentaux des individus et des peuples ne seraient plus mis à mal par le droit de la propriété intellectuelle⁽⁷⁰³⁾, les tensions demeurent vives entre multinationales et pays en développement. Le traitement réservé aux savoirs traditionnels illustre ces tensions.

Depuis plusieurs années, les savoirs traditionnels détenus par les communautés indigènes traditionnelles suscitent l'intérêt des grands groupes économiques. L'envoi d'anthropologues dans les régions reculées du monde afin de recueillir les savoirs économiquement valorisables détenus par les populations locales n'est plus chose exceptionnelle. L'intérêt croissant du public pour les médecines traditionnelles à base de plantes générerait par exemple, en 2000, un commerce mondial s'élevant à plus de 30 milliards

(702) E. MORIN, « Le *xxi*^e siècle a commencé à Seattle », *Le Monde*, 7 décembre 1999.

(703) Organisation mondiale du commerce (« OMC »), Déclaration ministérielle, Doha, 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, spéc. préambule, para. 6.

de dollars⁽⁷⁰⁴⁾. L'acquisition de droits intellectuels sur les savoirs traditionnels – par le biais du droit d'auteur et du droit des marques, mais surtout par le biais de brevets d'inventions – permet à l'entreprise qui, la première, obtient un tel droit, de s'assurer un monopole commercial sur les retombées qui en découlent. Le dépôt de brevets sur des ressources génétiques identifiées par les populations traditionnelles est aujourd'hui une activité très profitable pour les entreprises actives dans les domaines pharmaceutiques, agrochimiques et cosmétiques. D'après certaines estimations, le marché mondial des produits dérivés des savoirs traditionnels générerait entre 500 et 800 milliards de dollars par an⁽⁷⁰⁵⁾.

La manne que représente le commerce des produits dérivés des savoirs traditionnels contraste avec la grande pauvreté dans laquelle vivent parfois les peuples dont ces savoirs sont issus. L'injustice liée à l'exploitation sans compensation des connaissances traditionnelles est cependant encore accrue lorsque l'appropriation de ces savoirs par une entreprise étrangère prive ses détenteurs originaires du droit d'exploiter leurs propres connaissances. C'est notamment ce qu'il advint à plusieurs fermiers mexicains après qu'une firme américaine obtint un brevet portant sur les semences qu'ils cultivaient au Mexique. Poursuivis pour violation de ce brevet, les fermiers mexicains furent contraints d'abandonner le marché américain sur lequel ils commercialisaient leurs produits jusque-là. Plus de 200.000 dollars durent être engagés en frais de justice pour contester le brevet litigieux⁽⁷⁰⁶⁾.

Face à cette situation, tôt qualifiée de bio-piraterie⁽⁷⁰⁷⁾ (« biopiracy »)⁽⁷⁰⁸⁾, de nombreuses voix se sont élevées pour réclamer l'encadrement des activités

(704) Genetic Resources Action International (« GRAIN ») et Kalpavriksh Environmental Action Group, *Traditional knowledge of Biodiversity in Asia Pacific : Problems of Biopiracy and Protection*, octobre 2002 (<http://www.grain.org/article/entries/81-traditional-knowledge-of-biodiversity-in-asia-pacific-problems-of-piracy-and-protection>).

(705) K. ten KATE et S. LAIRD, "Biospecting Agreements and Benefit Sharing with Local Communities", in J. FINGER et P. SCHULER (éds.), *Poor People's Knowledge : Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, 2004, p. 133.

(706) S. SINGH, "Rampant Biopiracy of South's Biodiversity", *Third World Network Online* (<http://www.twinside.org.sg/tittle/rampant.htm>).

(707) Les efforts déployés pour obtenir la reconnaissance, par l'opinion publique, d'actes de vol émanant d'entreprises multinationales au détriment des populations indigènes (« biopiracy ») répondent aux efforts mis en œuvres par ces mêmes multinationales pour faire accepter du grand public le fait que « copier/télécharger, c'est du vol ».

(708) V. SHIVA, *Biopiracy : the plunder of nature and knowledge*, Cambridge, South End Press, 1997, 148 p.; V. SHIVA, "Bioprospecting as Sophisticated Biopiracy", *Journal of Women in Culture and Society*, 2007, p. 32.

de prospection des multinationales et interdire l'appropriation des savoirs traditionnels par le biais de la propriété intellectuelle. Cette revendication se heurte toutefois au caractère international des litiges relatifs aux savoirs traditionnels⁽⁷⁰⁹⁾. En effet, le droit de la propriété intellectuelle étant un droit territorial par nature, il semble *a priori* impossible à un État d'empêcher une entreprise d'acquiescer des droits intellectuels sur des savoirs traditionnels dans un autre État.

Pourtant, la présente contribution s'articule en deux volets. Au terme de cette brève introduction, nous faisons un pas en arrière et, à partir de plusieurs exemples tirés du droit des brevets, reconsidérons l'affirmation selon laquelle la territorialité du droit de la propriété intellectuelle ferait obstacle à ce que l'action d'un État affecte la mise en œuvre du droit de la propriété intellectuelle dans un autre État. Nous démontrons également que les multinationales tirent parti de la pluralité de règles existantes et adaptent leur stratégie commerciale en conséquence (Chapitre I). Dans un second temps, nous approfondissons la notion de savoir traditionnel. Nous présentons les diverses voies de protection (actives et passives) envisageables ainsi que leurs conséquences pour les multinationales (Chapitre II), avant de conclure (Chapitre III).

(709) Les conflits relatifs à l'utilisation de savoirs traditionnels prennent souvent l'apparence d'un conflit nord-sud, avec les marchés de commercialisation situés au nord, et les populations traditionnelles situées au sud. Il est ainsi estimé que près de 99 % de la biodiversité mondiale – sur laquelle se fonde nombre des savoirs traditionnels – est gardée par des populations indigènes. International Society of Ethnobiology (« ISE »), Declaration of Belém, 1988 (<http://ethnobiology.net/global-coalition/declaration-of-belém/>).

CHAPITRE I

DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET MONDIALISATION

De par son objet même, le droit de la propriété intellectuelle est attaché – et limité – à un territoire déterminé (Section 1). En vue d'atténuer les disparités nationales, un vaste mouvement d'harmonisation des droits de la propriété intellectuelle est parvenu à s'imposer ces dernières années à l'échelle mondiale. Si les efforts de convergence ont indéniablement porté leurs fruits, l'unification des droits n'est pas totale. La marge de manœuvre dont disposent encore les États dans la définition des règles de la propriété intellectuelle leur permet d'exercer une influence sur la manière dont les entreprises actives sur plusieurs marchés exercent leurs droits à l'étranger (Section 2). De leur côté, les multinationales adaptent leur politique commerciale à ces divergences (Section 3).

Section 1

Territorialité du droit de la propriété intellectuelle

Les biens qui font l'objet des droits de la propriété intellectuelle – œuvres, marques et inventions pour ne citer que les plus classiques – sont des biens incorporels. À la différence des biens corporels, les biens incorporels ne peuvent pas faire l'objet d'une appropriation individuelle (ils peuvent être utilisés par un nombre illimité de personnes en même temps) ou d'une quelconque appropriation physique (il n'est pas possible d'en avoir le contrôle par possession). De ce constat primordial, il résulte que seule la loi permet de garantir à une personne déterminée – l'auteur ou l'inventeur – la jouissance exclusive

de ces biens en interdisant à tout tiers le droit de les utiliser ou de les exploiter sans le consentement de leur titulaire. Ce droit à un monopole économique n'existe donc que dans la mesure où il est jugé socialement utile par le législateur, et dans la limite des frontières de l'État⁽⁷¹⁰⁾. En conséquence, en droit international privé, les droits de propriété intellectuelle sont généralement régis par la *lex loci protectionis*, soit la loi du pays pour le territoire duquel la protection est demandée. C'est là la solution retenue par la jurisprudence américaine⁽⁷¹¹⁾ ainsi que par le droit européen⁽⁷¹²⁾.

Le caractère territorial de la propriété intellectuelle fait en principe obstacle à ce qu'une entreprise multinationale ne recoure à des pratiques de *forum shopping*. Quel que soit l'État dans lequel est produit le bien en cause (médicament, film, vêtement, etc.), ce bien ne sera protégé dans un autre État qu'à la condition de remplir les exigences fixées par la loi de cet État.

Section 2

Harmonisation partielle des droits de la propriété intellectuelle

Les disparités existant entre les différents ordres juridiques ont été progressivement atténuées par l'adoption de plusieurs accords internationaux. Parmi ces instruments, la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (1883)⁽⁷¹³⁾, la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1886)⁽⁷¹⁴⁾ et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (« Accord sur les ADPIC ») (1994)⁽⁷¹⁵⁾ occupent une place centrale en ce qu'ils ont

(710) « Le champ territorial d'efficacité de ces droits exclusif est donc en principe limité au territoire de l'État qui les a attribués ». D. VICENTE, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Leiden, Nijhoff, 2009, p. 23.

(711) *United Dictionaries Co. v. G. & C. Meriam Co.*, 208 U.S. 260 (1908).

(712) Article 8 du Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), JO, 31 juillet 2007, L 199/40.

(713) Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, 20 mars 1883.

(714) Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 9 septembre 1886.

(715) Accord de Marrakech sur instituant l'Organisation mondiale du commerce, Marrakech, 15 avril 1994, Annexe C1. Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

permis de jeter les bases d'un droit commun mondial en matière de propriété intellectuelle.

L'unification globale du droit de la propriété intellectuelle offre aujourd'hui aux multinationales la possibilité de protéger les éléments immatériels de leur patrimoine dans la quasi-totalité des États. Le rapprochement des législations sur la propriété intellectuelle facilite la gestion des portefeuilles de droits. L'harmonisation opérée n'est cependant que partielle. Les États conservent une marge de manœuvre susceptible d'affecter les stratégies commerciales des entreprises actives sur plusieurs marchés. Le droit des brevets, en particulier, offre plusieurs exemples de circonstances dans lesquelles le droit d'un État est susceptible d'influencer le comportement commercial adopté par une entreprise sur un autre territoire. Les règles de nouveauté (2.1) d'épuisement (2.2.) et de licences obligatoires (2.3.) illustrent ce phénomène.

§1. Nouveauté et délai de grâce

Seule l'invention nouvelle – soit l'invention qui se distingue de ce qui existe déjà – donnera lieu à l'octroi d'un brevet. Le brevet⁽⁷¹⁶⁾ consiste en cela en une récompense offerte au déposant pour avoir enrichi le patrimoine technique de l'humanité et est destiné à encourager la recherche et l'innovation⁽⁷¹⁷⁾. Ce n'est que si l'invention s'écarte suffisamment de « l'état de la technique antérieure » – si elle est suffisamment nouvelle – que le brevet sera octroyé. En Europe, l'état de la technique est interprété de manière absolue : l'ensemble des connaissances antérieures servent de référence pour apprécier la nouveauté d'une invention, et l'état de la technique est constitué de tout ce qui existe objectivement dans le monde⁽⁷¹⁸⁾. D'autres États ont préféré adopter un régime plus souple que le régime européen. Aux États-Unis – mais également au Japon ou au Canada – la communication au public d'une invention ne fait pas nécessairement obstacle à l'octroi d'un brevet : le « délai

(716) Sur le brevet d'invention, voyez supra B. REMICHE et N. BERTHOLD, « Les multinationales et la propriété intellectuelle » in C. BAÛLS (Dir.), *Les multinationales*, Bruxelles, Larcier, 2012, Quatrième partie, Chapitre I, § 2. B.

(717) M. BURDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Bruxelles, De Boeck & Larcier chapitre II, n° 101-102.

(718) *Ibidem*. Selon l'article 54 (2) de la Convention de Munich sur le brevet européen (1973) « 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. ».

de grâce» accorde à l'inventeur un délai exceptionnel de 12 mois pour déposer sa demande de brevet après publication de l'invention⁽⁷¹⁹⁾.

Le délai de grâce est octroyé à l'inventeur afin de lui permettre de tester le succès de son invention auprès du public avant d'exposer les frais d'une demande de brevet. En pratique, cependant, l'utilité du délai de grâce américain est mise en péril par l'intransigeance du droit européen⁽⁷²⁰⁾ : la publication d'une invention aux États-Unis ayant pour effet de priver définitivement son inventeur de la possibilité d'obtenir un brevet en Europe, la personne qui souhaite bénéficier d'une protection sur le marché européen doit renoncer au privilège que le droit américain lui offrait en vertu du délai de grâce. On constate donc que dans la réalité des affaires, l'internationalisation du droit de la propriété intellectuelle contraint parfois les multinationales actives sur plusieurs marchés à appliquer la loi la plus stricte.

§2. Épuisement et commerce parallèle

Les règles d'épuisement des droits intellectuels constituent un second type de règles qui, bien que définies au niveau national, affectent la stratégie commerciale internationale des entreprises innovantes. Rappelons ici brièvement en quoi consistent les règles d'épuisement. Tout droit de la propriété intellectuelle offre à son titulaire la prérogative de pouvoir contrôler la mise sur le marché du produit protégé. En d'autres termes, le titulaire de droit peut obtenir le retrait de la vente des produits commercialisés sans son autorisation sur le territoire à l'égard duquel il bénéficie d'une protection. Cette prérogative connaît toutefois des limites. Lorsque le titulaire de droits donne son consentement à la commercialisation de ses produits, il ne peut plus par la suite intervenir pour en contrôler les mouvements : ses droits intellectuels sont épuisés.

(719) Section 102 (b) du U.S. Patent Act (35 USC).

(720) Seules 20 % des demandes de brevets déposées aux États-Unis par les chercheurs, universités, ou instituts de recherche font usage du délai de grâce. Voyez : IPR Helpdesk, *Grace Period and Invention Law in Europe and Selected States*, p. 3 (<http://www.tecpar.br/appi/News/GracePeriodInventionLaw.pdf>) citant Deutsches Bundesministerium für Bildung und Forschung (Editor), *Zur Einführung der Neuheitsschönheit im Patentrecht – ein USA-Deutschland-Vergleich bezogen auf den Hochschulbereich*, Bonn 2002, p. 3. Il est vraisemblable que le taux d'usage du délai de grâce par des entreprises privées, dont les projets de recherche relèvent plus de la recherche appliquée que de la recherche fondamentale, soit encore beaucoup moins élevé.

Il relève de la compétence des États de définir la portée exacte de la règle d'épuisement qu'ils souhaitent voir appliquer. Le choix porte sur l'adoption d'une règle d'épuisement national, régional ou international. Dans une hypothèse d'épuisement national, les prérogatives du titulaire de droit ne sont épuisées dans un État que si le titulaire a donné son consentement à la commercialisation de ses produits dans cet État. À l'extrême opposé, lorsque le titulaire de droits a autorisé la commercialisation de ses produits dans un État quelconque, il ne peut plus s'opposer à la revente de ces produits sur le territoire de l'État ayant opté pour une règle d'épuisement international⁽⁷²¹⁾.

La portée de la règle d'épuisement a d'importantes conséquences sur les flux commerciaux et la lutte contre les importations parallèles. Le commerce parallèle – encore parfois appelé « marché gris » – se développe lorsque les différences de niveaux de vie entre deux populations entraînent de fortes variations de prix entre deux marchés. Profitant de la situation, des importateurs parallèles se fournissent à moindre coût dans les pays où les prix sont bas, avant de réimporter leurs marchandises sur les marchés où les prix sont élevés, en parallèle des réseaux de distribution officiels. Lorsque les marchandes réimportées sont protégées par un droit intellectuel, le titulaire de droit dispose potentiellement d'un instrument juridique puissant pour s'opposer au commerce parallèle et ordonner le retrait des biens qui font concurrence à son propre réseau de distribution. En application d'une règle d'épuisement national, le titulaire de droits peut user des frontières nationales pour partitionner les marchés. En sens inverse, l'adoption d'une règle d'épuisement plus large contraint le titulaire de droits intellectuels à subir le commerce parallèle ou à adapter son système de distribution international en conséquence.

Plusieurs stratégies peuvent être mises en œuvre pour pallier à l'épuisement des droits intellectuels et contrer les phénomènes d'importations parallèles. Pour une multinationale, il peut s'agir de discipliner ses distributeurs et d'interdire les ventes de quantités aux importateurs parallèles⁽⁷²²⁾, de différencier

(721) L'Union européenne a pour sa part opté pour un régime d'épuisement régional. Dans ce cas, le consentement donné à la commercialisation du bien dans l'un quelconque des États de l'Union fait obstacle à ce que le titulaire de droits puisse ensuite s'opposer à la libre circulation de ses produits dans l'Union.

(722) En Europe, où les obstacles à l'intégration du marché interne sont contraires au droit de l'Union européenne, la jurisprudence fournit divers exemples de pratiques – prohibées – destinées à rétablir des barrières au commerce parallèle. Voyez notamment : TPICE, 6 juillet 2000, Volkswagen c. Commission, T-62/98, Rec. 2000, p. II-2707.

ses produits⁽⁷²³⁾, ou de rationner l'approvisionnement des marchés les plus susceptibles de fuites⁽⁷²⁴⁾. Une fois de plus, on le constate, à contrepieds de la nature essentiellement territoriale du droit de la propriété intellectuelle, la loi d'un État est susceptible d'affecter les choix commerciaux adoptés par une entreprise dans un autre État.

§3. Licences obligatoires

Dans un autre registre, les règles relatives à l'octroi de licences obligatoires suscitent également l'intérêt. On appelle licence obligatoire le fait, pour les pouvoirs publics, d'autoriser un tiers à produire un bien protégé par un droit de la propriété intellectuelle, en dépit de l'opposition du titulaire du droit. L'octroi de licences obligatoires ne peut se faire que pour des motifs limitativement énumérés par le droit international. Parmi ceux-ci, la protection de la santé publique tient une place importante⁽⁷²⁵⁾.

Ces dernières années, plusieurs graves crises sanitaires ont amené les pouvoirs publics à reconsidérer les règles applicables aux licences obligatoires⁽⁷²⁶⁾. Tout particulièrement, le fait que de telles crises se soient développées parce que les entreprises pharmaceutiques titulaires de brevets exigeaient, pour la vente de leurs médicaments, un prix inabordable pour la plupart des malades, a convaincu les pouvoirs publics de la nécessité de revoir les règles applicables aux licences obligatoires. Initialement, seul l'État ayant à faire face à une crise sanitaire pouvait autoriser une entreprise pharmaceutique concurrente à produire les médicaments génériques dont sa population avait besoin⁽⁷²⁷⁾.

(723) CJCE, 31 octobre 1974, *Centrafarm BV c. Sterling Drug Inc.*, affaire 15-74, Rec. 1974 p. 1147.

(724) CJCE, 31 mai 2005, *Sinclairismos Farmakopoiou Aitolias & Akamanias ("Syfait") c. GlaxoSmithKline ("GSK")*, C-53/03, Rec. 2005, p. I-4609.

(725) En vertu de l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC, des licences obligatoires peuvent être octroyées : pour faire face à une situation d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'urgence, en cas d'utilisation publique à des fins non commerciales, pour permettre l'utilisation d'un « second brevet » dérivé de celui sur lequel une licence obligatoire est délivrée, ou pour remédier à une pratique jugée anticoncurrentielle. Des conditions strictes encadrent l'octroi d'une telle licence.

(726) La pandémie de sida qui a frappé l'Afrique du sud au sortir du xx^e siècle a eu une influence particulièrement importante sur les esprits. H. SUN, "The Road to Doha and Beyond : Some Reflections on the TRIPS Agreement and Public Health", *European Journal of International Law*, Vol. 15, 2004/1, p. 123.

(727) Selon l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC, « toute [licence obligatoire] sera autorisée principalement pour l'approvisionnement du marché intérieur du Membre qui a autorisé cette utilisation ». Par décision du 30 août 2003, le Conseil Général de l'OMC décida toutefois qu'il fallait déroger à cette

Territorialité du droit de la propriété intellectuelle oblige, cette autorisation n'était cependant valable que dans les frontières de l'État qui délivrait la licence, avec cette conséquence que le remède restait sans effets dans les pays ne disposant pas d'industrie pharmaceutique. Afin de résoudre cette impasse, plusieurs États⁽⁷²⁸⁾ ont introduit dans leur droit national les dispositions nécessaires pour répondre à l'appel d'un pays confronté à une crise sanitaire et donner licence aux entreprises se trouvant sur leur territoire d'exporter les médicaments génériques là où la crise sévit.

En pratique, on constate donc qu'il est possible pour un État d'adapter ses normes nationales pour discipliner l'usage qu'une entreprise fait de ses droits de la propriété intellectuelle dans un autre État.

Section 3 La loi applicable : un choix stratégique pour les multinationales

La territorialité du droit de la propriété intellectuelle n'est pas sans conséquence pour les multinationales souhaitant valoriser les éléments immatériels de leur patrimoine. Le caractère territorial des droits intellectuels conduit de nombreuses entreprises à sélectionner les territoires sur lesquels leur bien sera protégé. Ce phénomène de sélection est particulièrement manifeste en matière de brevets où le prix élevé des redevances⁽⁷²⁹⁾ à acquitter annuellement empêche de nombreuses entreprises d'obtenir un brevet dans chaque État. Dès lors, une stratégie largement répandue consiste à concentrer les demandes de brevets sur les marchés les plus rentables. En accaparant ces territoires, l'entreprise pionnière confine l'action de ses rivaux aux marchés les moins lucratifs en

disposition pour permettre l'approvisionnement des États ne disposant pas de capacités de production suffisantes sur leur territoire. Décision du Conseil général, 30 août 2003. Mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique, WT/LS40 et Corr. 1 (http://www.wto.org/french/tratop/tratop_f.htm#fitem_6).

(728) Un règlement a notamment été adopté pour répondre à ces préoccupations au niveau européen. Règlement (CE) n° 816/2006 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique, JO, 9 juin 2006, L157/1. Voyez également P. VANDOREN et P. RAVILAND, "A New EC Initiative to Allow Export of Medicines under Compulsory Licences to Poor Countries", *The Journal of World Intellectual Property*, Vol. 8, 2005, p. 103.

(729) Voyez supra B. REMICHE et N. BERTHOLD, op. cit., Chapitre III, Section 2. § 1.

vue de décourager leur concurrence⁽⁷³⁰⁾. La sélection des marchés sur lesquels les entreprises multinationales décident de solliciter la protection des éléments immatériels de leur patrimoine constitue une forme de réponse aux coûts imposés par certains États pour l'octroi de droits intellectuels.

Le choix de la loi applicable se fait également au stade de la mise en œuvre des droits. Ainsi, les entreprises les plus habiles parviennent à paralyser l'action de leurs concurrents sur plusieurs marchés en sélectionnant le for d'un seul État. Une récente affaire opposant LG à Sony illustre ce phénomène. Les Pays-Bas constituant le port d'entrée des cargaisons de Sony pour l'Europe, LG décida d'intenter une action devant le juge néerlandais pour contrefaçon de ses brevets portant sur la technologie Blu-Ray. La manœuvre fut couronnée de succès : la saisine d'une unique juridiction européenne suffit à LG pour bloquer l'action de sa rivale dans l'ensemble de l'Europe⁽⁷³¹⁾. Si le caractère territorial du droit de la propriété intellectuelle commande en principe qu'un conflit entre deux multinationales donne lieu à des procédures judiciaires dans chacun des États dans lesquels ces entreprises sont en concurrence⁽⁷³²⁾, on constate donc que dans la réalité des affaires, des stratégies de forum shopping apparaissent⁽⁷³³⁾.

Au-delà du caractère anecdotique de l'affaire LG/Sony où le système de distribution de Sony était dépendant d'un seul État, le choix de la juridiction devant laquelle porter le litige demeure un choix stratégique important. En effet, souvent, le temps et les coûts imposés par des procédures

(730) Ce type de manœuvre, actuellement en vogue, semble toutefois être condamné à l'essoufflement. La consolidation des économies des pays émergents et la multiplication des marchés dignes de protection accroissent en proportion le nombre de territoires sur lesquels l'obtention de droits intellectuels est jugé indispensable.

(731) S. JUNG, "LG patent dispute hits PS3 deliveries", *Financial Times*, 3 mars 2011, (<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/ea7d1c64-43bd-11e0-acd8-00144feab49a.html#axzz1ZQs0Y1Kx>).

(732) L'affaire *Epidady* est généralement citée comme exemple de saga judiciaire ayant donné lieu à la rédaction de décisions de justice dans de nombreux États. En l'occurrence, des procédures furent mises en œuvre pour le même litige en Allemagne, au Royaume-Uni, à Hong Kong, aux Pays-Bas, en Autriche, en Suisse, en Belgique et en Italie. Les décisions rendues conclurent tantôt à l'existence de contrefaçon, tantôt à l'absence de contrefaçon. J. HATTEB, "Doctrine of Equivalents in Patent Legislation : An Analysis of the *Epidady* Controversy", *Indiana International and Comparative Law Review*, Vol. 5, 1994-1995, p. 461 ; E. SCHAFER, *Dealing with Disputes relating to Intellectual Property in International Arbitration Proceedings against the Background of Divergent Legal Systems. A German Perspective*, mimeo, ILA Toronto, 2006, p. 4, (<http://www.ila2006.org/Schaefer.pdf>).

(733) Aux États-Unis, les avantages et inconvénients liés à la saisine d'une juridiction plutôt que d'une autre font l'objet de mesures statistiques destinées à désigner aux plaideurs quelle juridiction saisir. M. LEMLEY, "Where to File Your Patent Case", *Albion Quarterly Journal*, Vol. 38, Fall 2010/No. 4, p. 1.

à engager devant une multitude d'autorités réduisent le nombre de juridictions effectivement saisies. En particulier, l'influence qu'une décision négative est susceptible d'avoir sur les jugements à rendre dans d'autres États pour un litige identique est à même de convaincre le perdant à transiger avec son adversaire⁽⁷³⁴⁾. Dans ces circonstances, la saisine de la juridiction qui, la première, aura à connaître du litige présente une importance capitale. Cela est d'autant plus vrai que les règles applicables à la détermination d'un acte de contrefaçon en droit des brevets – la fameuse « doctrine des équivalents »⁽⁷³⁵⁾ – varient d'un État à l'autre et sont susceptibles de donner lieu à des décisions différentes pour un même litige.

(734) H. WEGNER, *Global Patent Forum Shopping: The Tokyo Fourth Option and Ancillary Issues of International Collateral Estoppel and Transnational Patent Infringement Jurisdiction*, mimeo, p. 7 (<http://www.tecpar.br/appi/Newsletter/global.pdf>).

(735) P. GROVES, *A Dictionary of Intellectual Property Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 109 ; A. PEC-HOLD, "Evolution of the Doctrine of Equivalents in the United States, United Kingdom, and Germany", *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, Vol. 87, 2005, p. 411.

CHAPITRE II

LES SAVOIRS TRADITIONNELS, UN DROIT ÉMERGENT

Dans le contexte d'internalisation que nous venons de décrire, où, en dépit de la territorialité du droit de la propriété intellectuelle, des influences s'exercent entre la législation des différents États et où, au niveau des entreprises, des manœuvres prennent place pour obtenir l'application de la loi la plus avantageuse, le droit des savoirs traditionnels revêt un intérêt tout particulier. En effet, les développements récents en matière de savoirs traditionnels sont à même, tout à la fois, d'affecter l'application de la loi étrangère et de paralyser l'usage que des multinationales font de droits valablement acquis à l'étranger. Afin d'étudier ce phénomène, nous opérons un bref retour sur la définition à donner à la notion de savoir traditionnel (Section 1), sur sa ratio legis (Section 2) ainsi que sur les instruments internationaux qui la gouvernent (Section 3). Ensuite, nous étudions plusieurs mécanismes disponibles pour la protection de ces savoirs (Section 4).

Section 1

Retour sur la notion de savoir traditionnel – une notion floue, juridiquement protégée

Les exemples de savoirs traditionnels récupérés par des entreprises privées, puis exploités sur les marchés internationaux sont multiples. Ainsi, depuis des siècles, le *hoodia*, plante grasse d'Afrique du Sud, est utilisée par le peuple *san* (ou « *bochimans* ») pour ses qualités inhibitrices, faisant du

hoodia un excellent coupe-faim et coupe-soif. Le *hoodia* est traditionnellement utilisé comme aliment permettant au peuple san d'endurer de longues marches dans le désert. Interpellé par les propriétés de cette plante, le Conseil pour la recherche scientifique et industrielle (CSIR) établi par le gouvernement sud-africain breveta le principe actif qu'elle contenait avant d'en octroyer licence à plusieurs entreprises privées. Parmi celles-ci, le géant alimentaire Unilever et l'entreprise pharmaceutique américaine Pfizer qui commercialisèrent le *hoodia* en tant que coupe-faim destiné à favoriser la perte de poids. Les enjeux commerciaux sont conséquents. Le marché des produits diététiques destinés à contrôler l'obésité s'élève à plus de 3 milliards de dollars par an, rien qu'aux États-Unis⁽⁷³⁶⁾. Pourtant, aucune rétribution ne fut prévue pour le peuple san qui, le premier, avait découvert les propriétés de cette plante. Ce n'est qu'au prix de nombreuses protestations que le CSIR accepta de rétrocéder au peuple san une portion des redevances perçues⁽⁷³⁷⁾.

D'autres produits ou plantes, initialement découverts par les communautés indigènes ont fait l'objet d'appropriations privées avant d'être exploités commercialement⁽⁷³⁸⁾. Il faut toutefois se garder de croire que l'acquisition de droits sur des savoirs traditionnels ne se fait que par le droit des brevets. Les expressions du folklore ne sont pas non plus en reste. Ainsi, dans l'affaire *Bulun Bulun & Milpurrurru v. IR & T. Textiles Pty. Ltd.*, était en cause la reproduction des rituels sacrés du peuple aborigène *ganabingu*. Plus précisément, M. Johnny Bulun Bulun, membre du peuple aborigène *ganabingu* avait incorporé dans ses peintures des éléments des rituels sacrés de son peuple. Lorsque ces peintures furent reproduites sans autorisation sur des produits textiles, M. Bulun Bulun agit en justice pour obtenir le retrait de ces produits du commerce. Devant la Cour Fédérale d'Australie, le demandeur obtint gain de cause. La victoire fut pourtant en demi-teinte. Si la Cour donna raison à M. Bulun Bulun, elle refusa de reconnaître un quelconque droit aux représentants du peuple *ganabingu*, préférant mettre à charge de M. Bulun Bulun, auteur des tableaux, l'obligation d'agir en justice pour la défense des intérêts

de sa communauté⁽⁷³⁹⁾. Quelles que soient les conséquences exactes de cette décision⁽⁷⁴⁰⁾, on constate que le droit d'auteur, après le droit des brevets, est également susceptible de mener à la prise de contrôle des savoirs traditionnels par des acteurs extérieurs aux communautés qui les ont développés⁽⁷⁴¹⁾.

De manière surprenante, et, en dépit des nombreux cas où elle est invoquée, la notion de savoir traditionnel n'a fait, à ce jour, l'objet d'aucune définition légale. Ce sont les efforts de la doctrine, ainsi que divers documents de travail rédigés au niveau international qui nous permettent de dessiner les premiers contours de cette notion. De manière très générale, les savoirs traditionnels peuvent donc être définis comme les savoirs transmis de génération en génération par des communautés indigènes, et faisant partie des traditions culturelles de ces communautés⁽⁷⁴²⁾. La notion de savoir traditionnel recouvre tout à la fois des connaissances obtenues dans les domaines scientifiques, techniques, agricoles, écologiques ou médicaux, mais touche

(739) M. DOOSON et O. BARR, "Breaking the deadlock : developing an indigenous response to protecting indigenous traditional knowledge", *Australian Indigenous Law Review*, 2007, 1 (2), p. 19.

(740) La nécessité pour la communauté *ganabingu* de passer par le truchement de l'un de ses membres pour agir en justice démontre les limites de ses capacités d'action. Cela est encore plus vrai qu'en l'espèce, ce n'est pas le folklore original qui est protégé en justice, mais bien l'expression originale que M. Bulun Bulun en avait donné à travers ses peintures.

(741) Les réticences à voir des éléments de folklore traditionnels privatisés par le droit d'auteur ont été exprimées en termes très clairs : « il arrive souvent qu'un auteur ne faisant pas partie du groupe ayant produit le folklore crée à partir de celui-ci une œuvre "dérivée" avec suffisamment d'originalité pour bénéficier de la protection du droit d'auteur. Par exemple, les disques faisant appel à des musiques traditionnelles sont légitimes. De nombreux créateurs de folklore estiment qu'une telle situation est doublement inacceptable : d'abord qu'ils sont incapables de tirer un avantage financier ou autre du fruit de leur créativité, d'autres exploitent à leur profit le régime de propriété intellectuelle, en plus de s'en servir pour empêcher les créateurs du folklore original d'utiliser leur propre matériel si celui-ci évolue de manière à ressembler à l'œuvre dérivée. Pour les détenteurs de savoirs traditionnels, il s'agit là d'un résultat absurde, aussi involontaire soit-il ». D. GERVAIS, *L'accord sur les ADPIC*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 159.

(742) La notion de savoir traditionnel a également pu être définie comme : "The content or substance of knowledge that is the result of intellectual activity and insight in a traditional context, and includes the know-how, skills, innovations, practices and learning that form part of traditional knowledge systems, and knowledge that is embodied in the traditional lifestyle of a community or people, or is contained in codified knowledge systems passed between generations". Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), Intergovernmental Committee On Intellectual Property And Genetic Resources, Traditional Knowledge And Folklore, Seventh Session, Geneva, November 1 To 5, 2004, Protection Of Traditional Knowledge : Overview Of Policy Objectives And Core Principles, 20 août 2004, Wipo/Grtk/fic/7/5. Certains auteurs définissent les savoirs traditionnels par référence à la manière dont ceux-ci sont créés et détenus. G. DUTFIELD, "TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2001, 33, p. 241 (<http://www.wipo.int/ky/fr/tk/ficn/report/index.html>).

(736) S. LAIRD et R. WYNBERG, "Access and Benefit-Sharing in practice : Trends in Partnerships Across Sectors", *CBD Technical Series*, 2008, N° 38, pp. 83-84 (<http://www.cbdlint/doc/publications/cbd-ts-38-en.pdf>).

(737) *Ibidem*, p. 89.

(738) Il en va par exemple ainsi du curcuma et de l'ayahuasca, plantes originaires d'Inde et d'Amérique, respectivement et utilisées à titre médical. Voyez D. DOWNES, "How Intellectual Property Could Be A Tool To Protect Traditional Knowledge", *Columbia Journal of Environmental Law*, 2000, p. 278.

également à l'expression du folklore et des arts (musiques, danses, contes, sculptures, etc.), ou à des éléments de linguistiques⁽⁷⁴³⁾. Ces connaissances sont le plus souvent propres à l'environnement particulier dans lequel évolue la communauté qui les entretient. La notion de savoir traditionnel pré-sente alors à une composante matérielle et immatérielle, et protège tant les ressources naturelles mobilisées (semences et ressources génétiques) que les techniques d'utilisation qui leurs sont associées⁽⁷⁴⁴⁾.

Section 2 Une *ratio legis* disputée

La définition à donner au concept de savoir traditionnel n'est pas le seul élément sujet à débat. La justification même de ce régime de protection demeure àprement discutée. En effet, le droit de propriété et les justifications philosophiques qui s'y attachent⁽⁷⁴⁵⁾, ne suffisent pas à fonder le régime de savoirs traditionnels tel qu'il est aujourd'hui envisagé par la plupart de ses défenseurs. Nonobstant les allégations de vol ou de bio-piraterie, l'exploitation des savoirs traditionnels – comme l'exploitation de tout bien immatériel – n'implique aucune atteinte à la propriété de ceux qui en avaient un usage exclusif jusque-là⁽⁷⁴⁶⁾ : la communauté dont les connaissances sont exploitées par un tiers n'est en rien privée de celles-ci mais conserve au contraire toujours la possibilité d'en jouir⁽⁷⁴⁷⁾.

(743) OMPI, *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* (1998-1999), 2001, p. 25.

(744) Sur la question de la définition des savoirs traditionnels, voyez notamment : G. VAN OVERVALLE, "Holder and User Perspectives in the Traditional Knowledge Debate : A European View", in C. MC MANIS (éd.), *Biodiversity and the law : intellectual property, biotechnology and traditional knowledge*, Londres, Sterling, 2007, pp. 355 et s.

(745) Sur la question, voyez S. MUNZER qui aboutit à la conclusion que les justifications classiques du droit de propriété ne justifient qu'une protection limitée des savoirs traditionnels : S. MUNZER, "The Uneasy Case for Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge", *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, 27, 2009, pp. 59 à 80.

(746) Ce même raisonnement contribue également à justifier – à côté des égards dus à la personne humaine et aux droits fondamentaux – que les droits intellectuels des entreprises pharmaceutiques soient battus en brèche par l'octroi de licences obligatoires et la production de médicaments génériques dans les États où la population ne dispose pas des ressources financières suffisantes pour se procurer les produits originaux.

(747) J. KOOPMAN, "Human Rights Implications of Patenting Biotechnological Knowledge", in P. TORREMAN (éd.), *Intellectual property and human rights*, Wolters Kluwer, 2008, p. 569.

La justification habituelle des droits de propriété intellectuelle ne trouve pas plus à s'appliquer. Si l'octroi d'un monopole légal est habituellement justifié par le souci de fournir ex ante un incitant à l'innovation, l'octroi d'une protection pour les savoirs traditionnels ne peut être légitimée par un tel raisonnement dès lors que les savoirs traditionnels préexistent à tout mécanisme de protection légale.

Les justifications invoquées en faveur d'un régime de savoirs traditionnels robuste sont hétéroclites, aucune ne parvenant à faire l'unanimité. Sont cités, pêle-mêle : le respect des droits de l'homme et le respect des droits des peuples indigènes, le respect de la biodiversité et la promotion de la pluralité culturelle, le respect des cultes, ainsi qu'une nécessaire justice distributive⁽⁷⁴⁸⁾. Il nous apparaît cependant que parmi les différentes explications proposées, la *ratio legis* la plus convaincante tient au souci de permettre la préservation de la biodiversité et du patrimoine culturel. Dès lors que ce sont les efforts des communautés autochtones qui entretiennent le folklore et maintiennent leur environnement en l'état⁽⁷⁴⁹⁾, l'octroi d'une rétribution se justifie par la nécessité de contribuer à la subsistance de populations dont le mode de vie est souvent menacé⁽⁷⁵⁰⁾.

Section 3 Instruments internationaux

De manière surprenante, les manquements énoncés ci-dessus (défaut de définition et défaut de *ratio legis* claire), ne font pas obstacle à ce que les savoirs traditionnels fassent l'objet d'une protection légale⁽⁷⁵¹⁾. Ainsi, plusieurs instruments

(748) S. MUNZER, "The Uneasy Case for Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge", op. cit., p. 43 ; P. HEAD, "The Rhetoric of Biopiracy", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 11, 2003, pp. 519 et s.

(749) W. WEERAWORAWIT, "International Legal Protection for Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore : Challenges for the Intellectual Property System", in C. BELLMAN, G. DUTFIELD et R. MELENDEZ-ORTIZ (éds.), *Trading in Knowledge*, Londres, Earthscan, 2003, p. 160.

(750) Selon un raisonnement similaire, le partage des bénéfices réalisés par le commerce de produits issus de savoirs traditionnels se justifie par le fait qu'il permet aux communautés locales et indigènes de ne pas avoir à exploiter leurs ressources naturelles de manière intensive. C. HEINKE & F. WOLFF, "Access to Genetic Resources and the Sharing of Benefits : Private Rights or Shared Use for Biodiversity Conservation ?", *Environmental Law Network International Review*, 2004/2, p. 32.

(751) C'est du moins le parti pris par l'OMPI, laquelle soutient qu'« il peut ne pas être nécessaire de disposer d'une définition unique pour délimiter la portée de la matière pour laquelle on cherche à obtenir une protection. Cette approche a été retenue dans un certain nombre d'instruments internationaux ».

internationaux encadrent l'exploitation des savoirs traditionnels. Parmi ceux-ci, l'instrument le plus connu est certainement la Convention sur la diversité biologique (« CDB ») (1992)⁽⁷⁵²⁾, dont l'objectif est, notamment, « le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques » (article 1). À ce titre, la CDB introduit un nouveau régime de souveraineté nationale au terme duquel « l'accès aux ressources génétiques est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie contractante qui fournit lesdites ressources »⁽⁷⁵³⁾, étant entendu qu'il incombe aux parties contractantes de prendre les mesures 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 » (article 15, para. 5 et 7). Si la CDB n'aborde pas directement la question de la relation des savoirs traditionnels avec le droit de la propriété intellectuelle, la convention énonce deux principes centraux à leur utilisation, à savoir : l'obligation, pour la personne souhaitant accéder à une ressource biologique, d'obtenir au préalable le consentement éclairé des autorités (« Prior Informed Consent »), et l'obligation pour cette même personne de négocier au préalable les termes qui gouverneront l'usage de cette ressource et la contrepartie à son usage (« Access and Benefit Sharing »). Il convient cependant de souligner que, si la CDB constitue un instrument juridiquement contraignant pour les États parties, de nombreuses voix considèrent que les principes qu'elle établit doivent faire l'objet de mesures de mise en œuvre en droit interne⁽⁷⁵⁴⁾.

Outre la CDB, d'autres textes internationaux portent sur la protection des savoirs traditionnels⁽⁷⁵⁵⁾. Le Traité international sur les ressources phyto-

génétiques pour l'alimentation et l'agriculture (« TIRPGAA ») (2001)⁽⁷⁵⁶⁾ mérite tout particulièrement d'être mentionné en raison du pragmatisme qui a présidé à sa rédaction. Afin d'assurer la sécurité alimentaire et la conservation de la biodiversité, le TIRPGAA prévoit la création d'un « système multilatéral », permettant tout à la fois un accès facilité (gratuit ou à prix réduit) à un groupe de semences alimentaires sélectionnées, mais également la mutualisation et le partage des bénéfices dérivant de leur commercialisation (dont, notamment, un partage des technologies développées pour l'utilisation de ces ressources)⁽⁷⁵⁷⁾.

Section 4

Voies de protection pour les savoirs traditionnels

Le consensus international qui se fait autour de la reconnaissance de droits au profit des populations indigènes a mené à l'élaboration de plusieurs mécanismes de protection pour les savoirs traditionnels. Ceux-ci sont habituellement répartis en deux catégories. On distingue, d'une part, les mesures de protection défensives, soit les mesures destinées à empêcher l'acquisition par un tiers de droits de la propriété intellectuelle sur les savoirs traditionnels (§ 1), et, d'autre part, les mesures de protections offensives, soit les mécanismes juridiques permettant aux détenteurs de savoirs traditionnels de se voir reconnaître des droits positifs susceptibles d'être mis en œuvre contre les tiers. Parmi les mesures de protection offensive, nous discutons tout particulièrement l'adoption de régimes de protection sui generis (§ 2), l'invocation du régime de protection des renseignements

de propriété intellectuelle ». OMPI, *Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle*, op. cit., 2001, p. 26.

(752) Convention sur la diversité biologique, Rio de Janeiro, 5 juin 1992.

(753) Il est intéressant de relever que le régime de la CDB remplace le régime antérieur selon lequel la collecte de spécimens était libre, lequel a permis la constitution de vastes collections biologiques en Occident, qu'elles soient animales ou botaniques.

(754) Signalons l'existence de Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation (2003), élaborées lors de la sixième réunion de la Conférence des Parties à la CDB afin de fournir un exemple de dispositions juridiques pouvant être adoptées en droit interne pour mettre en œuvre la CDB. Conférences des Parties (CdP) à la Convention sur la diversité biologique (CDB), Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, La Haye, 19 avril 2002, COP 6 Décision VI/24.

(755) D'autres textes internationaux portent sur le droit des savoirs traditionnels. Ainsi, et sans prétendre à l'exhaustivité nous épinglerons encore, l'article 31, para. 1 de la Déclaration des Nations

Unies sur les droits des peuples autochtones, A.G. Rés. 61/295, 13 septembre 2007, A/RES/61/295, lequel dispose que « Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ». L'article 13, (d), (ii) de la Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, 17 octobre 2003, UNITS 2368, 35 établit que chaque État partie « s'efforce d'adopter les mesures juridiques, techniques, administratives et financières appropriées visant à garantir l'accès au patrimoine culturel immatériel tout en respectant les pratiques coutumières qui régissent l'accès à des aspects spécifiques de ce patrimoine ». La Déclaration de Doha déjà mentionnée, donne mandat au Conseil des ADPIC d'examiner « la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique, la protection des savoirs traditionnels et du folklore ». Organisation mondiale du commerce (OMC), Déclaration ministérielle, Doha, 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, para. 19.

(756) Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, Traité international sur les ressources phyto-génétiques pour l'alimentation et l'agriculture, Rome, 3 novembre 2001, FAO Conference Res. 3/2001.

(757) Ibidem, articles 10 et s.

non divulgués (§3), le recours aux règles relatives à l'enrichissement sans cause (§4) et les règles relatives à la responsabilité extracontractuelle⁽⁷⁵⁸⁾ (§5).

§1. Protections défensives

Plusieurs mécanismes ont été imaginés en vue d'empêcher l'acquisition par un tiers de droits de la propriété intellectuelle sur des savoirs traditionnels. Comme rappelé *supra*, l'octroi d'un brevet suppose que l'invention dont la protection est sollicitée revête un caractère de nouveauté. Il apparaît aujourd'hui que l'une des solutions les plus simples et les plus efficaces pour combattre l'appropriation de savoirs traditionnels par des tiers consiste à assurer la publicité de ces connaissances en vue de les intégrer à l'état de la technique et empêcher l'octroi de brevets.

L'affaire du margousier (« neem tree ») en fournit une bonne illustration. Le margousier est un arbre originaire des régions sèches d'Inde dont les multiples vertus ont de tous temps été mises à profit par les populations locales. Le margousier fait l'objet de nombreuses applications médicales (lépre, diabète, ulcères, constipations), sert d'antiseptique et de contraceptif, mais est également utilisé comme insecticide, combustible, fourrage, et engrais⁽⁷⁵⁹⁾. En 1994, l'Office européen des brevets (« OEB ») octroya un brevet pour la protection d'un fongicide produit à partir d'huile de margousier. Alarmés de cette appropriation et des conséquences qu'elle avait sur l'économie nationale (augmentation drastique du prix des produits locaux), plusieurs mouvements sociaux s'organisèrent en Inde pour demander le retrait du brevet⁽⁷⁶⁰⁾. La contestation fut portée devant les instances européennes où les demandeurs parvinrent à prouver l'antériorité des pratiques traditionnelles. Le brevet fut finalement invalidé pour défaut de nouveauté⁽⁷⁶¹⁾.

(758) Parmi les mécanismes de protection offensifs, nous nous attachons principalement à l'étude des quelques mécanismes susceptibles d'application transnationale, quel que soit le type de savoir concerné. D'autres mécanismes de protection ont également été envisagés par la doctrine, dont plusieurs mobilisant les instruments classiques de la propriété intellectuelle (brevets, droit d'auteur, marques et marques collectives, indications géographiques, etc.). Pour un aperçu de l'ensemble des instruments disponibles, voyez : G. VAN OVERWALLE, "Protecting and sharing biodiversity and traditional knowledge : Holder and user tools", *Ecological Economics*, Vol. 53, 2005, p. 585.

(759) Le margousier est parfois appelé "the village pharmacy", en raison de ses applications multiples. Voyez V. SHIVA, "The neem tree - a case history of biopiracy", *Third World Network Online* (<http://www.twinside.org.sg/title/pir-ch.htm>).

(760) *Ibidem*.

(761) Déclaration de Berne, *Background paper on the Neem patent challenge* (22.09.00), (<http://www.evb.ch/fr/p448.htm>) ; B. O'CONNOR, *The law of geographical indications*, Londres, Cameron May.

Ainsi que l'illustre l'affaire du margousier, l'appréciation de la nouveauté d'une invention par l'office des brevets s'avère particulièrement incertaine lorsque les savoirs qui précèdent le dépôt de demande de brevet demeurent confidentiels. En vue de répondre à ce défaut d'information, certains États ont pris l'initiative de constituer des catalogues accessibles en ligne, documentant les savoirs traditionnels et destinés à en assurer la divulgation la plus large⁽⁷⁶²⁾. La publication de ces connaissances n'empêche cependant pas toujours les faveurs des populations indigènes. Dans un nombre important de cas, les savoirs traditionnels sont détenus par quelques membres seulement de la communauté (sages, shamans, hommes-médecine) ne souhaitant pas voir leur tradition répandue à tous vents, fut-ce pour en éviter l'acquisition par un tiers. Pour répondre à ces préoccupations, la base de données est alors parfois sécurisée, l'accès n'y étant autorisé que dans un but probatoire ou en vue de négocier une contrepartie financière⁽⁷⁶³⁾.

Au lieu ou en complément des mécanismes de publication ci-dessus énoncés, certains États ont choisi d'agir au stade de l'octroi des brevets. Ainsi, plusieurs normes nationales imposent au demandeur de brevet de divulguer, lors du dépôt de sa demande, l'origine des ressources biologiques et des savoirs traditionnels qui ont été utilisés pour mettre au point son invention. La sanction applicable en cas de manquement varie cependant grandement d'un État à l'autre. Ainsi, dans l'Union Européenne, si certains États⁽⁷⁶⁴⁾ ont adapté leur loi sur le brevet d'invention pour solliciter du déposant la divulgation de l'origine géographique de la matière biologique à partir de laquelle l'invention a été développée, le non-respect de cette obligation n'est pas sanctionné⁽⁷⁶⁵⁾. Ailleurs par contre (au Brésil,

2004, p. 364

(762) À titre d'exemple, le gouvernement indien a mis sur pied une base de données intitulée "Traditional Knowledge Digital Library", contenant approximativement trente millions de pages d'informations traduites en cinq langues et documentant les savoirs traditionnels indiens. Voyez : <http://www.tkdlires.in/>.

(763) C'est notamment l'objectif de l'ONG Ecodecienda qui tend à rassembler dans une base de données sécurisée les connaissances botaniques de plusieurs communautés indigènes équatoriennes. G. DUFFIELD, *Intellectual property, biogenetic resources and traditional knowledge*, Londres, Earthscan, 2004, p. 106.

(764) C'est notamment le cas de la Belgique. Loi modifiant la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, en ce qui concerne la brevetabilité des inventions biotechnologiques, 28 avril 2005, *M.B.*, 13 mai 2005, article 5.

(765) Il s'agit d'ailleurs là de la position défendue par l'Union européenne : "the information to be provided by patent applicants should be limited to information on the geographic origin of genetic resources or TK used in the invention, while such a disclosure requirement should not act, de facto or de jure, as an

en Inde, en Afrique de Sud, en Égypte ou en Suisse pour ne donner que quelques exemples), la divulgation de l'origine géographique des ressources biologique ou du savoir traditionnel est imposée à peine de rejet de la demande de brevet ou d'invalidation ultérieure de celui-ci⁽⁷⁶⁶⁾. En outre, le droit indien punit d'une peine d'emprisonnement le fait de solliciter l'octroi de droits intellectuels dans un État, quel qu'il soit, pour une invention basée sur des ressources biologiques prélevées en Inde sans autorisation préalable de l'Autorité nationale pour la biodiversité⁽⁷⁶⁷⁾.

§2. Régimes sui generis

La mesure la plus simple pour assurer la protection des savoirs traditionnels consiste, pour un État, à adopter un régime légal propre, destiné à régir l'usage de ces savoirs. Ces dernières années, cette option a considérablement gagné en popularité. Ainsi, selon l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (« OMPI »), pas moins de 59 États ont à ce jour adopté des dispositions légales relatives à la protection des savoirs traditionnels, et 88 États ont adopté des dispositions relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles⁽⁷⁶⁸⁾.

En dépit de la prolifération des normes nationales, plusieurs critiques modèrent cependant l'enthousiasme qui doit être manifesté à l'égard des régimes sui generis de protection des savoirs traditionnels. D'abord, on regrettera la confusion que de nouvelles dispositions, introduites de manière erratique, sont susceptibles de créer dans un système de droit de la propriété intellectuelle qui était en passe de s'harmoniser à l'échelle internationale⁽⁷⁶⁹⁾. Ensuite, la

⁽⁷⁶⁶⁾ *additional formal or substantial patentability criterion. Legal consequences to the non-respect of the requirement should lie outside the ambit of patent law*. Communication from the European Communities and their Member States, Review of Article 27.3(b) of the TRIPS Agreement, and the Relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity (CBD) and the Protection of Traditional Knowledge and Folklore. A "Concept Paper", 17 octobre 2002, IP/C/W/383, p. 2 (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2003/august/tradoc_124404.pdf).

⁽⁷⁶⁷⁾ P. de CARVALHO, "From the Shaman's Hutt to the Patent Office : A Road Under Construction", in C. McMANIS (éd.) *Biodiversity & the Law : Intellectual Property, Biotechnology & Traditional Knowledge*, Londres, Earthscan, 2007, p. 251, note 52.

⁽⁷⁶⁸⁾ M. GOLIN et T. BARRY, "China's Disclosure of Origin Law to Enter into Force on October 1, 2009", *Venable LLP : News & Insights*, 22 septembre 2009 (<http://www.venable.com/chinas-disclosure-of-origin-law-to-enter-into-force-on-october-1-2009-09-22-2009/#page=1>).

⁽⁷⁶⁹⁾ OMPI, *Legal Texts Relevant to Traditional Cultural Expressions* (http://www.wipo.int/tk/en/legal_texts/index.fr.jsp) ; OMPI, *Legal Texts Relevant to Traditional Knowledge* (http://www.wipo.int/tk/en/legal_texts/index.jsp). Chiffres au 1^{er} octobre 2011.

⁽⁷⁶⁹⁾ D. GERVAIS, "The Internationalization of Intellectual Property : New Challenges from the Very Old and the Very New", *op. cit.*, p. 970.

compatibilité même des régimes nationaux sui generis avec l'Accord sur les ADPIC demeure abondamment discutée, d'aucuns discutant leur légalité au regard du droit international⁽⁷⁷⁰⁾.

Au-delà de ces débats juridiques, c'est pourtant l'application pratique des régimes sui generis qui interroge. Rien ne garantit en effet que les régimes mis en place à l'échelle nationale ne soient établis en faveur des populations indigènes traditionnelles. Dans les cas où un État est composé de plusieurs communautés, le pouvoir central peut être tenté d'exclure les populations traditionnelles de toute négociation pour capter à son seul profit les retombées économiques des savoirs traditionnels⁽⁷⁷¹⁾. Enfin, l'émergence désordonnée de dispositions nationales est susceptible d'avoir pour effet de concentrer les activités de bio-prospection dans les États disposant de la législation la moins contraignante, avec le risque de voir un alignement par le bas des exigences des régimes sui generis⁽⁷⁷²⁾.

§3. Protection des renseignements non divulgués

Au regard des difficultés liées à la mise en œuvre des régimes sui generis, la doctrine a également envisagé d'autres mécanismes de protection, susceptibles d'être mis en œuvre dans tous les États, même en l'absence de normes particulières propres aux savoirs traditionnels. Parmi ceux-ci, la protection des renseignements non divulgués.

Le droit applicable aux renseignements non divulgués – communément appelé « secrets d'affaires » ou « secrets industriels » – peut être invoqué à l'appui des revendications de détenteurs de savoirs traditionnels. Trois conditions doivent être réunies afin de pouvoir utilement demander réparation pour violation de secrets d'affaires. Le demandeur doit établir : (i) l'existence d'une information présentant une valeur économique découlant du fait qu'elle n'est pas généralement connue, (ii) des précautions raisonnables dans son chef, destinées

⁽⁷⁷⁰⁾ C. McMANIS et Y. TERAN, "Trends and scenarios in the legal protection of traditional knowledge", *op. cit.*, p. 8.

⁽⁷⁷¹⁾ W. LEWIS et V. RAMANI, "Ethics and Practice in Ethnobiology : Analysis of the International Cooperative Biodiversity Group Project in Peru", in C. McMANIS (éd.) *Biodiversity and the Law : Intellectual Property, Biotechnology and traditional knowledge*, Londres, Earthscan, 2007, p. 358.

⁽⁷⁷²⁾ Sur ce risque ("race to the bottom"), voyez C. McMANIS et Y. TERAN, "Trends and scenarios in the legal protection of traditional knowledge", in T. WONG, PIPA et G. DUFFIELD (éds.), *Intellectual Property and Human Development. Current Trends and Future Scenarios*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, Chapitre 4, p. 14.

à conserver cette information secrète et (iii) l'acquisition de cette information par un tiers, en violation d'une obligation de confidentialité, celle-ci pouvant être expresse ou tacite⁽⁷⁷³⁾.

La relative flexibilité du droit des secrets d'affaires permet de prétendre à son application toutes les fois où les savoirs traditionnels font l'objet d'une certaine confidentialité. Ainsi, dans l'affaire *Foster v Mountford*, la Cour Suprême du Territoire du Nord, en Australie, interdit la commercialisation des notes d'un anthropologue décrivant les rituels sacrés et l'emplacement des lieux de culte de la tribu aborigène Pitjantjara. La Cour aboutit à la conclusion que l'auteur était soumis à une obligation tacite de confidentialité à l'égard des informations qu'il avait recueillies auprès du peuple Pitjantjara. Dès lors que ces informations avaient été communiquées à l'anthropologue dans un contexte de confiance, il fallait en déduire qu'elles ne pouvaient pas ensuite être révélées⁽⁷⁷⁴⁾.

Il ressort de ces considérations que lorsque l'accès à certains savoirs traditionnels est limité – parce que ces savoirs sont considérés comme sacrés, ou parce qu'ils ne sont détenus que par quelques individus de la communauté (shamans, gourous, etc.) – le droit des secrets d'affaires peut trouver à s'appliquer, et, en cas de violation du secret par un tiers, peut donner lieu à dédommagement. Il s'agit là d'une voie d'action prometteuse, susceptible de permettre aux communautés indigènes d'interdire ou de négocier la divulgation des informations qu'elles détiennent et, en cas de violation de l'obligation de confidentialité, de demander réparation. En outre, la protection des secrets d'affaires étant prévue à l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC, ce mécanisme de protection présente l'avantage d'être disponible dans tous les États.

Les promoteurs de ce mécanisme de protection reconnaissent cependant ses limites. Lorsque les savoirs traditionnels sont publics, partagés sans précautions entre les différents membres d'une communauté – voire entre différentes communautés, comme cela arrive lorsque plusieurs tribus vivent dans un même environnement – la protection liée aux renseignements non divulgués sera tout simplement inefficace.

(773) R. BONE, "Trade secrecy, innovation and the requirement of reasonable secrecy precautions", in K. STRANDBURG, R. DREIFUSS et P. NEWMAN, *The Law and Theory of Trade Secrecy: A Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham, Edward Elgar, Press, 2010 ; D. VARADARAJAN, "A Trade Secret Approach to Protecting Traditional Knowledge", *Yale Journal of International Law*, Vol. 36, Summer 2001, p. 396.

(774) *Foster v Mountford* (1976) 29 FLR 233. Il convient cependant de signaler que le raisonnement de la Cour se fonde plus sur la notion de bonne foi que sur celle de secret d'affaire.

§4. Enrichissement sans cause

La doctrine de l'enrichissement sans cause est également parfois invoquée pour venir à l'appui des prétentions de détenteurs de savoirs traditionnels. La version américaine de l'enrichissement sans cause (« *unjust enrichment* ») bénéficie de conditions d'applications tout particulièrement intéressantes, puisqu'il suffit de prouver l'enrichissement de l'entreprise faisant usage des savoirs traditionnels et le caractère injuste ou inéquitable de cet enrichissement⁽⁷⁷⁵⁾. L'enrichissement de l'entreprise ayant fait usage de savoirs traditionnels pouvant souvent être établi – que ce soit par la vente de médicaments, de semences ou de produits culturels – c'est autour de la seconde condition que se cristalliseraient alors les débats.

Les États ayant adopté la version continentale de l'enrichissement sans cause requièrent quant à eux, outre la preuve d'un enrichissement, celle d'un appauvrissement corrélatif, et une absence de cause susceptible de les justifier. Ces conditions augmentent les exigences pesant sur le demandeur. Ainsi, il est parfois affirmé que, l'exploitation d'un savoir immatériel n'empêchant pas le détenteur de ce savoir de continuer à en faire lui-même usage, aucun appauvrissement ne pourrait être établi⁽⁷⁷⁶⁾.

Une autre objection que l'on peut adresser à l'application de la doctrine de l'enrichissement sans cause tient, paradoxalement, à l'absence de limite claire de son champ d'application – et cela qu'il s'agisse de la version américaine ou continentale de cette doctrine. La généralité des termes utilisés pour en définir l'application fait obstacle à ce que ce quasi-contrat puisse servir de test légal efficace pour arbitrer l'usage d'un bien immatériel. En d'autres termes, à trop invoquer la doctrine de l'enrichissement sans cause, le risque est grand de voir émerger un droit laissant le juge sans indication pour trancher le contentieux, faisant dépendre l'issue du litige du sentiment d'équité du juge⁽⁷⁷⁷⁾.

(775) D. GERVAIS, "The Internationalization of Intellectual Property : New Challenges from the Very Old and the Very New", *op. cit.*, p. 973.

(776) *Ibidem*, p. 975, note 242.

(777) À défaut d'exigences plus précises, le risque est grand de voir la théorie de l'enrichissement sans cause appliquée aux biens immatériels devenir un standards flou, susceptible d'être appliqué sans fondement ("standardless, freeroaming right to sue competitors for business conduct that courts or juries might be persuaded to deem objectionable"). M. LEMLEY, "The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights", *Stanley Law Review*, Vol. 61, 2008, p. 343, cité par D. VARADARAJAN, "A Trade Secret Approach to Protecting Traditional Knowledge", *op. cit.*, p. 412.

§5. Responsabilité extra-contractuelle

On peut enfin s'interroger sur la question de savoir si le droit de la responsabilité extracontractuelle ne pourrait pas être invoqué à l'appui des demandes des peuples indigènes⁽⁷⁷⁸⁾. En effet, il semble possible de soutenir que si certains États signataires de la CDB n'ont pas adopté de régime interne *sui generis*, c'est parce qu'ils estiment que le droit commun de la responsabilité protège déjà leurs communautés des actes de bio-piraterie⁽⁷⁷⁹⁾.

L'application des règles de responsabilité extracontractuelle est déclenchée par la violation d'un standard de bon comportement ; la commission d'une faute. La construction de ce standard – norme juridico-sociale – se fait à l'intervention de l'ensemble des acteurs de la société. Parmi ceux-ci, les États, dont l'intervention sur la scène internationale participe à la formation de la norme. L'élaboration de traités et de documents de travail⁽⁷⁸⁰⁾, ainsi que l'émergence progressive de grands principes en droit international (consentement éclairé préalable et partage des bénéfices) contribuent à définir un standard de bon comportement dont la violation constituerait une faute. En cela, la conclusion spontanée de conventions de partage des bénéfices entre communautés traditionnelles et prospecteurs (chercheurs, universités ou entreprises)⁽⁷⁸¹⁾, peut être interprétée comme la reconnaissance, par ces personnes, de l'existence d'une obligation légale.

(778) Cette solution a notamment été évoquée par l'OMPI : "The protection of traditional knowledge against misappropriation may be implemented through a range of legal measures, including : a special law on traditional knowledge ; laws on intellectual property, including laws governing unfair competition and unjust enrichment ; the law of contracts ; the law of civil liability (...)". OMPI, Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, The Protection Of Traditional Knowledge : Revised Outline Of Policy Options And Legal Mechanisms, Genève, 24-26 avril 2006, WIPO/GTRKF/IC/9/INF/5, annexe, p. 5.

(779) Ainsi, certains commentateurs affirment que la CDB contient déjà des dispositions juridiquement contraignantes exigeant l'obtention d'un consentement éclairé. Seul le véhicule procédural demanderait à être encore défini. C. HEINKE et F. WOLFF, "Access to Genetic Resources and the Sharing of Benefits", *op. cit.*, p. 29.

(780) Voyez point III.3. *supra*, et les notes de bas de page 52 à 54. C'est précisément la multiplication des instruments internationaux qui fonderait le standard de bon comportement alors que la CDB, à elle seule, ne trouverait à s'appliquer que moyennant l'adoption de mesures de mise en œuvre en droit interne.

(781) Voyez par exemple : J. MILLER, "Impact of the Convention on Biological Diversity : The Lessons of Ten Years of Experience with Models for Equitable Sharing of Benefits", in C. MC MANIS (éd.), *Biodiversity and the law : intellectual property, biotechnology and traditional knowledge*, Londres, Sterling, 2007, pp. 58 et s.

En l'absence de définition claire de la notion de savoir traditionnel et de son objet, sanctionner le non-respect des principes de consentement éclairé préalable et de partage des bénéfices par le biais de la responsabilité extracontractuelle ne semble cependant pouvoir se faire⁽⁷⁸²⁾ qu'au détriment de la sécurité juridique⁽⁷⁸³⁾. En particulier, l'absence de désignation claire des bénéficiaires de la protection pose problème. Sur ce point, la CDB renvoie tout à la fois à l'État souverain et aux communautés traditionnelles⁽⁷⁸⁴⁾. Dans ces circonstances, l'entreprise qui souhaite se mettre à l'abri d'une action en responsabilité veillera à obtenir tout à la fois l'accord de l'État et celui de la communauté locale concernée, avant toute exploitation des savoirs traditionnels.

D'autres critiques peuvent être formulées à l'égard de la mise en œuvre d'une action en responsabilité extracontractuelle. Ces critiques tiennent aux difficultés liées à l'allocation d'une indemnisation adéquate. Plus précisément, sont pointées les difficultés relatives au calcul du montant de l'indemnité, ainsi que celles liées à la répartition de cette indemnité entre différents demandeurs lorsque plusieurs communautés ou plusieurs États peuvent prétendre à la paternité d'un même savoir⁽⁷⁸⁵⁾. Ces critiques nous semblent cependant devoir être modérées. Certes, la valeur d'une information est difficile à calculer, mais il s'agit là d'un problème auquel les juridictions sont fréquemment confrontées. Il en va notamment ainsi toutes les fois où il s'agit de calculer le montant de l'indemnité due pour contrefaçon d'un produit protégé. Plusieurs méthodes d'évaluation ont été identifiées en d'autres occasions et peuvent

(782) Rappelons que « déterminer la force contraignante des règles est une œuvre largement jurisprudentielle. Il s'agit essentiellement d'une tâche de politique jurisprudentielle, marquée par les perspectives téléologiques de la juridiction qui l'accomplit ». H. CULOT, "Soft law et droit de l'OMC", *Revue internationale de droit économique*, 2005, p. 252.

(783) "At national level, sound regulation (through legislation or administrative or policy measures) on access and benefit-sharing (ABS) under the CBD is essential to guarantee legal security for all parties involved." Communication from the European Communities and their Member States, Review of Article 27.3(b) of the TRIPS Agreement, *op. cit.*, p. 2.

(784) Alors que les différents articles de la CDB renvoient aux « Parties contractantes », le préambule de la Convention désigne très clairement les communautés traditionnelles comme les bénéficiaires du régime qu'elle met en place : « Reconnaissant qu'un grand nombre de communautés locales et de populations autochtones dépendent étroitement et traditionnellement des ressources biologiques sur lesquelles sont fondées leurs traditions et qu'il est souhaitable d'assurer le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles intéressant la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments ».

(785) S. MUNZER, "The Uneasy Case for Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge", *op. cit.*, p. 20, lequel évoque cependant ces difficultés à l'égard de la mise en œuvre de la théorie de l'enrichissement sans cause.

être mises en œuvre par les cours et tribunaux⁽⁷⁸⁶⁾. De même, en ce qui concerne la pluralité de communautés pouvant prétendre à une indemnité, plusieurs solutions sont envisageables. Il a ainsi été proposé que soit constitué un « cartel » de demandeurs, en vue de permettre la fixation d'une clef de répartition du produit de l'action judiciaire, négociée entre les différentes communautés⁽⁷⁸⁷⁾. Dans les systèmes juridiques qui connaissent de ce type de demande. Il est également envisageable de solder le litige via l'introduction d'une *class action*. Il apparaît donc que, malgré les nombreux reproches qu'on puisse lui faire, l'action en responsabilité extracontractuelle constitue un véhicule judiciaire susceptible, tout à la fois, de porter les demandes en indemnisation des peuples autochtones, et, ex ante, de décourager l'appropriation unilatérale des savoirs traditionnels par le biais de la propriété intellectuelle.

(786) Il ne nous appartient pas de faire ici un récapitulatif des différentes méthodes d'évaluation disponibles pour les informations couvertes par des droits de la propriété intellectuelle. Nous nous limiterons à signaler que l'une des méthodes les plus efficaces consiste sans doute à procéder par comparaison avec d'autres accords de licence de même nature ("benchmarking"), afin d'estimer de définir un prix de marché. A cette fin, plusieurs organisations collectionnent et agrègent les conditions de cession de licences afin de définir un taux moyen de redevance par secteur d'activité. Voyez : Association of Technology Managers ("AUTM") (<http://www.autm.net/AM/Template.cfm?Section=Surveys>); Licensing Executives Society ("LES") (<http://www.les.org/Article/Home.html>). Sur toutes ces questions, voyez aussi S. ALBANY-JENI, "What's A Reasonable Royalty Rate?", Patent Baristas, 17 novembre 2005, (<http://www.patentbaristas.com/archives/2005/11/17/whats-a-reasonable-royalty-rate/>); D. GERADINI, *Abusive pricing in an IP licensing context : An EC competition law analysis*, 12th EU Competition Law and Policy Workshop : A Reformed Approach to Article 82 EC, European University Institute, Florence, 8-9 juin 2007, p. 14 (www.sssm.com).

(787) J. VOCAL (éd.), *The Biodiversity Cartel. Transforming Traditional Knowledge into Trade Secrets*, Quito, CARE, Proyecto SUBIR, 2000.

CHAPITRE III

CONCLUSIONS

Fruit d'une fiction juridique et de la volonté du législateur, le droit de la propriété intellectuelle ne peut s'appliquer en-dehors des frontières du territoire de l'État qui l'a établi. A priori, le caractère territorial de la propriété intellectuelle fait donc obstacle à ce que les entreprises multinationales ne mettent en place des stratégies de *forum shopping* destinées à tirer parti, dans plusieurs États, de l'application de règles nationales particulièrement avantageuses. De même, la territorialité du droit de la propriété intellectuelle fait obstacle, au premier abord, à ce que les États puissent adapter leurs règles internes pour modifier les comportements commerciaux des entreprises actives sur d'autres marchés. Cette rigidité propre aux droits intellectuels est encore confirmée en droit international privé, lequel commande l'application de la *lex loci protectionis*, soit la loi du pays pour lequel la protection est revendiquée. En règle, la saisine d'une juridiction étrangère ne permet donc pas non plus de modifier les normes applicables à un conflit relatif à une relation non contractuelle. À première vue, le droit de la propriété intellectuelle est donc étroitement compartimenté, et le comportement de chacun des acteurs n'est déterminé que par la loi de l'État dans lequel sont commercialisés les produits protégés.

À contrepieds de ces quelques grands principes, la présente contribution met en lumière plusieurs situations dans lesquelles le droit de la propriété intellectuelle d'un État est susceptible d'affecter globalement les activités d'entreprises multinationales. Les règles de nouveauté et d'épuisement des droits en sont un parfait exemple. Confrontées à celles-ci, les entreprises actives sur plusieurs marchés n'ont parfois pas d'autre choix que d'adapter leur politique commerciale aux normes de l'État le plus strict. Dans un autre registre, plusieurs États ont adapté

leurs normes nationales relatives à l'octroi de licences obligatoires pour discipliner l'usage qu'une entreprise fait de ses droits de la propriété intellectuelle dans un autre État. En sens inverse, la sélection des marchés sur lesquels les entreprises multinationales décident de solliciter la protection des éléments immatériels de leur patrimoine constitue une forme de réponse aux coûts imposés par certains États pour l'octroi de droits intellectuels. De même, au stade de la mise en œuvre des droits, les entreprises actives sur plusieurs marchés parviennent-elles à mettre en place des stratégies de *forum shopping*. Car en effet, si la décision d'une juridiction ne préjuge pas, en théorie, du résultat d'un contentieux identique dans d'autres États, en pratique, les multinationales en conflit sur plusieurs territoires se refusent le plus souvent à multiplier les procédures, la décision rendue par la juridiction la première saisie jouant alors un rôle prépondérant.

À cet égard, le droit des savoirs traditionnels actuellement en construction est susceptible d'avoir une influence remarquable sur le comportement des multinationales. Les mécanismes de protection défensifs font obstacle à l'acquisition de brevets à l'étranger. Les mécanismes de protection offensifs permettent aux populations indigènes d'obtenir une contrepartie pour l'utilisation, dans d'autres États, des connaissances qu'elles ont développées. L'adoption de dispositions internes établissant un régime de protection *sui generis* constitue une voie de protection en vogue, permettant à chaque État de régir l'accès aux connaissances développées par ses communautés. Dans le cas où aucune disposition nationale n'a été adoptée, d'autres mécanismes de protection peuvent être mobilisés. Il en va ainsi du droit des secrets d'affaires, susceptible d'être utilement mobilisé lorsque le savoir traditionnel en cause a gardé un caractère confidentiel. À défaut de confidentialité, la doctrine de l'enrichissement sans cause et le droit commun de la responsabilité extracontractuelle semblent pouvoir servir de relai aux prétentions des détenteurs de savoirs traditionnels. Si le droit de la responsabilité extracontractuelle constitue un véhicule judiciaire prêt à l'emploi, l'insécurité juridique qui continue à entourer la notion de savoirs traditionnels rend le succès d'une telle action incertain. Une telle incertitude est cependant condamnée à disparaître au cours des années à venir, une nouvelle phase de travaux portant sur les savoirs traditionnels étant actuellement en cours⁽⁷⁸⁸⁾.

(788) OMPI, communiqué de presse, « IGC : avancée majeure ouvrant la voie aux travaux de groupes de travail sur les ressources génétiques et les savoirs traditionnels » Genève, 10 décembre 2010, PR/2010/675, (http://www.wipo.int/pressroom/fr/articles/2010/article_0051.html). Selon son directeur général, le mandat confié par les États parties à l'OMPI en vue de clarifier le droit des savoirs traditionnels est le mandat le plus précis qui lui ait été confié jusqu'à présent. OMPI, communiqué de presse, « Une conférence internationale demande des résultats concrets sur les savoirs traditionnels, les ressources génétiques et les expressions culturelles traditionnelles », New Delhi/Genève, 13 novembre 2009, PR/2009/616 (http://www.wipo.int/pressroom/fr/articles/2009/article_0049.html).

INDEX

A

Abus de majorité 159-160
Accord ADPIC 185, 201-202, 211-213, 232, 236-237, 243, 247, 251-252
Action en comblement du passif 118
Actionnaires 18, 25, 49, 60-63, 70-72, 74-75, 80, 83, 87, 89, 91-93, 95-98, 102-103, 108-109, 111-114, 117-119, 121, 124, 130, 133-140, 147, 155-157, 159-161, 173, 176
Administrateurs 18, 44, 90-91, 105, 118, 160-166
– Administrateur(s) de fait 118
– Administratrice de droit 148
Alien Tort Claims Act (ACTA) 32-33, 40
Annuité compensatoire 92
Anthropologie 252
Apparence trompeuse 146, 150, 158, 168-169
Autonomie 19, 60-61, 63, 85, 90, 97-98, 113, 123-124, 142
Autorégulation 47, 56
– Charte(s) 47
– Code(s) de conduite(s) 47

B

Banque 8, 11, 17
Bio-piraterie 228, 244, 254
Brevet pharmaceutique 212-213

Brevetabilité, brevetable 200-202, 212-214, 220, 249
Brevets d'invention 185, 188, 190, 192-193, 195, 200-201, 210, 228, 249

C

Capacité 12, 20-21, 37, 60, 76, 108, 237, 243
Capital 10-11, 15, 17, 19, 60, 67, 76, 89, 95-96, 98-99, 117, 155
Capitalisation 221
Capitalisme 11
Chiffre d'affaires 7, 9, 10, 17-18
Class action 32, 256
Cogestion 111
Commerce parallèle, importations parallèles 234-235
Commercialisation 234-235, 247, 252
Commission européenne 47, 56, 109, 115, 118-119
Compétence universelle 32, 46
Concurrence, concurrent 136-137, 139, 173-174, 195-196, 209, 211, 221, 223, 235, 238
Confiscation 27
Conflit(s) d'intérêts 63, 161-162
Confusion de patrimoine 166-167
Conseil de l'Europe 24, 201, 208
Consommateur 160