

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : **Droit et Science Politique**

Présentée et soutenue par

ZHUANG Chuanjuan

le 18 décembre 2017

Protection juridique du savoir-faire traditionnel en médecine : comparaison entre le droit français et le droit chinois

Discipline : **Droit** Spécialité : **Droit privé** Unité de recherche : **CDA (EA 780)**

Directrices de thèse Madame Alexandra MENDOZA-CAMINADE, Professeur,
Université Toulouse I Capitole
Madame Anne-Marie DUGUET, Maître de conférences,
Université Toulouse 3 Paul Sabatier

JURY

Rapporteurs Madame Bénédicte BOYER-BÉVIÈRE, Maître de conférences,
Université Paris 8
Madame Élisabeth TARDIEU-GUIGUES, Maître de conférences,
Université Montpellier I

Suffragants Madame Anne-Marie DUGUET, Maître de conférences,
Université Toulouse 3 Paul Sabatier
Monsieur Jacques LARRIEU, Professeur émérite,
Université Toulouse I Capitole
Madame Alexandra MENDOZA-CAMINADE, Professeur,
Université Toulouse I Capitole

L'Université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières émises dans cette thèse qui doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À ma fille,

À son père

Remerciements

Mes plus profonds remerciements sont adressés à madame Alexandra MENDOZA-CAMINADE, Professeur à l'Université de Toulouse 1, ainsi qu'à madame Anne-Marie DUGUET, Professeur à l'Université de Toulouse III, mes Directrices de thèse, pour leur confiance, leur écoute et leur accompagnement tout au long de ce projet de recherche. Que ces quelques mots puissent rendre hommage à leur travail et leur professionnalisme.

Ils s'adressent également et sincèrement au Professeur Jacques LARRIEU, ainsi qu'au Conseil Régional de Midi-Pyrénées et à l'Université de Toulouse en la personne de son Directeur, sans qui je n'aurais pas pu mener cette recherche.

Ils sont destinés également à ma famille pour son soutien, son réconfort et sa patience tout au long de ces années. Un merci sans limites pour Alain SERRIES et pour sa contribution indéfectible tout au long de ce projet.

De nombreuses autres personnes sont intervenues dans la réalisation de cette entreprise. S'il ne m'est pas donné de pouvoir les citer avec toute l'exhaustivité requise, j'ai présentement en mémoire de remercier Christophe BONTÉ et Sophie DE BENTZMANN pour leurs précieux conseils en Chine, Jocelyne LARRIEU pour son aide administrative providentielle à l'Université de Toulouse I, Muriel MOUSTAPHA pour son soutien et ses précieuses informations, ainsi que Hongjie MAN, Lihong CUI et Zhe PENG pour leur soutien organisationnel à l'Université de Shandong.

Un projet de recherche tel que celui présenté dans cet ouvrage ne peut pas et ne doit pas se construire seul, aussi je souhaite rendre hommage à tous ceux et celles et ceux qui m'ont accompagnée dans cette aventure.

Sommaire

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Introduction | 13 |
| | |
| PARTIE PREMIÈRE : Notion de savoir-faire traditionnel en médecine..... | 27 |
| TITRE I : LES CONCEPTS SPÉCIFIQUES AU SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL EN MÉDECINE | 29 |
| Chapitre 1 : De l'usage controversé de la notion de savoir-faire | 31 |
| Chapitre 2 : Le savoir-faire traditionnel en médecine au sein du savoir traditionnel.. | 85 |
| TITRE II : CONTEXTES SOCIÉTAUX PASSÉS ET PRÉSENTS DES SAVOIR-FAIRE TRADITIONNELS EN MÉDECINE..... | 117 |
| Chapitre 1 : Aperçu général conjoncturel du savoir-faire traditionnel en médecine. | 119 |
| Chapitre 2 : Environnement juridique international | 161 |
| | |
| PARTIE SECONDE : Les voies de protection du savoir-faire traditionnel en médecine | 189 |
| TITRE I : LES VOIES NATIONALES DE PROTECTION DU SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL EN MÉDECINE | 191 |
| Chapitre 1 : Protection par le droit de la propriété intellectuelle..... | 193 |
| Chapitre 2 : Approches hors du champ de la propriété intellectuelle..... | 235 |
| TITRE II : LES VOIES DE PROTECTION INTERNATIONALES ET LEURS DÉCLINAISONS NATIONALES | 291 |
| Chapitre 1 : La protection défensive..... | 293 |
| Chapitre 2 : La protection positive | 341 |
| | |
| Conclusion générale..... | 389 |

Abréviations principales

| | |
|----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ADPIC | Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (en anglais : TRIPS) |
| AGCS | Accord général sur le commerce des services |
| AIPPI | Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle |
| ANASE | Association des Nations de l'Asie du Sud-Est |
| APA | Accès et partage des avantages |
| APIE | Agence du patrimoine immatériel de l'État (France) |
| CAN | Communauté Andine |
| CDB | Convention sur la diversité biologique |
| CFDA | China Food and Drug Administration |
| CNUED | Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement |
| CPDCC | Consentement préalable donné en connaissance de cause |
| CSIR | Council of Scientific and Industrial Research |
| CTCMPD | China Traditional Chinese Medicine Patent Database (chine) |
| DIGERPI | Direction Générale de l'enregistrement de la propriété industrielle (Panama) |
| GATT | Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce |
| IGC | Comité inter-gouvernemental de la propriété intellectuelle relatif aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (WIPO-IGC) |
| INDECOPI | Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Pérou) |
| ITM | Institut de médecine traditionnelle (Laos) |
| LMTC | Loi sur les médecines traditionnelles chinoises |

| | |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------------------------|
| LPCI | Loi sur le patrimoine culturel immatériel de la République populaire de Chine |
| MTC | Médecine traditionnelle chinoise |
| MTR / MCP | Médecine traditionnelle / Médecine complémentaire et parallèle |
| OEB | Office européen des brevets |
| OMC | Organisation mondiale du commerce |
| OMPI | Organisation mondiale de la propriété intellectuelle |
| OMS | Organisation mondiale de la santé |
| ONU | Organisation des Nations unies |
| PBR | People's Biodiversity Registers (Inde) |
| PCT | Traité de coopération en matière de brevets |
| PJEA | Partage juste et équitable des avantages |
| PLT | Patent Law Treaty (Traité sur le droit des brevets) |
| PNUD | Programme des Nations unies pour le développement |
| PPF | Protection du patrimoine en France |
| RMTC | Règlement sur les médecines traditionnelles chinoises de la République populaire de Chine |
| RPMTC | Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois |
| SFT | Savoir-faire traditionnel |
| SFTM | Savoir-faire traditionnel en médecine |
| TKDL/BNST | Traditional Knowledge Digital Library / Bibliothèque numérique des savoirs traditionnels |
| UE | Union européenne |
| UKPTO | United Kingdom Patent Office |
| Unesco | Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture |
| USPTO | US Patent and Trademark Office |
| WIPO | World Intellectual Property Organization (OMPI) |
| WIPO-IGC | Voir IGC |

INTRODUCTION

1. Les plus puissantes entreprises multinationales prévoient d'investir des centaines de milliards d'euros dans l'intelligence artificielle, dans des technologies nouvelles encore inconcevables il y a moins d'un siècle, alors pourquoi s'intéressent-elles aux pratiques ancestrales et primaires de quelques individus perdus dans les coins les plus reculés de la planète ? Notre histoire connaît un bouleversement au point de rendre nombre de films d'anticipation complètement désuets, et pourtant des contrées abritant des sociétés aux pratiques et savoirs d'apparence archaïque alimentent encore les discussions des plus importantes organisations internationales.

En fait, au-delà de tels clichés, ces territoires plus ou moins reculés pratiquent et protègent des savoir-faire traditionnels et des ressources biologiques dont les usages en médecine suscitent l'intérêt des plus grandes puissances de la planète. De ces richesses du bout du monde, certains y voient des solutions aux cataclysmes biologiques qui peuvent frapper notre humanité, mais beaucoup y perçoivent d'abord et pour le présent des opportunités financières et commerciales à saisir. Et dans ce cas, ces savoirs et ressources peuvent être en danger si leur accapuration et leur exploitation ne sont pas encadrées par des dispositifs protecteurs, donc juridiques. En effet de nombreuses entreprises ont conscience des enjeux financiers que représentent les savoirs ancestraux et les trésors cachés de plantes aux propriétés utiles ou présentées comme telles pour la santé humaine. Or le pillage intellectuel et environnemental des savoirs traditionnels et

des ressources naturelles est une pratique que la morale ne peut combattre à elle seule, il lui faut l'appui du droit, de la justice et de la volonté politique pour donner une chance à ces richesses de perdurer, ou simplement de survivre. L'enjeu est connu depuis déjà plusieurs décennies. La biopiraterie¹ menace les ressources génétiques et les savoirs traditionnels qui proviennent de territoires souvent concentrés dans les pays en voie de développement. Ces richesses sont d'autant plus convoitées que leurs propriétés singulières seront restées plus ou moins secrètes, protégées et transmises de générations en générations par des autochtones, des ethnies, ou plus généralement par des sachants aux savoirs et savoir-faire traditionnels ancestraux. Ces ressources sont menacées de pillage et de destruction par ou pour des entreprises individuelles, nationales ou internationales qui les exploitent et obtiennent des profits parfois colossaux, mais sans offrir en contrepartie un quelconque partage de leurs bénéfices à ceux dont ils doivent pourtant la source de ce profit. En raison de leur potentiel économique, technique, juridique, stratégique ou politique, certaines entreprises vandalisent en toute impunité ces savoirs ancestraux, les transforment ou en extraient l'essence vitale, puis privatisent le résultat obtenu en s'appuyant sur le système de protection international de la propriété intellectuelle qui leur est favorable. Elles protègent ainsi leurs résultats aux dépens même des pays - souvent en voie de développement - à l'origine de leurs bonne affaire, et qui ne peuvent prétendre à en partager les avantages. Ces pays doivent par contre payer pour en bénéficier, et peuvent même dans certains cas singuliers se retrouver sous l'interdiction de poursuivre leur propre exploitation ou de pouvoir l'améliorer. Dans cette situation les communautés spoliées non seulement ne bénéficient pas d'une compensation pour l'utilisation de leurs ressources et savoir-faire traditionnels, mais sont donc parfois de surcroît dépouillées, de par le Droit, de leur possibilité d'exploitation². Ainsi ce droit qui leur est opposé, et notamment celui de la propriété intellectuelle, pourra leur sembler au service de la destruction et du pillage matériel, intellectuel, et environnemental. Nombre d'exemples fourmillent ainsi à l'échelle internationale qui démontrent l'existence de lacunes patentes dans la protection des ressources génétiques et savoirs traditionnels. Des affaires retentissantes

¹ La biopiraterie est définie comme une « pratique consistant à déposer des brevets sur les savoirs traditionnels et les ressources génétiques de peuples autochtones et à commercialiser leur utilisation sans autorisation des pays d'origine » : Parlement européen, Séance plénière, Communiqué de presse, 15 janv. 2013

² MENDOZA-CAMINADE Alexandra, *Biodiversité et propriété intellectuelle : à la recherche d'un modèle juridique*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2014, p. 105-111

comme celles de l'exploitation du neem, du curcuma ont révélé des déficiences importantes dans ce domaine, et notamment dans le sillage de la médecine traditionnelle. Parfois, en raison de leur caractère traditionnel, ces connaissances sont exploitées suivant l'argument qu'elles appartiennent au domaine public, et qu'elles sont donc gratuitement accessibles et utilisables.

Ce premier contexte, somme toute un peu sombre, présenté en défaveur des intérêts de leurs détenteurs, nous invite à s'y intéresser sous l'angle juridique. Dans un autre contexte, plus favorable, il est envisageable que ces détenteurs de savoirs traditionnels puissent décider par eux-mêmes de les valoriser et d'en partager les bienfaits avec le monde extérieur. La sagesse prudente les incitera à préserver les ressources biologiques en correspondance avec le développement de ces savoirs. Toutefois ces détenteurs seront confrontés à un univers impitoyable plus ou moins connu, susceptible d'anéantir leur ambition ou de les convaincre d'abandonner leur projet. S'ils persistent, ils seront alors à la recherche d'une protection, juridique notamment, pour leurs savoirs d'une part, et pour leur ressources biologiques d'autre part. Et souvent, ils prendront la mesure de l'échelle internationale de leur affaire. Ils pourront même s'interroger sur la capacité de leur propre pays à les protéger contre des prédateurs de tous horizons quand ce dernier n'en est pas un lui-même. Dans cette mission protectrice, certains pays ont cherché et cherchent encore à défendre la possibilité de disposer de droits pour eux ou pour leurs autochtones sur ces savoirs et sur leurs ressources biologiques. Ils développent leurs efforts à l'échelle de leur nation mais aussi à l'international dans le but de parvenir à des accords qui leurs seraient favorables, mais se heurtent à la suprématie de puissances dont les intérêts sont généralement incompatibles.

2. Ainsi, qu'il s'agisse d'un contexte ambitieux ou de défense, ces sujets appellent en réponse le développement d'une étude juridique très spécifique. L'intérêt de celle-ci est d'autant plus marqué que les prémices d'une recherche dans ce domaine révèlent rapidement une situation tout à fait surprenante. Alors que ce dernier concerne la défense des savoir-faire potentiellement plurimillénaires et notoirement menacés depuis des décennies, les législations internationales mais aussi souvent nationales, destinées à la protection de ces savoirs traditionnels semblent être restées sensiblement « modestes ». Le sujet est complexe, certes, et l'on conviendra que légiférer dans ce domaine peut revenir parfois à imposer des remèdes pires que le mal. Mais il peut paraître paradoxal que l'application des préceptes protecteurs basiques, comme ceux

issus du Protocole de Nagoya, n'apparaissent en France et en Chine qu'en 2017, alors qu'ils sont évoqués depuis plus de quarante ans dans les hautes sphères internationales.

Autre constat dès le développement d'une recherche sur ce sujet : la terminologie juridique qui lui est affectée semble relativement « souple ». C'est d'ailleurs cette remarque qui nous amène dès le départ à réfléchir précisément sur le sens que l'on donne aux mots et aux expressions utilisés dans le champ du savoir-faire traditionnel relatif à une pratique médicale. Qu'est-ce qu'un savoir-faire traditionnel en médecine ? Peut-on protéger juridiquement à l'international une expression elle-même empreinte d'imprécisions ? Là encore, la rigueur d'une étude juridique sur ce contexte sémantique apparaît porteuse de progrès. D'autant que sur la notion de « savoir-faire traditionnel », pourtant relativement compréhensible et appréhendable dans son concept en France, la recherche semble être restée en général discrète, en apparence tout au moins. À sa base pourtant, la notion de savoir-faire est relativement bien traitée. La littérature est abondante sur le sujet, et l'aspect juridique, analysé depuis de nombreuses années, permet de disposer des réponses utiles. Mais rapidement le chercheur est à découvert lorsqu'il entreprend de définir juridiquement le « savoir-faire traditionnel », et notamment pour le distinguer du savoir-faire ou du savoir traditionnel. La spécificité médicale qu'il voudra y adjoindre ne sera qu'une complication supplémentaire. Le détenteur d'un « savoir-faire traditionnel en médecine » rencontrera donc bien des difficultés à en disposer d'une définition juridique. Et pourtant, comment en assurer la défense sans y avoir recours ?

3. En marge des discussions sémantiques, le pays supposé protéger les savoir-faire traditionnels de ses autochtones détenteurs sera confronté à de nombreuses autres questions pertinentes. La première sera sans doute celle du *Pourquoi*. Pourquoi vouloir protéger ces savoirs et savoir-faire traditionnels, existe-t-il une ou des valeurs morales ou raisons incontournables et universelles qui seraient suffisamment justifiées pour motiver un tel engagement ?

Dans les divergences entre d'une part un individu, un groupe de personnes, une tribu ethnique, vivant sur un territoire reculé d'un pays en voie de développement, et d'autre part une industrie multinationale soutenue par son armée de juristes et de techniciens qu'elle est en mesure de rémunérer, qui est dans le vrai ?

La raison du plus fort n'est-elle pas la plus juste ?

En fait, les raisons qui motivent les grandes puissances à développer la protection des savoirs traditionnels sont tout aussi pragmatiques que morales.

Assurer le futur de notre humanité et notamment celui de nos enfants, est un facteur de motivation qui permet parfois d'entreprendre des mesures contre des agissements destructeurs à court ou moyen terme. Certaines ressources génétiques ne sont pas inépuisables, et leur sort souvent lié à celui de leur environnement. On relie ce concept à celui du développement durable, qui plus qu'un frein potentiel au développement économique, s'avère parfois au contraire générateur de richesses.

Avant même d'évoquer le futur de l'humanité, les scientifiques et les industries s'intéressent de près aux remèdes que pourraient apporter à terme des savoir-faire traditionnels et des ressources génétiques à des maladies difficiles à guérir par les méthodes médicales conventionnelles existantes, au confort quotidien de millions d'humains, ou même à des maladies potentiellement inconnues dont certaines pourraient s'avérer désastreuses pour l'humanité.

Par ailleurs, parce que l'identité d'un pays se construit aussi sur son passé, une nation doit se donner les moyens de le sauvegarder, pas seulement pour elle, mais aussi pour le monde entier qui peut voir ainsi se perpétuer une part de son patrimoine culturel. Dès lors et indépendamment d'un contexte d'exploitabilité, cette nation est portée à veiller à ce que la protection des savoir-faire traditionnels puisse permettre à leurs détenteurs de ne pas laisser dépérir leurs savoirs, ni de les négliger au profit des méthodes médicales modernes, voire même d'y apporter des améliorations comme l'ont fait leurs ancêtres parfois pendant des milliers d'années, que ces savoir-faire soient présentement « utiles » ou non.

Enfin sur des bases juridiques et morales supposées régir le commerce à l'international, l'équité raisonnable en matière contractuelle justifie également cette protection. Cette équité envers des ethnies, des peuples, des individus, qui disposent d'un trésor ancestral, et qui aspirent à le protéger mais qui doivent résister à des entreprises aguerries, doit pouvoir s'appuyer sur le respect de lois et de normes équitables ou raisonnablement équilibrés, notamment dans l'exploitation des ressources biologiques.

Plus encore que le Pourquoi de cette protection, la question du *Qui* doit en bénéficier conduira le chercheur sur le chemin d'une analyse adaptée. S'agissant de biens ancestraux, transmis généreusement ou à quelques individus seulement, parfois sur des

milliers d'années, la notion de bénéficiaire soulève de nombreuses interrogations indissociables du *Comment* assurer cette protection qui reste la question essentielle.

4. À cette question du « comment », les nations débattent à l'international depuis des décennies. Quelques spécialistes ont proposé un recours au droit de la propriété intellectuelle. Et dans cette logique, l'idée est évoquée de s'appuyer sur le droit des brevets. Mais ce droit qui sert à protéger les sciences et techniques, les innovations, peut-il s'avérer approprié pour protéger efficacement un savoir-faire traditionnel en médecine ? L'obstacle le plus important rencontré par un tel savoir dans sa quête du brevet concerne les conditions de nouveauté et de créativité requises pour sa validité. Les médicaments traditionnels souvent fabriqués par les autochtones sont composés d'herbes brutes issues directement de la nature. Leur composition pharmaceutique est approximative, parfois plus intuitive que scientifique, et leur processus de fabrication reste souvent rustique sans l'appui confortable de la science et de laboratoires. Dans ce contexte, le produit mais aussi le processus de fabrication auront bien du mal à répondre aux standards des normes inhérentes aux brevets. De plus, l'identité même des détenteurs du savoir-faire traditionnel est parfois imprécise, voire impossible à déterminer. D'autant que ces savoir-faire émanant de connaissances ancestrales, il est souvent difficile d'en connaître les auteurs ou potentiels co-inventeurs. En outre, il est parfois inextricable, voire irréaliste de formaliser par écrit un savoir-faire car il se transmet généralement par oral, et parfois le sachant ne parvient pas à donner une description limpide de son action. Par ailleurs, le brevet exige que le détenteur révèle son ou ses secrets, ce qui donc facilite le travail des biopirates, d'autant que le détenteur n'a pas toujours les moyens, le savoir ou l'envie de lutter contre cette exaction, au détriment donc du devenir de ce savoir-faire traditionnel. Enfin, la demande, l'examen et le maintien d'un brevet coûtent cher, et les sociétés autochtones ne sont parfois pas suffisamment riches, ce qui peut les décourager soit à protéger le bien si le brevet est déjà déposé, soit même simplement à déposer un brevet. Sur ces considérations, le droit des brevets peut-il alors véritablement servir les intérêts des savoir-faire traditionnels ?

En marge du droit des brevets et de ses contraintes, les autres droits de la propriété intellectuelle tels que le secret commercial, le droit des marques, et de l'indication géographique, présentent également des possibilités, mais aussi des limites s'ils doivent servir à la protection d'un savoir-faire traditionnel. Peuvent-ils néanmoins apporter une

réponse à ce besoin ? Le secret commercial, par exemple, pourrait s'avérer potentiellement efficace pour protéger les savoir-faire traditionnels encore secrets, lorsqu'ils sont par exemple détenus par quelques personnes d'une communauté autochtone. Mais nombre de ces savoirs sont déjà accessibles et connus, issus de transmissions d'hommes à hommes depuis des générations. Dans ce cas, la protection par le secret commercial d'un savoir-faire traditionnel en médecine est-elle encore pertinente, d'autant qu'elle se heurte de par ses caractéristiques secrètes, au droit d'information des consommateurs ?

5. Des réponses à ces questions seront donc probablement recherchées hors du champ de la propriété intellectuelle, et seront portées au plan international par des pays directement revendicateurs à pouvoir bénéficier d'une protection de leurs savoir-faire traditionnels en médecine. C'est dans ce cadre qu'ils sont parvenus sous l'égide des Nations unies à la conclusion de la *Convention sur la diversité biologique* (CDB) à Nairobi en mai 1992 au siège du Programme des Nations unies pour l'Environnement (PNUE). Signée aujourd'hui par la quasi-totalité des pays, cette convention définit des normes en matière de respect et de reconnaissance des connaissances traditionnelles et a donné trois objectifs afin d'y parvenir. Ces objectifs concernent la promotion de la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de la diversité biologique, et le partage équitable des avantages et bénéfices issus de l'exploitation de ces savoirs traditionnels et des ressources génétiques. Cette convention initiée en 1977 dans un contexte de lutte contre la désertification, est entrée en vigueur le 29 Décembre 1993, et confère aux États un droit de souveraineté sur leurs ressources naturelles.

Plus récemment, le protocole international dit *Protocole de Nagoya* est venu consolider la CDB. Adopté en octobre 2010, ce *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation à la Convention sur la diversité biologique*, est un accord majeur entré en vigueur en 2014, qui a notamment pour vocation de préciser la notion de consentement préalable en connaissance de cause, la divulgation d'origine et le partage des avantages. Ces outils sont indispensables ou peuvent l'être dans le cadre de la protection potentielle des savoir-faire traditionnels. Mais la signature, la ratification, le déploiement à l'échelle nationale et internationale de ce protocole emprunte des parcours différents suivant le regard et l'intérêt que lui porte chaque pays. Dans le monde, ce protocole est ainsi exploité de façon très disparate suivant les environnements géographiques,

économiques, politiques et législatifs. L'Europe notamment a déployé deux règlements en réponse au Protocole de Nagoya, sans toutefois formaliser de sanction en cas de non-respect. C'est pourquoi en 2017 encore, hormis la France et l'Espagne, peu de pays se sont investis dans une réponse à ces évolutions. Mais déjà bien auparavant, devant les carences de ces conventions et accords internationaux, d'autres législations sui generis ont été mises en œuvre dans de nombreux pays. Certaines sont empreintes d'une envergure « transnationales », à l'échelle donc de territoires regroupant plusieurs pays. C'est le cas par exemple des « Décisions de la Communauté Andine » (CAN). Appuyée le cas échéant par des législations nationales volontaires dans ce domaine, la voie transnationale a été plébiscitée par le passé dans l'attente qu'enfin à l'échelle internationale les orientations décisives soient développées pour la protection des savoir-faire traditionnels et des ressources génétiques.

6. Issu de ce panorama international, mais dans un contexte qui leur est propre, deux pays affichent une représentativité notable de cette construction législative, sans toutefois en symboliser une posture politiquement caricaturale.

Comme beaucoup d'autres, la France et la Chine ont signé et ratifié la Convention CDB et le *Protocole de Nagoya*, puis ont déployé une législation correspondante plus ou moins rapidement, plus ou moins pertinente ou performante.

La France tout d'abord, pays développé au sein de l'Union européenne, qui possède des industries pharmaceutiques de pointe et qui s'intéresse de près aux ressources génétiques internationales. Ce pays conserve toutefois une part de raison et de politique visant à défendre la protection environnementale, notamment sur son propre territoire, suivant un discours qui s'est renforcé ces dernières années. Le pays est en effet politiquement très sensible à la protection de l'environnement, une part de plus en plus sensible de son PIB y est consacrée, et peut dans ce cadre accepter certaines contraintes qui seraient contraires à ses intérêts économiques directs mais conformes à cet affichage. La France en tant que membre de l'Union européenne s'est également alignée sur la volonté générale européenne d'une recherche de compromis dans le domaine du partage des avantages susceptible d'apporter à terme un élan positif à la protection des savoirs et savoir-faire traditionnels et des ressources biologiques. Enfin la France dispose dans ses territoires d'outre-mer des richesses biologiques qu'elle se doit de protéger.

Sur le plan législatif, la France ratifie en 2006 la *Convention de l'Unesco pour la*

sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Puis, sous l'influence de l'Union européenne, la France signe le *Protocole de Nagoya* le 20 septembre 2011, qu'elle ratifie le 31 août 2016. Pour déployer ce protocole en interne, elle promulgue la *Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016* et le *Décret n° 2017-848 du 9 mai 2017 relatif à l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées et au partage des avantages découlant de leur utilisation*, un texte entré en vigueur le 1er juillet 2017.

Dans un environnement qui diffère de celui de la France sur nombreux points, la Chine, possède un patrimoine culturel immatériel et traditionnel conséquent, très riche, et dans sa forme préfigure un pays dit en voie de développement. De ce fait, le pays du milieu a connu et connaît encore de multiples exemples où ses savoirs ancestraux et ses ressources biologiques sont exploitées avec peu de contreparties et dans des pratiques fragilisant ces ressources. Mais la Chine est également dépositaire d'une technologie qui connaît des progrès fulgurants depuis quelques décennies. Les puissances industrielles du pays du milieu sont porteuses d'ambiguïtés d'intérêts politiques au sein même de la nation en devenant potentiellement prédatrices des savoir-faire traditionnels des ethnies locales. Ces entreprises sont en mesure d'exploiter ces ressources personnelles mais aussi de les mettre en danger si la puissance étatique n'y prend garde, à l'instar des préjudices que d'autres puissances étrangères ont déjà fait subir à ce pays. Pourtant la Chine dispose en propre des législations favorables à la préservation de ses ressources génétiques et de son savoir-faire en médecine traditionnelle. À cet égard, le pays s'investit en interne mais aussi à l'international, et prend parfois le temps de la réflexion par rapport à ses voisins. C'est ainsi que dès 1992 elle promulgue le *Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois*, puis onze ans plus tard en 2003 le *Règlement sur les médecines traditionnelles chinoises de la RPC* par son Conseil d'État. Sur le plan international la Chine a ratifié en 2004 la *Convention sur la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel* de l'Unesco. Sur cette base elle a promulgué sur son territoire en 2011 la *Loi sur le patrimoine culturel immatériel de la RPC*. En développant sa législation dans ce sens, la Chine a ouvert une possibilité nouvelle de protection de ses savoir-faire, et notamment de son folklore. Puis en 2016 le pays du milieu adhère au *Protocole de Nagoya*, et promulgue la même année en interne la *Loi sur les médecines traditionnelles chinoises* qui entre en vigueur le 01 juillet 2017. Attendue depuis de nombreuses années, cette loi est sensée permettre un rebond juridique favorable pour la pratique des médecines traditionnelles. Les praticiens de

cette médecine doivent y voir un axe de progrès mais également rester d'un optimisme relatif. En effet si cette loi apporte des progrès notables en faveur de la MTC, elle reste très prudente et imprécise sur des points importants notamment sur les responsabilités administratives qui encadrent la mise au point des médicaments. Elle constitue un pas en faveur de la médecine traditionnelle chinoise et aurait sans doute gagné en pertinence en lui permettant de s'écarter des critères d'évaluation et du modèle de gestion de la médecine conventionnelle pour relâcher les contraintes actuelles des règlements et des lois qui la brident. En marge de ces avancées législatives la Chine s'investit pour la création de bases de données. La plus notoire est probablement la *China Traditional Chinese Medicine Patent Database (CTCMPD)* qui collationne les savoir-faire en médecine traditionnelle ayant déjà fait l'objet d'un dépôt de brevet.

7. Le contexte exposé ci-avant nous offre le bouquet de questions essentielles suivant qui encadrent la protection des savoir-faire traditionnels en médecine, et préfigure les bases d'une stratégie d'étude destinée à y répondre.

En premier lieu, à la question « qu'est-ce qu'un savoir-faire traditionnel en médecine ? » il nous faudra déterminer une définition juridique pertinente, puis s'interroger sur la rigueur juridique à porter à la sémantique de cette expression qui puisse rester en corrélation avec sa protection, en cohérence avec la pratique, et ce en France mais aussi à l'international.

Il nous est donné ensuite de s'interroger sur les possibilités effectives de protection procurées par le droit de la propriété intellectuelle sur les savoir-faire traditionnels en médecine, et si ce droit s'avère insuffisant, de chercher si d'autres voies juridiques sont accessibles à cette fin.

à cet égard, des lois récentes ont été publiées en matière de protection des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés, pourquoi sont-elles devenues nécessaires à présent alors que ces richesses sont parfois accessibles depuis des siècles, quelles sont les raisons qui motivent les nations plus qu'avant à protéger ces savoirs traditionnels ? Ne sont-ils pas d'ores et déjà protégés - ou menacés - par des textes fondamentaux ? Faut-il envisager de rendre ces derniers plus efficaces ?

8. Pour développer une étude sur la protection des savoir-faire traditionnels en médecine, et pour apporter des réponses à ces questions, l'initialisation de la démarche consisterait donc dans un premier temps à définir l'objet à protéger, son contenu et ses caractéristiques, les difficultés qu'il rencontre, sur la trame d'une analyse suivant d'une

part un axe géographique qui s'étend de la France à la Chine, et d'autre part suivant un axe historique centré sur la Chine. Pour ce faire, j'ai appuyé la pertinence de cette recherche sur mon expérience professionnelle développée dans chacun des deux pays cibles, la Chine de manière prépondérante, et la France. Sur ces bases, la première étape de cette recherche consiste à cadrer la sémantique des sujets développés pour en délimiter les contours, limiter le champ exigible en matière de protection et en simplifier l'usage dans notre ouvrage. Qu'est-ce qu'un savoir-faire, un savoir traditionnel, un savoir-faire traditionnel en médecine. La recherche d'une définition consensuelle au sens commun et juridique, en France, en Chine, et plus généralement à l'international, loin d'être anodine permet de se repositionner sur les bonnes questions par la suite, et apporte déjà des éclairages sur les visions différentes que l'on va rencontrer en parcourant le monde. Elle nous conduira sur des caractéristiques communes inhérentes aux savoir-faire traditionnels en médecine.

Forts de ces précisions, nous chercherons à comprendre les contextes sociétaux des savoir-faire traditionnels en médecine et de leurs protections. Pour ce faire nous reviendrons sur l'histoire de leur évolution et sur celle de leur protection, notamment en Chine, pour nous permettre de développer à propos mais surtout de comprendre son environnement juridique au présent et les menaces qui pèsent sur la médecine traditionnelle chinoise. En effet cette histoire remonte à plusieurs milliers d'années et a connu des évolutions à l'image d'une source devenant fleuve que la modernité confronte désormais à des barrages, non pas pour l'arrêter mais pour en maîtriser toutes les forces vitales. Avec l'avènement du commerce mondial et aux difficultés relatives de l'industrie chimique face aux maladies, ces savoir-faire et les ressources biologiques associées sont l'objet de convoitises révélant un intérêt croissant à leur rencontre mais aussi des phénomènes de biopiraterie dont certaines affaires ont été particulièrement retentissantes et que nous évoquerons.

Pour s'adapter à ces situations les entités politiques nationales et internationales se sont mobilisées avec plus ou moins d'implication, créant un environnement juridique international spécifique au savoir-faire traditionnel. Des accords et des conventions ont été négociés entre puissances. Parmi ceux-ci, la *Convention sur la diversité biologique* (CDB), ses compléments, la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel* de l'Unesco et la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, marquent des étapes historiques dans l'affirmation de la volonté de préserver certaines ressources biologiques. Mais leur efficacité reste relative,

notamment lorsqu'elle est confrontée à l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC, ou TRIPS en anglais).

Cette présentation générale du contexte juridique international est indispensable à la poursuite de notre étude sur les voies de protection des savoir-faire traditionnels en médecine. En s'appuyant de prime abord sur le droit de la propriété intellectuelle, la protection de ces savoirs peut être analysée par les ouvertures offertes par les droits des brevets, puis par celles du secret commercial. Le droit de la propriété intellectuelle recèle également des possibilités dérivées intéressantes telles que le droit des marques et l'indication géographique, que certaines entreprises ont d'ailleurs empruntées.

Toutefois la protection des savoir-faire traditionnels en médecine doit aussi s'envisager hors du champ direct de la propriété intellectuelle, car pendant des décennies, les pays concernés – quasiment tous les pays en fait, mais suivant parfois des desseins opposés – ont pu (ou pas) développer des systèmes législatifs plus ou moins protecteurs à l'échelle nationale. On insistera tout d'abord sur le contexte de la Chine, sa Constitution, ses règlements et ses lois sur le patrimoine culturel et sur les médecines chinoises.

Nous verrons aussi que d'autres pays présentent des initiatives nationales notables dans l'élaboration de systèmes de protection, mais c'est bien à l'échelle internationale que les pays cherchent surtout à obtenir des avancées substantielles, car des difficultés majeures culminent à ce niveau. Pour présenter l'éventail des possibilités envisagées, notre recherche s'est tout d'abord appuyée sur les possibilités offertes par la protection défensive puis positive. En matière défensive, la création de bases documentaires sensées protéger les savoir-faire est une ouverture pertinente qui présente bien des avantages mais aussi des inconvénients. Il sera donc évoqué leur mise en œuvre via des bibliothèques numériques et des registres d'immatriculation. Plus complexes sur le plan juridique et pratique, les réglementations autour de la divulgation d'origine peuvent et doivent être régies par des conventions internationales. Il s'agit d'un domaine qui offre des potentialités conséquentes en matière de protection.

En matière de protection positive, le consentement préalable en connaissance de cause et le partage équitable des avantages reposent sur des initiatives nationales et internationales, sur des conventions et des protocoles farouchement négociés. Dans ce cadre, le *Protocole de Nagoya* est entré en vigueur en 2014, et permet d'offrir des perspectives intéressantes pour la protection des savoir-faire traditionnels en médecine. Ses déclinaisons récentes notamment en matière de partage des avantages ont la vocation d'agir au présent pour préserver leur avenir.

9. Aussi, dans le cadre de cette analyse, la présente thèse développe dans un premier temps la notion de savoir-faire traditionnel en médecine (*partie première*), et dans un second temps les voies de protection de ce savoir-faire traditionnel en médecine (*partie seconde*).

PARTIE PREMIÈRE :
NOTION DE SAVOIR-FAIRE
TRADITIONNEL EN
MÉDECINE

10. L'expression « savoir-faire traditionnel en médecine » reprise dans cette étude est issue d'une réflexion spécifique visant entre autre à synthétiser les réflexions autour du savoir-faire et du savoir traditionnel. Si le concept global correspondant semble accessible de prime abord, il nécessite d'être précisé pour un usage juridique, d'autant qu'il doit correspondre à des notions portées universellement. À cette fin la première partie de cet ouvrage se consacre méthodiquement à cette analyse en partant des expressions en usage sur l'ensemble du globe. L'objectif est de démontrer qu'il existe un consensus tant national qu'international sur la possibilité d'un usage varié des expressions correspondantes à la notion étudiée. Lorsque cet objectif est atteint, il devient possible de préciser et d'étendre le champ des investigations en conséquence pour une étude contextuelle sociétale relative à la notion et à la protection qui lui est dédiée.

Ainsi cette première partie déploie dans son titre premier une réflexion autour des notions portées par l'expression « savoir-faire traditionnel en médecine », puis sur la conclusion d'une ouverture assez large de celle-ci, elle étudie dans son titre second les contextes sociétaux passés et présents des savoir-faire traditionnels en médecine et de leur protection.

TITRE I : LES CONCEPTS

SPÉCIFIQUES AU SAVOIR-FAIRE

TRADITIONNEL EN MÉDECINE

11. Une démarche d'analyse sémantique méthodique du « savoir-faire traditionnel ». La remarque préliminaire qui régit l'ensemble de la démarche de ce titre I est qu'il existe peu de références juridiques à la notion précise de « savoir-faire traditionnel ». Cela s'entend en France notamment, mais encore plus en Chine, ce qui pourrait paraître paradoxal pour un pays empreint de traditions millénaires.

Quelques études ont bien été menées sur la base précise de cette expression, mais soit elles s'orientent en définitive sur le « savoir traditionnel », soit elles omettent d'en préciser le contour, la nature et la définition. Elles restent par ailleurs à distance de la composante de notre étude ciblée sur l'aspect médical.

Notre recherche s'aventure dès lors sur le terrain de cette expression relativement vierge par une approche sémantique, méthodique, qui vise dans un premier temps à individualiser chacun des termes génériques de la notion étudiée.

12. Aussi la démarche entreprise pour préciser la notion de savoir-faire traditionnel en médecine suit une trame progressive qui analyse de prime abord ce qu'est un « savoir-faire », puis un « savoir traditionnel », puis un « savoir traditionnel en médecine ». La recherche tente ensuite de porter les nuances entre « savoir traditionnel en médecine » et « savoir en médecine traditionnelle » afin d'aboutir à une définition du « savoir-faire traditionnel en médecine ».

13. Une grande variété sémantique pour traiter du savoir-faire en général. Cette démarche rigoureuse sera rapidement nuancée par la mise en évidence d'une absence généralisée de rigueur lexicale des études qui portent sur les notions portées par notre sujet, et cela globalement dans tous les domaines utiles, qu'ils soient fonctionnels,

sociaux, géographiques et juridiques. Les variétés sémantiques qui correspondent aux notions de notre recherche sont bien plus larges que le simple titre de notre recherche. Dès lors en fin de ce titre 1 nous serons en mesure de proposer une définition du « savoir-faire traditionnel en médecine », certes, mais la conclusion la plus importante sera la liberté d'usage lexicale qui nous sera offerte pour appréhender la notion étudiée. Pour y parvenir nous aborderons dans le chapitre 1 la notion de savoir-faire, puis relierons au chapitre 2 le savoir-faire traditionnel en médecine au savoir traditionnel puis à la médecine traditionnelle.

CHAPITRE 1 : DE L'USAGE CONTROVERSÉ

DE LA NOTION DE SAVOIR-FAIRE

14. **Savoir-faire traditionnel et savoir-faire.** L'expression « savoir-faire traditionnel en médecine » portée par le titre de notre étude met en valeur celle de « savoir-faire ». L'utilisation de cette terminologie française peut sembler relativement accessible, mais elle se révèle subtilement complexe dès lors qu'on exige d'elle une rigueur juridique affirmée, ou tout au moins communément admise. En effet, le champ d'application de cette expression « savoir-faire » a souvent été débattu, voire controversé par différents spécialistes. De ce fait il pourrait sembler plus fonctionnel par exemple de recourir à l'expression plus générique « know-how » que l'on retrouve dans de nombreux ouvrages juridiques dédiés à l'analyse de cette notion en propriété intellectuelle, ou de se reporter uniquement sur l'usage de l'expression « savoir traditionnel ». Il convient donc de préciser l'incidence d'un tel choix et la pertinence de l'usage de cette expression française « savoir-faire » dans notre étude.

En Chinois, la recherche en traduction pour déterminer quelle sera la meilleure expression correspondant à « savoir-faire » ou à « know-how » nécessitera le recours préalable à une analyse terminologique spécifique et à celle de différentes définitions existantes pour être en mesure de faire un lien entre les différentes expressions chinoises en usage et celles que l'on voudrait représentatives de la notion de savoir-faire.

Dès lors pour y parvenir il convient dans un premier temps d'apprécier la terminologie de l'expression « savoir-faire » dans nos deux principaux répertoires d'étude : la France et la Chine, puis de rechercher la ou les définitions en adéquation avec la notion étudiée, pour enfin en permettre une synthèse.

SECTION 1 : TERMINOLOGIE

15. « Savoir-faire » et « know-how », correspondance réputée. La formulation la plus pertinente pour aborder la notion de savoir-faire aurait pu être celle de *know-how*³. Cette expression d'origine américaine est l'abréviation de *know-how to do it* que l'on peut traduire littéralement par *savoir comment le faire*⁴ qui signifie *le fait de savoir comment s'y prendre*⁵. Il faut remonter à 1916 pour en trouver une première apparition en droit américain⁶, dont le sens n'est alors pas exactement celui que l'on pourrait ou que l'on voudrait lui attribuer aujourd'hui. À ce sujet François DESSEMONTET notera d'ailleurs en 1974 que s'il se trouve un consentement américain à cette époque pour apprécier le know-how comme représentatif de connaissances plutôt que d'une dextérité manuelle, les caractéristiques de ces connaissances étaient et sont restées depuis controversées⁷. On trouve par la suite une définition de know-how approuvée par l'Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle (AIPPI), en 1974 qui restera en usage pendant plusieurs décennies. Depuis, la référence à cette expression s'est considérablement développée à l'international, et par voie de conséquence la variété des usages et des interprétations s'est également élargie, rendant son statut de référence internationale potentiellement équivoque. Toutefois, c'est aussi parce que cet usage est désormais international qu'il nous permet de disposer d'une référence de base consensuelle pour développer une réflexion sur ce thème. Enfin, le rapprochement entre la notion portée par *know-how* et celle de savoir-faire existe en France⁸, il est relativement bien accepté, ce qui nous porte

³ Arrêté du 12 janvier 1973 relatif à l'enrichissement du vocabulaire pétrolier, Journal Officiel de la République française, 18 janv. 1973, p.741.

⁴ FABRE (R.), *Le know how : sa réservation en droit commun*, thèse, Paris : Librairies techniques, 1976, n° 6, p. 10.

⁵ MAGNIN (F.), *Know-how et propriété industrielle*, thèse, Paris : Librairies techniques, 1974, n° 16, p. 19.

⁶ Durand v. Brown, 6 Cir, 236 F. 609, 8 novembre 1916

⁷ DESSEMONTET François, *Le Savoir-faire industriel*, librairie Droz, Genève, 1974, p11.

⁸ CALVO (J.) et COURET (A.), *La protection des savoir-faire de l'entreprise*, Revue française de gestion, 1995, p.95 ; CAURA (V.), *Secret et contrat*, thèse à l'Université Lille 2, 2001, p. 136, n° 159 ; DELEUZE (J.M.), *Le contrat de transfert de processus technologique : know-how*, Les Manuels de droit et pratique du commerce international, Paris : Masson, 1976, p. 20 ; DESSEMONTET (Fr.), *Le savoir-faire industriel. Définition et protection du « Know-how » en droit américain*, thèse, Genève, Librairie Droz, 1974, p. 11 ; FABRE (R.), *Le know how : sa réservation en droit commun*, thèse, Paris : Librairies techniques, 1976, n° 6, p. 11 ; MOUSSERON (J.-M.), *Traité des brevets*, Paris : Librairies techniques,

à considérer positivement la référence à la terminologie *know-how* pour la suite de l'étude en Chine.

Cette démarche servant de base pour la recherche d'un tronc commun France / International / Chine est rapidement mise à mal par la réalité pratique de la sémantique en usage en Chine. Aussi notre étude se focalisera de prime abord sur l'aspect terminologique liée à l'expression « savoir-faire » en France, puis en sous-section 2, sur celle en Chine.

§ 1 : Terminologie française

16. « Savoir-faire » et « know-how », réserves sur la correspondance. On notera effectivement qu'en France la traduction réputée pertinente de *know-how* est l'expression *savoir-faire*. Il s'agit toutefois d'une traduction parfois controversée dans le passé pour ceux qui ont recherché une correspondance irréprochable entre les deux formulations, chaque langue, qu'elle soit française ou américaine étant porteuse de subtilités notables. Aussi de nombreux juristes, professeurs et chercheurs ont préféré parfois conserver l'expression américaine d'origine dans le développement de leurs ouvrages rédigés en français.

Ainsi, Jacques AZÉMA en 1975, revenant sur l'arrêté du 12 janvier 1973 susceptible de lui imposer l'usage du français *savoir-faire* au lieu de *know-how*⁹, préfère dans son discours l'usage de ce dernier¹⁰. Il précise son choix en arguant que *know-how* est d'abord notoirement connu et utilisé, et que sa traduction par *savoir-faire* ne permet pas de cerner toute la complexité de la notion.

À l'inverse, plus favorable à la francisation de l'expression, François DESSEMONTET propose en 1974 de conserver l'expression *savoir-faire* en traduction de *know-how*¹¹. Il développe à cette fin une analyse rétrospective des différentes options retenues par ses

1984, n° 11, p. 17 ; SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), *Savoir-faire*, Répertoire de droit commercial. Dalloz, 2009, n° 1.

⁹ Arrêté du 12 janvier 1973 publié au JO du 18 janvier 1973, p. 741

¹⁰ Fondation Nationale pour le droit de l'entreprise, Montpellier 1975 Le know How, 5ème rencontre de propriété industrielle, Librairies techniques, p.13.

¹¹ DESSEMONTET François, *Le Savoir-faire industriel*, librairie Droz, Genève, 1974, p10.

confrères. Citant la traduction *tour de main*¹² retenue par Charles MAGNIN, *connaissances spéciales*¹³ par ASHLEY, *connaissance du savoir-faire technique*¹⁴ par BOUJU, *art de fabrication*¹⁵ par PRÉVERT, *secret technique*¹⁶ par BERTIN, *art de fabrication secret*¹⁷ par l'Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle (AIPPI), il évoque dans un premier temps la tentation de n'utiliser que l'expression anglaise *know-how* pour aborder la notion, dès lors que certains la jugent plus précise que les mots *savoir-faire*, et qu'elle porte l'avantage d'être répandue en Europe, notamment en Allemagne.

Puis il oppose tout d'abord la capacité d'adaptation des différentes langues tant française, allemande qu'américaine aux besoins et aux contextes, capacité qui permet à l'expression utilisée de s'adapter utilement à l'univers qu'on lui impose. Il relève ensuite l'aspect « cacophonique et cacographique » de *know-how* lorsque cette expression américaine est utilisée en France. Il note également que son usage est notoirement variable suivant l'environnement populaire ou juridique aux États-Unis, ce qui pourrait déjà déconsidérer chez elle son propre aspect universel.

Il constate enfin que sa position est confortée en France par l'usage, mis en œuvre en pratique par « les gouvernements, les organisations internationales et les spécialistes d'expression française [qui] ont abandonné le terme anglais, pour adopter d'ordinaire les mots de *savoir-faire* »¹⁸.

17. « Savoir-faire » et « know-how », correspondance admise. Toutefois, délaissant les querelles de ces années 1970, la plupart des spécialistes admettent depuis la pertinence de cette traduction française, conscients de la prudence générale qu'il convient d'adopter dès lors que l'on utilise des mots différents pour parler d'une même notion. Ainsi Olivier WENIGER en 1994 dans son étude comparative des droits allemand, français et suisse¹⁹, considère comme admise la synonymie des deux termes,

¹² MAGNIN Charles, *Propriété industrielle et Marché commun*, Colloque de Grenoble 1963 (151.633), p.47.

¹³ ASHLEY, *Rapport général*, Congrès de l'IFA, Knokke, 1958, (271.58), p.31.

¹⁴ BOUJU, *La protection des inventions aux États-Unis*, (153.60), p.202.

¹⁵ PRÉVERT, *Permanence de la loi morale*, (181.58), p.37.

¹⁶ BERTIN, *Le secret en matière d'inventions*, (116.65), p.27.

¹⁷ L'AIPPI a d'abord employé le terme *art de fabrication secret*, pour en revenir à celui de *know-how*, (Cf. doc. EL/DD/M/740, 16.3.1959 avec Ann. 1970, p.215 et suiv.)

¹⁸ DESSEMONTET François, *Le Savoir-faire industriel*, librairie Droz, Genève, 1974, p.11.

¹⁹ WENIGER Olivier, *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (know-how) - Étude*

même si « elle pas encore entièrement familière aux praticiens », et s'appuie sur la définition de l'AIPPI qui associe en 1974 les deux termes : « On appelle savoir-faire (know-how) des connaissances et expériences de nature technique, [...] »²⁰.

Plus récemment encore Christian LE STANC dans une publication de mai 2013 cristallise la traduction de *know-how* par *savoir-faire* dès les premières lignes de son développement²¹ : « Identifiée aux États-Unis sous le terme de *know-how*, traduit en français par *savoir-faire*, la notion fut définie voici un certain temps par Jean-Marc MOUSSERON [...] »

18. « Savoir-faire » et « know-how », correspondance juridique. Sur le plan juridique, d'abord notoirement absente des textes officiels français, la notion de savoir-faire va s'appuyer sur les réflexions portées par les analystes en droit de la propriété intellectuelle, sur la jurisprudence et sur les publications internationales pour poser l'expression française *savoir-faire*.

On trouve ainsi un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui le 13 juillet 1966 donne une première définition du savoir-faire²². Mais il faut attendre l'arrêt du 12 janvier 1973²³ évoqué précédemment pour trouver une première correspondance officielle entre *savoir-faire* et *know-how* : « Savoir-faire (n.m) Habileté acquise par l'expérience ; connaissance pratique (en anglais : know how) ». Cette correspondance sera confortée par l'AIPPI dans sa définition du savoir-faire en 1974²⁴. Plus récemment encore, en 2004, la traduction apportée au Journal officiel de l'Union européenne de la définition du *know-how* est sans ambiguïté : « 'know-how' means a package of non-patented practical information, [...] » est traduit par : « savoir-faire, un ensemble d'informations pratiques non brevetées, [...] ».

19. Si donc historiquement les débats ont mis en cause la pertinence de la correspondance entre *savoir-faire* et *know-how*, de plus en plus de spécialistes l'admettent aujourd'hui, et c'est effectivement cette correspondance relativement bien

comparative des droits allemand, français et suisse, Librairie Droz, Genève, 1994, p.15.

²⁰ AIPPI, Comité Exécutif et Conseil des Présidents de Melbourne, 24 février – 2 mars 1974, Question 53A, p. 47

²¹ LE STANC Christian, *Propriété intellectuelle et savoir-faire*, Propriété industrielle n°5, Mai 2013, repère 5, p.1.

²² Cass. Com., 13 Jul. 1966 : JCP 1967, II, 15131 note DURAND.

²³ Arrêté du 12 janvier 1973 publié au JO du 18 janvier 1973, p. 741.

²⁴ AIPPI, Comité Exécutif et Conseil des Présidents de Melbourne, 24 février – 2 mars 1974, Question 53A, p 47.

ancrée au plan juridique français qui sera retenue pour la suite de notre recherche. Toutefois une telle conclusion avantageuse de la terminologie française pour aborder la notion de savoir-faire ne se renouvelle pas en langue chinoise.

§ 2 : Terminologie chinoise

20. « **Savoir-faire** » et « **know-how** », défaut de correspondance littérale en chinois. On pourrait dans un premier temps rechercher une correspondance littérale directe entre *know-how*, *know-how-to-do-it* ou savoir-faire, avec des mots chinois, mais le résultat obtenu n'est pas satisfaisant, ni d'ailleurs en usage dans le pays du milieu. *Know-how* par exemple donnerait en chinois : 知道-如何 ce qui ne veut strictement rien dire en Chine. De même *savoir-faire* donnerait : 知道-做. ; la compréhension pour un chinois serait peut-être un peu meilleure mais resterait encore décevante. Le semblant de sens correspondant serait un peu orienté vers celui de l'habileté et de la compétence (本领), et ce sens restreint n'est pas satisfaisant juridiquement. *Savoir-faire* traduit par 知道-做 est de toutes les façons une combinaison de mots qui n'est pas utilisée, tant juridiquement que dans l'usage courant, et son utilisation serait même considérée comme un mot nouveau. Quant à la correspondance avec *know-how-to-do-it* : 知道-如何-做, elle est compréhensible et pourrait signifier en français : « savoir comment le faire » ou « savoir comment faire », mais l'expression est trop longue pour une utilisation commune tant en langage courant que juridique, comme le serait en France l'usage d'une phrase pour désigner un mot. Elle n'est donc pas non plus utilisée, et n'a pas de caractère pertinent.

A) Avis des spécialistes

21. Correspondance à « **savoir-faire** » en chinois par « **know-how** ». Pour définir une correspondance entre *savoir-faire*, expression française, et sa traduction chinoise, la démarche est développée à partir de l'expression américaine *know-how*

largement plébiscitée. Il s'agit effectivement du seul point de référence utilisé entre les deux langues qui permet de disposer d'un socle potentiellement consensuel pour notre analyse.

Cette convention est d'autant plus pertinente qu'il sera noté que, comme en France, et de façon récurrente, les notions de savoir-faire en Chine sont dans de nombreux cas basées sur la traduction (les traductions) de *know-how*, ou bien des correspondances avec l'expression.

22. Introduction de « know-how » en Chine. Cela n'a pas toujours été le cas. En effet, il faut attendre les années 1960 pour que cette expression anglaise soit en fait introduite en Chine²⁵, grâce notamment à une politique nouvelle d'ouverture de la Chine sur les pays occidentaux et notamment aux échanges technologiques qu'elle a menés avec le Japon et l'Europe de l'Ouest. Auparavant la jeune République populaire de Chine n'a réservé l'essentiel de ses échanges technologiques qu'avec les pays communistes de l'Europe de l'est et de l'ex-Union Soviétique. Ce n'est d'ailleurs qu'en 1964 et sous l'impulsion du général De Gaulle, que la Chine et la France établissent des relations « sur un plan normal, autrement dit diplomatique »²⁶.

Enfin, il faudra attendre les années 1970 pour que les États-Unis établissent à leur tour des relations diplomatiques avec la Chine, et les années 1980 pour que cette dernière adopte une politique progressiste de réformes et d'ouverture largement plus favorable aux échanges technologiques.

Dès lors à partir des années 1960, des réflexions sont initiées pour traduire *know-how* en langue chinoise. Il en résulte toutefois des traductions multiples et exsangues d'homogénéité, tout au moins dans un premier temps. Aujourd'hui encore les traductions juridiques en langue chinoise qui correspondent à *know-how* restent diverses et variées.

23. Variété de traductions de « know-how » en chinois. Même au niveau doctrinal, la variété des traductions que l'on peut trouver en Chine de *know-how* rend

²⁵ CAI Chunhua, Mémoire de master : *Study on Legal Protection of Know-how Transfer to China by Transnational Corporations*, East China University of Political Science and Law, 2005, p.6. ZHONG Jianhua, *Several Basic Problems of Legal Protection of Trade Secret*, Journal of Renmin University of China, 1995, n°4, p.65.

²⁶ Général de Gaulle, Conférence de presse donnée à l'Élysée le 31 janvier 1964, « Mais le poids de l'évidence et de la raison, pesant chaque jour davantage, la République Française a décidé de placer ses rapports avec la République Populaire de Chine sur un plan normal, autrement dit diplomatique. »

difficile un choix unique de cette expression, si tant est qu'il est pertinent de le faire.

Par exemple le Professeur HE Shengming, dans son ouvrage « Le Grand dictionnaire économique et financier », précise que *know-how* peut être traduit par 专有技术, 技术秘密, ou 技术诀窍²⁷, expressions que nous traduirions à notre tour en français respectivement par : *technique*²⁸ *exclusive* (专有技术)²⁹, *secret technique* (技术秘密)³⁰ et *habileté technique* (技术诀窍)³¹. Il concède ainsi que plusieurs expressions différentes peuvent correspondre à *know-how*. Son point de vue est corroboré par celui du Professeur Gongguo LI dans son ouvrage consacré à la protection juridique de la technique exclusive³².

D'autres spécialistes tels que ZHONG Jianhua³³, ZHANG Qinglin³⁴ et MO Haosi³⁵ s'accordent à ne retenir pour traduction de *know-how* que l'expression 专有技术, traduite précédemment par *technique exclusive*. ZHANG Qinglin justifie son choix sur la base du constat que cette expression est majoritairement utilisée dans le système juridique chinois et qu'elle est communément acceptée par la plupart de spécialistes³⁶.

À contrario, les spécialistes YUAN Yong³⁷, WEN Xu³⁸, LI Yongming³⁹ ont fixé leur dévolu de traduction de *know-how* par 技术秘密, précédemment traduit par *secret*

²⁷ HE Shengming, *Grand dictionnaire économique et financier*, éditions financières et économiques de Chine, 1990, p.1715.

²⁸ Le choix s'est posé d'utiliser le mot technique ou technologie. Il faut bien noter toutefois qu'en Chine comme en France, la confusion entre ces deux mots est assez fréquente. De plus, en chinois il n'existe pas de correspondance exacte pour chacun de ces deux mots. L'expression « technique » nous semble plus pertinente car elle permet plus facilement son emploi dans des domaines autres que scientifiques, comme par exemple le secteur commercial.

²⁹ Le pinyin de 专有技术 est : zhuan you ji shu

³⁰ Le pinyin de 技术秘密 est : ji shu mi mi

³¹ Le pinyin de 技术诀窍 est : ji shu jue qiao

³² LI Gongguo, *La protection juridique et les droits de propriété de la technique exclusive*, Journal of Lanzhou University (Social Science), Vol 21, n°4, 1993, p.100.

³³ ZHONG Jianhua, *Several Basic Problems of Legal Protection of Trade Secret*, Journal of Renmin University of China, 1995, n°4, p.65.

³⁴ ZHANG Qinglin, *Identification de la nature juridique de la technique exclusive*, Law Review, 1993, n°1, p.31.

³⁵ MO Haosi, *La protection juridique et administrative de la technique exclusive*, Public Administration & Law, 2005, n°7, p.127.

³⁶ ZHANG Qinglin, *Identification de la nature juridique de la technique exclusive*, Law Review, 1993, n°1, p.31.

³⁷ YUAN Yong, *Protection juridique du secret technique*, Science Technology and Law, 1998, n°2, p.29.

³⁸ WEN Xu, *Concept et caractéristiques du secret technique*, Propriété industrielle, 1990, n°4, p.11.

³⁹ LI Yongming, *Plusieurs questions juridiques sur le secret technique*, Hebei Law Science, 1992, n°2, p.25.

technique. WEN Xu justifie cette orientation en arguant que cette formulation correspond le mieux selon lui à la caractéristique essentielle de *know-how*, à savoir son caractère secret.

Les docteurs YIN Wenjuan et LU Xiao, dans un ouvrage rédigé en commun, suggèrent d'utiliser directement l'expression originale *know-how* sans chercher à en faire une traduction en chinois. Elles pensent en effet qu'il est difficile de définir une sémantique rigoureuse de *know-how*. Pour elles, quelle que soit la traduction chinoise que l'on en fait, celle-ci reste imparfaite et incomplète par rapport au sens de *know-how* qu'elles connaissent⁴⁰.

Cette proposition de conserver l'expression *know-how* dans l'usage est corroborée par le spécialiste CHEN Peiqun. Il analyse la traduction communément faite en Chine de *know-how* par 专有技术 (*technique exclusive*) et observe que l'utilisation de cette expression par la législation chinoise est sensiblement différente du sens effectif qu'il peut, lui, interpréter de *know-how*⁴¹.

Le Professeur ZHENG Chengsi modère également la pertinence de l'ensemble des traductions faites en chinois de *know-how*, et notamment, comme CHEN Peiqun, par l'expression 专有技术 (*technique exclusive*). Il précise en effet que la spécificité du droit exclusif s'appliquant aux brevets et non pas au *know-how*, cette traduction devient potentiellement source de confusion⁴². Toutefois, plutôt que de conserver l'écriture américaine, il propose d'utiliser un mot nouveau chinois disposant quasiment de la même la phonétique que le mot anglais. C'est un peu comme si en France nous traduisions l'expression *know-how* par *nauhaut*. ZHENG Chengsi propose lui d'utiliser 挪号 (en pinyin : nuo hao). Ces deux caractères associés ensemble n'ayant pas de sens commun en Chine, l'auteur en propose un lui-même de façon très personnelle, sens que l'on pourrait assimiler dans une traduction française par « bouger numéro pour ouvrir serrure »⁴³. Son idée a donc été d'inventer un nouveau mot chinois phonétiquement

⁴⁰ YIN Wenjuan, LU Xiao, *A Recherche about Unskilled Worker's 'Know-how'*, Studies in Dialectics of Nature, 2011, n°3, p.49.

⁴¹ CHEN Peiqun, *Etude de Know-how*, Youth Law Science, 1992, n°3, p.43.

⁴² ZHENG Chengsi, *Questions en droit de la propriété intellectuelle*, éditions populaires de Gansu, 1985, p.152-158.

⁴³ ZHENG Chengsi, *Théorie du Know-how*, China Legal Science, 2013, n°5, p.51. ZHENG Chengsi, *réflexions à partir de l'interprétation de Know-how*, International Trade Journal, 1981, n°4, p.58. ZHENG Chengsi, *Questions en droit de la propriété intellectuelle*, éditions populaires de Gansu, 1985, p.158. Il propose de traduire *know-how* par : 挪号 (nuo hao).

similaire à *know-how* et d'y associer un nouveau sens imagé qui, bien que différent de celui de *know-how*, lui sera dédié. Toutefois même la grande notoriété de ZHENG Chengsi ne suffira pas à répandre l'usage de ce nouveau mot.

B) Correspondance à *know-how* en droit chinois

24. Traduction de « know-how » en droit chinois. Sur le plan législatif, très peu de propositions officielles ont été apportées pour la traduction en chinois de *know-how*.

Cette rareté de référence directe à l'expression anglaise nous incite prudemment à vérifier si ces documents juridiques ont effectivement cherché à traiter le *know-how* dans sa globalité, ou bien sur un périmètre restreint, ou bien abordent en fait une notion voisine. Il se peut aussi que les rédacteurs de ces lois ne se soient simplement pas contraints à conserver de corrélation.

Il existe toutefois quelques correspondances quasi-officielles.

On peut relever par exemple la référence rédigée en 1987 à l'occasion d'un épisode politique en Chine durant lequel le Bureau Général de la Commission Nationale des Sciences et Techniques se positionne sur un contexte politique relatif aux marchés de technologies. Il concède dans sa réponse officielle que : *les expressions telles que 专有技术 (technique exclusive), 技术秘密 (secret technique) ou know-how sont souvent utilisées dans le domaine des échanges internationaux de technologie [...] ⁴⁴*.

Il donne ensuite pour ces trois termes une même et unique définition. Une même définition pour trois expressions dont l'une d'elle est *know-how*, qui permet ainsi, tout au moins dans ce contexte, d'en faire un rapprochement interprétatif et d'associer les deux autres à *know-how*.

⁴⁴ « Note du Bureau Général du Ministère de la Science et de la Technologie sur les règlements des marchés de technologie », Bureau Général du Ministère de la Science et de la Technologie, publié le 05 avril 1987 ; A la question : Pour considérer que l'on transmet une « technique non brevetée », doit-elle être secret ? Si les techniques sont déjà connues dans certaines industries ou certaines entreprises, peut-on encore concéder que l'on transmet une « technique non brevetée » ? , le Bureau National répond : « Les expressions telles que « technique exclusive », « secret technique » ou « know-how » sont souvent utilisées dans le domaine des échanges internationaux de technologie. Ces expressions désignent des connaissances, des expériences, des techniques, et des habilités, détenues par une entreprise ou un petit nombre de spécialistes, qui peuvent ramener au détenteur des avantages sur la concurrence. En fait, ces expressions sont couramment utilisées mais n'ont pas de définition précise.

Une autre correspondance est donnée dans une traduction officielle de l'OMPI. La genèse date du 15 septembre 1993, lorsque la Chine propose son adhésion au « Traité de coopération en matière de brevets » (PCT) auprès de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Ce traité entre en vigueur en Chine le 1^{er} janvier 1994 et donne une correspondance directe entre 技术诀窍 (*habilité technique*) et *know-how*⁴⁵. À noter également que ce même traité propose une traduction en français du même document, mais sans en traduire l'expression *know-how* qui reste sous sa forme anglaise⁴⁶.

Plus récemment, dans un guide commun rédigé en 2003, le Ministère du logement et du développement urbain et rural, associé à l'Institut National de la Propriété Intellectuelle, donne une correspondance directe entre *know-how* et les trois expressions suivantes : 专有技术 (*technique exclusive*), 技术秘密 (*secret technique*), et 非专利技术 (*technique non-breveté*)⁴⁷. Il est précisé en effet que la « technique exclusive, aussi appelée secret technique (*know-how*), désigne une technique non-brevetée qui n'est pas connue du public, qui est de nature à procurer des avantages économiques à son détenteur légitime, qui est susceptible d'utilisation pratique et que le détenteur s'est employé à garder secrète »⁴⁸. Aujourd'hui encore une correspondance unanime entre *know-how* et une expression chinoise unique n'est pas acquise.

25. Traduction du droit chinois en « know-how ». On retrouve cette même difficulté pour trouver une correspondance sans équivoque de *know-how* lorsque des textes officiels chinois doivent être traduits en anglais. Il arrive fréquemment que

⁴⁵ Chapitre IV, Article 50, alinéa 3, « Traité de coopération en matière de brevets » (PCT), Le document précise en anglais : « The information services shall be operated in a way particularly facilitating the acquisition by Contracting States which are developing countries of technical knowledge and technology, including available published **know-how**. » . Est traduit en chinois par : 《专利合作条约》第4章, 第50条, 第3款, « 情报服务应以特别有利于本身是发展中国家的缔约国获得技术知识和工艺包括已公布的技术诀窍 (**know-how**) 的方式来进行 ». L'expression anglaise *know-how* est conservée et ajoutée à coté de sa traduction chinoise 技术诀窍.

⁴⁶ Chapitre IV, Article 50, alinéa 3, « Traité de coopération en matière de brevets » (PCT), Le document précise en français : « Les services d'information fonctionnent de manière à faciliter tout particulièrement l'acquisition, par les États contractants qui sont des pays en voie de développement, des connaissances techniques et de la technologie, y compris le "**know-how**" publié disponible. »

⁴⁷ « Guide pour la gestion et la protection de la propriété intellectuelle relatives aux missions de conseils en expertise et en conception de projets de construction », Ministère du logement et du développement urbain et rural et l'Institut National de la Propriété Intellectuelle, publié le 22 octobre 2003.

⁴⁸ Traduction française de : 专有技术即通常所称的技术秘密 (Know-How), 是指不为公众所知悉, 具有实用性, 能为权利人带来经济利益, 并经权利人采取保密措施的非专利技术。

plusieurs traductions différentes d'un même document source puissent être disponibles. Par exemple l'expression 专有技术 (technique exclusive) sera tantôt traduite en anglais par *know-how* suivant une première source législative et par *proprietary technology* suivant une autre⁴⁹, ou bien *proprietary technology* par ces deux même sources⁵⁰, ou bien encore *know-how* toujours par ces même sources⁵¹.

Cette même disparité apparaît avec la traduction des expressions 技术秘密 (secret technique), 非专利技术 (technique non-brevetée) et 技术诀窍 (habileté technique).

26. Traduction officielle controversée de « know-how » en chinois. Il peut être surprenant de ne pas trouver aujourd'hui de traduction officielle, consensuelle et largement diffusée de *know-how* en termes juridiques dans les écrits chinois, mais c'est pourtant le constat actuel que l'on peut faire. Il faut donc progresser sur cette base pour analyser l'aspect juridique de cette notion que l'on a pu nommer en français *savoir-faire*. Ainsi, cette analyse terminologique nous révèle qu'en chinois la notion devra être développée suivant un panel potentiel de plusieurs expressions, essentiellement quatre expressions utiles⁵² pour mener les recherches. Puis l'étude des définitions viendra ajouter une cinquième correspondant au secret commercial.

En effet la correspondance linguistique au savoir-faire peut être aussi approchée par

⁴⁹ Décret relatif aux contrats d'importation de technologie, Conseil d'État, publié le 24 mai 1985 et abrogé le 01 janvier 2002, article 2 alinéa 2 : Texte d'origine en chinois : 以图纸、技术资料、技术规范等形式提供的工艺流程、配方、产品设计、质量控制以及管理等方面的**专有技术**. Traduction source 北大法宝 (bei da fa bao) : **Know-how** provided in the form of drawings, technical data, technical specifications, etc., such as production processes, formulae, product designs, quality control and management skills; Traduction source 北大法意 (bei da fa yi) : **proprietary technology** provided in the forms of drawings, technical data, technical specifications, etc, such as technological processes, formulae, product designs, quality control and management skills;

⁵⁰ Règlement d'application de la loi relative aux entreprises à capitaux étrangers, Conseil d'État, publié le 12 avril 2001, modifié le 12 avril 2001, article 27 : Texte d'origine en chinois : 外国投资者以工业产权、**专有技术**作价出资的, 该工业产权、专有技术应当为外国投资者所有. Traduction source 北大法宝 (bei da fa bao) : The industry property rights and **proprietary technology** to be contributed as investment by the foreign investor must be owned by the foreign investor. Traduction source 北大法意 (bei da fa yi): The title of industrial property and **proprietary technology** valued and used as capital contribution by a foreign investor must be owned by the foreign investor.

⁵¹ Loi fiscale sur le revenu pour les entreprises à capitaux étrangers et les entreprises étrangères, Assemblée Nationale Populaire, publiée le 9 avril 1991, abrogée le 01 janvier 2008, article 19 alinéa 4 : Texte d'origine en chinois : 为科学研究、开发能源、发展交通事业、农林牧业生产以及开发重要技术提供**专有技术**所取得的特许权使用费 [...]. Traduction source 北大法宝 (bei da fa bao) : Income tax of the royalty received for the supply of technical **know-how** in scientific research, [...]. Traduction source 北大法意 (bei da fa yi) : Income tax of the royalty received for the supply of technical **know-how** in scientific research, [...].

⁵² 专有技术 (technique exclusive), 技术秘密 (secret technique), 非专利技术 (technique non-brevetée), 技术诀窍 (habileté technique)

l'étude des définitions établies de part et d'autre des océans. Leurs analyses et la comparaison entre elles dans la section suivante permettent de relever des similitudes utiles et des nuances notables. Dès lors, il sera possible de consacrer une définition opportune du savoir-faire dans chacune des deux langues et d'en proposer une traduction qui nous paraîtra pertinente.

SECTION 2 : DÉFINITION DU SAVOIR-FAIRE

27. **Savoir-faire : une définition à concevoir sous plusieurs angles.** L'étude terminologique du savoir-faire est un préalable utile et nécessaire à la recherche d'une définition utilisable en France et en Chine de cette expression. Cette recherche a permis de cibler un champ d'investigations et d'optimiser les discussions sur des prérequis communément admis. D'autant qu'il apparaît assez rapidement qu'une base de travail consensuelle du savoir-faire axée sur sa définition est loin d'être acquise ; on trouve déjà en langue française des subtilités d'interprétation qui dépendent largement du contexte de son utilisation. Plus encore ces dissensions déjà importantes entre l'usage courant et l'univers juridique, le sont également au sein même des différentes analyses en droit.

De prime abord ce schisme linguistique entre l'usage courant et juridique pourrait nous convaincre qu'il est préférable de n'orienter la présente analyse que sous l'angle juridique et de se restreindre aux usages et définitions dans cet environnement. Mais notre recherche est fondée sur plusieurs langues et des mentalités sensiblement différentes. Les variations d'interprétation sur ce qu'est ou peut être le savoir-faire dans chacune de ces langues prennent alors une importance notable qu'il serait trop réducteur de cantonner au domaine juridique si l'on cherche à en comprendre les usages qui en sont fait dans chacun de ces pays.

C'est pourquoi la définition du savoir-faire sera étudiée sous l'angle de plusieurs sources spécifiques : le langage courant, porté notamment par des dictionnaires d'usage commun, les définitions proposées et utilisées par des personnalités notoires en doctrine, celles retenues par des entités morales compétentes, celles des textes législatifs, mais aussi celles évoquées ou invoquées par les Cours de justice.

Aussi l'approche suivante débute en évoquant l'usage courant que l'on trouve des différentes expressions liées au savoir-faire, en s'orientant ensuite vers leur utilisation plus officielle et plus législative, et ce dans les deux pays plébiscités de l'étude, France et Chine, mais aussi en référence internationale. Elle sera suivie en sous-section 2 d'une

étude sur les définitions officielles juridiques nationales et internationales, ce qui nous permettra dans un troisième temps d'élaborer une synthèse sur l'approche du savoir-faire.

§ 1 : Sens communs et sens juridiques

A) Sens commun de l'expression « savoir-faire »

28. Avant d'être populaire, le concept du savoir-faire est avant tout déjà très ancien. Il est lié à l'intelligence humaine, et des exemples pratiques existent déjà à l'époque de la préhistoire. Qu'il s'agisse pour fabriquer des outils ou des armes de choisir les pierres adéquates, la façon de les travailler, ou même de faire du feu, il a fallu faire preuve de savoir-faire, progressivement, et le transmettre à d'autres personnes. Ces techniques seraient ainsi constitutives d'un savoir-faire ancestral⁵³. Mais si la nature du savoir-faire serait aussi ancienne que l'histoire, voire même que la préhistoire, sa définition précise revêt aujourd'hui des intérêts économiques et juridiques à l'échelle mondiale tels qu'on ne peut se baser simplement sur des impressions ou des définitions partiales. La réflexion sur la pertinence de sens de savoir-faire » nécessite donc un détour, en France tout d'abord, puis en Chine.

1) EN FRANCE

29. **Une variété d'expressions française pour exprimer le savoir-faire.** Il est utile de rappeler tout d'abord que l'expression « savoir-faire » est souvent considérée comme la traduction de *know-how*, même s'il s'agit d'une traduction potentiellement controversée pour ceux qui recherchent une correspondance parfaite entre les deux expressions, chaque langue qu'elle soit française ou anglaise étant porteuse de subtilités notables. Cependant, l'usage de « know-how » étant internationalement utilisé,

⁵³ CHARTIER Frédéric, thèse : *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise*, Université de Montpellier I, 2002, p 6, n° 4.

notamment en Allemagne, il pourrait sembler cohérent dans une recherche d'excellence linguistique de ne s'orienter que sur l'usage de l'expression *know-how* pour établir une définition. À l'instar de l'orientation prise par François DESSEMONTET⁵⁴ nous ne retiendrons pas cette option, car même dans les différents pays qui ont adopté cette expression anglaise, le sens y est potentiellement variable, ce qui en limite de fait la qualité universelle.

On peut noter par ailleurs qu'il existe également en français une multitude de désignations différentes pour exprimer le savoir-faire : savoir-faire et *know-how*, bien sûr, mais aussi pour certains : procédé secret⁵⁵, *biens informationnels*⁵⁶, ainsi qu'un panel tout aussi conséquent de définitions.

30. Définition française du savoir-faire, approche des dictionnaires. Mais alors que signifie en France l'expression savoir-faire dans l'usage courant ? Les dictionnaires apportent quelques éléments de réponse, avec une variété que l'on retrouve par la suite dans l'étude de la définition juridique du savoir-faire.

Premier constat : en langage courant, cette définition ne bénéficie pas d'un consensus général, ce qui rappelle bien le caractère potentiellement délicat de la notion.

Ensuite, et bien que les approches soient plus ou moins perfectionnées suivant l'organisme rédacteur, on détecte tout de même dans ces différentes définitions que l'usage de l'expression « savoir-faire » relève essentiellement de deux significations potentiellement différentes :

- Une approche pragmatique axée sur de la compétence d'un individu⁵⁷, ou d'une entreprise⁵⁸, et liée à la pratique, voire même au travail,

- Une approche plus éthérée orientée sur l'habileté⁵⁹ d'un individu, soit donc une qualité personnelle de celui-ci.

Quelques définitions en usage ne retiennent que l'une ou l'autre notion, d'autres les deux, parfois même sans appuyer spécifiquement la distinction, mais la plupart les ont

⁵⁴ DESSEMONTET François, *Le Savoir-faire industriel*, librairie Droz, Genève, 1974, p9.

⁵⁵ FABRE Régis, *contrat de licence de savoir-faire*, JurisClasseur Brevets, 25 Janvier 2012.

⁵⁶ MOUSSERON Jean-Marc, *Nouvelles technologies et création des salariés*, droit social, 1992. p.563.

⁵⁷ Larousse, « Compétence acquise par l'expérience dans les problèmes pratiques, dans l'exercice d'un métier. Synonyme de know-how »

⁵⁸ Sensagent, « Faculté à réussir dans un domaine pratique, par ses connaissances ou son expérience. Ensemble des connaissances pratiques acquises par une entreprise. »

⁵⁹ Le Littré, « Habileté dans un art quelconque. Particulièrement. Habileté à faire réussir ce qu'on a entrepris. »

relevées. Beaucoup insistent sur l'aspect pratique voire professionnel du savoir-faire, et la plupart des exemples trouvés ouvrent la notion de savoir-faire aux environnements manuels mais aussi intellectuels, ce qui n'est pas le cas en Chine.

Ceci étant en langage courant le savoir-faire est en France avant tout lié à l'aspect « habilité d'un individu ». Mais l'autre notion est en général également très bien comprise, notamment lorsqu'elle est attribuée à une entreprise, par exemple pour la fabrication d'un produit. En Chine c'est essentiellement la notion d'habilité qui prédomine, le know-how d'une entreprise sera une notion beaucoup moins plébiscitée.

Or l'aspect habilité est peu recherché juridiquement, car la caractéristique exclusivement individuelle et non transférable de cette qualité la rend impropre à une protection juridique. Il fallait donc bien en matière juridique poser des bases précises de la notion de savoir-faire, d'autant que cette dernière, intégrée à l'environnement de la Propriété Intellectuelle, concerne aussi des compétences et/ou qualités versatiles développées par les « sciences molles » comme le sont les sciences humaines et sociales, par opposition aux « sciences dures » ou « sciences exactes ». En effet le savoir-faire existe aussi en ressources humaines, par exemple celui relatif au recrutement.

2) EN CHINE

31. La même réflexion au sujet de l'usage courant d'une expression représentative de « savoir-faire » en Chine apporte plus de questions que de réponses. L'expression *know-how* de référence est d'origine étrangère et relativement récente, et les chinois dans leur usage n'ont pas encore assimilé une traduction correspondante consensuelle. Qui plus est, la traduction potentielle sous plusieurs expressions chinoises de *know-how* est venue complexifier ce processus d'assimilation. L'étude s'appuiera dès lors sur l'analyse de différentes définitions chinoises, dont les plus pertinentes auront généralement une source juridique.

32. **Savoir-faire en Chine, une habilité.** On peut préciser tout d'abord que dans l'esprit populaire chinois, le concept de savoir-faire tel qu'il est perçu en France reste très lié à celui de l'habileté. La notion sera couramment exprimée par les mots chinois 秘方, que l'on pourrait traduire par les mots français « recette secrète ». Mais très curieusement, cette expression ne sera quasiment pas utilisée en traduction de

know-how. Au mieux, l'expression chinoise en référence à *know-how* et qui se rapproche le plus de cette expression populaire, sera 技术诀窍 (habileté technique). C'est pourquoi nous n'utiliserons pas cette expression populaire « recette secrète » dans notre étude.

33. Définition chinoise du savoir-faire, approche des dictionnaires. Il faut dès lors se tourner vers les dictionnaires. Les plus pertinents qui donnent l'équivalent de *know-how* interviennent essentiellement à partir des expressions 专有技术 (technique exclusive) et 技术诀窍 (habileté technique). Ces dictionnaires présentent généralement une physionomie de base plutôt juridique. Les plus plébiscités sont le dictionnaire de phrases Xinhua⁶⁰, le Grand dictionnaire de Droit⁶¹, le Grand dictionnaire économique et financier⁶².

Sur la base de ces dictionnaires, les définitions attribuées au savoir-faire disposent déjà des qualités recherchées par l'environnement juridique, et sont principalement :

- un savoir-faire est un ensemble de connaissances et d'expériences techniques non-brevetées acquises par la pratique. Comme il n'est pas breveté, il ne dispose pas de droits exclusifs accordés aux brevets.
- un savoir-faire a une valeur économique, et peut assurer à son détenteur un profit. Ceci se manifeste à deux niveaux : premièrement le détenteur du savoir-faire peut lui-même

⁶⁰ *Le dictionnaire de phrases Xinhua* est très populaire en Chine, à l'usage des adultes mais aussi des plus jeunes. Il est rédigé par le bureau de publications du Ministère du Commerce de Chine. Son contenu revêt une orientation plutôt littéraire, mais aussi encyclopédique, et son niveau est accessible au lecteur ordinaire. Sa dernière révision est de 2001. Selon ce dictionnaire, une technique exclusive aussi appelé « habileté technique ». Il désigne un secret technique de pointe, utilisable, mais n'ayant pas encore demandé l'obtention d'un brevet. Il comprend les plans de conception, la composition, les formules mathématiques, ainsi que l'expérience et les connaissances des techniciens, etc. Cette définition est controversée car elle associe la technique exclusive à une technique de pointe. Or il est communément admis y compris par les juristes que la technique exclusive peut également faire référence à des techniques très anciennes, comme certains savoir-faire traditionnels.

⁶¹ *Le Grand dictionnaire de Droit* est un ouvrage général en droit largement connu des juristes. Il contient plus de 13 000 entrées réparties en 20 domaines principaux. Selon ce dictionnaire (ZHOU Yu, GU Ming, éditions de l'université chinoise de droit politique, 1991, p. 109), « la technique exclusive (*know-how*) est aussi appelé «secret technique». Il désigne des connaissances techniques, des expériences, des données, des méthodes, et leur(s) combinaison(s), ayant une valeur intrinsèque qu'on peut utiliser. Il est connu par un cercle restreint de spécialistes, et sa forme complète n'a jamais été divulguée. Il ne dispose pas de protection au titre d'une propriété industrielle ».

⁶² *Le Grand dictionnaire économique et financier* a été rédigé par le Professeur HE Shengming, un expert financier de renommée importante en Chine. Il contient plus de 11 000 d'entrées orientées essentiellement dans les domaines de la finance générale, l'économie, les doctrines idéologiques. Selon ce dictionnaire, (HE Shengming, Grand dictionnaire économique et financier, éditions éditions financières et économiques de Chine, 1990, p. 1715) « la technique exclusive, aussi appelé «secret technique» ou «habileté technique », est la traduction du mot anglais «*know-how*». Il désigne des connaissances techniques et des expériences non-brevetées, pouvant apporter des bénéfices économiques, et non-utilisées publiquement ».

tirer bénéfice en mettant en application les capacités du savoir-faire, ou bien il peut transmettre ce savoir-faire à un tiers moyennant rémunération.

- le savoir-faire dispose d'un caractère secret non-connu du public. Le caractère secret est la spécificité de base du savoir-faire, c'est la condition préalable et le point crucial déterminant l'existence et l'obtention d'une protection juridique. C'est justement la particularité de son caractère secret qui lui donne une valeur économique, pouvant être transmise moyennant rémunération.

34. Définition chinoise du savoir-faire, approche politique. En marge des dictionnaires, on peut noter également que la classe politique chinoise a pu apporter, à l'occasion, sa propre contribution à la définition du savoir-faire. Par exemple, à la question :

« Pour considérer que l'on transmet une 'technique non-brevetée', doit-elle être secrète ? Si les techniques sont déjà divulguées dans son domaine ou sont déjà connues par certaines entreprises, peut-on encore concéder que l'on transmet un 'know-how' ? »,

les « Notes du Bureau Général du Ministère de la Science et de la Technologie sur les règlements des marchés de technologie »⁶³, apportent la réponse suivante : *« Les expressions telles que « technique exclusive », « secret technique » ou « know-how » sont souvent utilisées dans le domaine des échanges internationaux de technologie. Ces expressions désignent des connaissances, des expériences, des techniques, et des habilités que possèdent quelques hommes de métier, l'entreprise dans son domaine familier, qui peuvent ramener au détenteur des avantages sur la concurrence. En fait, ces expressions sont couramment utilisées mais n'ont pas de définition précise. Il existe en Chine une grande variété de niveaux de maîtrise technologique, suivant les régions, les domaines, les entreprises. Ainsi, bien que les techniques soient connues par certaines entreprises ou dans certains domaines, on peut les transmettre comme étant un « know-how » dès lors que le destinataire en a besoin. »*

Cette référence politique à la définition du savoir-faire apporte des indications précieuses. Tout d'abord elle constate le manque d'existence concrète (ou du moins connue par ceux qui rédigent l'article) d'une définition du savoir-faire. Elle précise ensuite que plusieurs expressions chinoises sont utilisées pour exprimer la même notion. Enfin la référence à *know-how* nous permet de les relier au savoir-faire.

⁶³ « Note du Bureau Général du Ministère de la Science et de la Technologie sur les règlements des marchés de technologie », Bureau Général du Ministère de la Science et de la Technologie, publié le 05 avril 1987.

Par contre elle limite la qualité de secret nécessaire que l'on retrouve ensuite pour qualifier des techniques comme étant du savoir-faire. Pour cette Commission en effet le savoir-faire est établi dès lors qu'un destinataire a besoin de ces techniques.

Il faut également noter la référence, controversée juridiquement, à une correspondance entre « habilité » et savoir-faire.

35. Il n'est donc pas simple de comparer la vision populaire du savoir-faire entre la Chine et la France. En France la notion est plus ouverte et mieux comprise dans sa variété qu'en Chine, les dictionnaires courants appuyant cette ouverture. En Chine l'esprit populaire est plus limité à la notion d'habilité, peu plébiscité juridiquement et peu reliée au know-how. Ce sont alors des dictionnaires plutôt juridiques qui vont nous permettre de faire le lien avec « know-how » et d'en rapprocher les caractéristiques de ce qu'en attendent les juristes.

B) Sens juridique retenu par les spécialistes

1) EN FRANCE

36. **Définition française du savoir-faire, approche de la doctrine.** Le savoir-faire a pris de l'importance en droit avec celui de la propriété industrielle. Il possède un potentiel économique conséquent, de nombreux contrats étant conclus en vue de céder ou d'échanger des informations⁶⁴. En France pourtant, malgré son développement, la loi française ne régleme le savoir-faire⁶⁵. Une définition du savoir-faire est toutefois précisée dans un arrêté du 12 janvier 1973⁶⁶ : « habileté acquise par l'expérience ; connaissance pratique ». Le savoir-faire est parfois défini comme « un procédé de fabrication⁶⁷ », il désigne aussi parfois des « connaissances théoriques et pratiques⁶⁸ »,

⁶⁴ V. Dictionnaire permanent droit des affaires, savoir-faire, feuillet 123.

⁶⁵ La loi française aborde l'expression « secrets de fabrication » et « secret de fabrique ». Le « secret de fabrication » est prévu dans le code de la propriété intellectuelle, et le « secret de fabrique » est repris dans le code du travail.

⁶⁶ Arrêté du 12 janvier 1973 relatif à l'enrichissement du vocabulaire pétrolier, Journal Officiel de la République française, 18 janv. 1973, p.741.

⁶⁷ Cass. crim., 15 avr. 1982, Inédit.

⁶⁸ Cass. com., 4 avr. 1995, n° 93-11798, Inédit.

des « performances techniques⁶⁹ » et parfois des « connaissances résultant de l'expérience⁷⁰ ». Mais il a tout de même fait l'objet d'études par les organismes officiels internationaux et des spécialistes renommés. Nous citerons donc quelques références juridiques en nous attachant plus particulièrement à la définition donnée par le JM MOUSSERON.

Avec la recherche de précisions sur la définition du savoir-faire sont nées quelques études et réflexions en doctrine dont le point commun principal est de devoir faire un choix stratégique pour la mise au point de cette définition du savoir-faire. Cependant, tout choix comportant un renoncement, ces orientations ont alors sacrifié volontairement le critère d'exhaustivité de la définition. Cette remarque est rappelée par Dania FAHS dans son étude de 2007⁷¹, qui présente deux orientations potentiellement opposées pour aboutir à une définition : « si celle-ci est fondée sur des critères purement formels voire arbitraires, elle est alors réputée trop restrictive. Si elle se veut trop générale, elle n'aboutit à rien, ou tout du moins rien de concrètement exploitable. C'est le cas si l'on considère par exemple que toute connaissance peut être assimilée à un savoir-faire, notamment par toute personne n'ayant pas cette connaissance et susceptible d'être intéressée à l'acquérir (ou pas) ».

En pratique l'ensemble du corps doctrinal adoptera donc une option restrictive pour obtenir une définition juridique, ne serait-ce que pour lui en conférer une utilité ou tout au moins une qualité fonctionnelle.

On notera de prime abord dans les différentes définitions françaises utilisées pour le savoir-faire, l'emploi des mots « connaissance⁷² » et « information⁷³ ». La distinction entre ces deux concepts peut aussi apparaître assez subtile en matière juridique, mais on peut évoquer à ce sujet le constat de Marie BOURGEOIS : « *Une information est une connaissance communicable à l'exclusion de l'habileté et de l'expérience indissociables*

⁶⁹ TGI Créteil, 4 mai 1999, Juris-Data n° 1999-115950.

⁷⁰ Cass. com., 4 juin 1996, n° 94-21027, Inédit.

⁷¹ FAHS Dania, Thèse : *Le contrat de communication de savoir-faire*, Université de Montpellier I, 2007, p.16.

⁷² DELEUZE (J.M.), *Le contrat de transfert de processus technologique : know-how*, Les Manuels de droit et pratique du commerce international, Paris : Masson, 1976, p. 18. Voir aussi AZÉMA (J.), *Définition juridique du Know How*, in, *Le Know-how : 5^{ème} Rencontre de propriété industrielle*, Paris : Librairies techniques, 1976, p. 22-23. Voir aussi : GALLOCHAT (A.), *L'industrie face au secret*, in, *La propriété industrielle et le secret. Journée d'étude à la faculté de droit Lyon, 4 avr. 1995*, Collection du CEIPI, Litec, 1996, p. 51.

⁷³ BERTIN (A.), *Le secret en matière d'inventions*, Paris : Editions du Tambourinaire Entreprise Moderne d'Édition, 1965, p.29. Voir aussi MOUSSERON (J-M), *Traité des brevets*, Paris : Librairies techniques, 1984, n° 12, p. 18.

de l'individu ». Cette définition présente la particularité d'associer information et connaissance⁷⁴. Elle relève en revanche pour le savoir-faire le caractère transmissible nécessaire de la connaissance écartant ainsi potentiellement le tour-de-main propre à l'individu et non communicable⁷⁵, que certains auteurs aient été amenés à considérer l'habileté technique comme un élément à part entière du savoir-faire⁷⁶.

L'intérêt principal de l'emploi de ces deux dénominations : connaissance et information, est qu'il permet de soulever en langage accessible la forme immatérielle et intellectuelle que revêt le savoir-faire, bien distincte des supports matériels susceptibles de le porter ou le supporter bien utiles aux brevets, que ces supports soient écrits (livres, feuilles, manuels, plans, photos, ...) ou même informatiques (CD, disques durs, bandes magnétiques,...).

Par ailleurs, comme le souligne Dania FAHS dans sa recherche⁷⁷, ces connaissances/informations ne sont pas simplement abstraites et se distinguent alors du simple « savoir », car elles sont susceptibles d'être mises en œuvre avec des conséquences sur un plan pratique. D'ailleurs, comme le souligne François DESSEMONTET⁷⁸, l'expression savoir-faire issue du mot savoir, « *résume bien le passage habituel de la connaissance théorique et expérimentale à la réalisation pratique d'une innovation, et de son exploitation dans l'entreprise qui l'invente au transfert des connaissances sous contrat de licence ou de vente* ».

37. Définition française du savoir-faire, approche économique. L'étude de Régis FABRE et Léna SERSIRON⁷⁹ apporte un autre éclairage bivalent intéressant de la définition du savoir-faire : elle distingue deux approches distinctes : économique et

⁷⁴ Marie BOURGEOIS, *La protection juridique de l'information confidentielle économique. Étude de droit québécois et français*, Revue internationale de droit comparé, 1988, p.113-138. Voir aussi DURAND (P.), *Le Know-How*, La Semaine Juridique - Edition Générale, 1967, I, 2078, n° 7.

⁷⁵ Hélène SKRZYPNIAK, *La réservation du savoir-faire*, thèse à l'Université Lille 2, Juillet 2014. P. 18. Voir aussi MAGNIN (F.), *Know-how et propriété industrielle*, thèse, Paris : Librairies techniques, 1974, n° 61, p. 40 ; AZÉMA (J.), *Définition juridique du Know How*, in, *Le Know-how : 5^{ème} Rencontre de propriété industrielle*, Paris : Librairies techniques, 1976, p. 22. Voir aussi BURST (J-J), *L'assistance technique dans les contrats de transfert technologique*, Recueil Dalloz Sirey : hebdomadaire, Paris : Jurisprudence Générale Dalloz, 1979, chr. I. , p. 2. Voir aussi CA Paris, 24 janv. 1975, PIBD 1975, III, p. 323.

⁷⁶ MAGNIN (F.), *Know-how et propriété industrielle*, thèse, Paris : Librairies techniques, 1974, p. 38-41, n° 54-62.

⁷⁷ FAHS Dania, Thèse : *Le contrat de communication de savoir-faire*, Université de Montpellier I, 2007, p. 7.

⁷⁸ DESSEMONTET François, *Le savoir-faire industriel*, librairie Droz, Genève, 1974, p.11.

⁷⁹ FABRE Régis et SERSIRON Léna, Fasc. 4710 : *Contrat de licence de savoir-faire*, jurisClasseur Brevets, 25/01/2012.

juridique.

L'approche économique se veut simple et pragmatique : « le savoir-faire consiste en toute information pour la connaissance de laquelle une personne est prête à verser une certaine somme d'argent. Il peut s'agir d'informations positives, c'est-à-dire susceptibles de provoquer un enrichissement, qui peuvent appartenir à des secteurs d'activités différents. Il existe ainsi des savoir-faire industriels, mais aussi des savoir-faire commerciaux (franchise), financiers, etc. Il peut également s'agir d'informations négatives, c'est-à-dire susceptibles d'éviter un appauvrissement. [...].

Toute information industrielle, documentaire, commerciale ou gestionnaire, utile ou rare, pour l'obtention de laquelle une personne est prête à payer, s'élève-t-elle ainsi au rang d'une valeur économique ».

La vision économique du savoir-faire est peu restrictive, toute information professionnelle par exemple pouvant l'être⁸⁰. Les domaines de pertinence sont également très variés : industriels⁸¹, commerciaux⁸², financiers⁸³, techniques de vente⁸⁴, d'approvisionnement⁸⁵, de présentation des produits⁸⁶, et les techniques de gestion⁸⁷, les auteurs n'ont d'ailleurs pas cherché à les restreindre en clôturant leur liste par l'emploi du « etc. ».

Il faudra dès lors en saisir une essence substantielle plus fine pour l'adapter à un univers juridique susceptible de le protéger. À noter également dans cette vision que l'échec est également une source potentielle de savoir-faire dès lors qu'il est loisible d'en monnayer le retour d'expérience⁸⁸.

⁸⁰ Hélène SKRZYPNIAK, *La réservation du savoir-faire*, thèse à l'Université Lille 2, Juillet 2014, p. 10.

⁸¹ MATHÉLY (P.), *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Paris : Librairie du Journal des Noraires, 1991, p. 14 : l'auteur définit le savoir-faire comme un *ensemble de connaissances et d'expériences, directement applicables dans la pratique et servant à une exploitation industrielle*.

⁸² CA Paris, 29 nov. 2007, Juris-Data n°2007-353808 (*ne constitue pas un contrat de franchise une convention simplement intitulée « contrat » qui ne contient pas l'engagement de communiquer un savoir-faire à un distributeur contractuellement qualifié de dépositaire*). Voir aussi : Cass. com., 18 déc. 2007, n° 06-15970, Inédit. – CA Paris, 25 sept. 1992, D. 1995, somm. 77. – CA Paris, 25 fév. 1992, D. 1992, somm., 391. – CA Paris, 7 juin 1990, D.1990, p.176. – TGI Bressuire, 19 juin 1973, D. 1974, p. 107, note BORIES. – CJCE, 28 janv.1986, Pronuptia, aff. 161/84, Rec. CJC , p.353 ; Gaz.Pal., 1986, 1, p. 392, comm. BURST (J.J) et KOVAR (R.).

⁸³ CA Paris, 22 sept. 1992, Juris-Data n°1992-024381.

⁸⁴ CA Paris, 22 sept.1992, Juris-Data n°1992-024381. – CA Rouen, 15 mai 2003, Juris-Data n°2003-218829.

⁸⁵ CA Rouen, 15 mai 2003, Juris-Data n°2003-218829.

⁸⁶ CA Aix-en-Provence, 30 nov. 1995, Juris-Data n° 1995-050808. – CA Paris, 25 sept. 1998, Juris-Data n°1998-024245.

⁸⁷ Cass. com., 4 avr. 1995, n° 93-11798, Inédit

⁸⁸ MAGNIN (F.), *Know-how et propriété industrielle*, thèse, Paris : Librairies techniques, 1974, n° 95, p. 58. Voir aussi : AZÉMA (J.), *Définition juridique du Know How*, in, *Le Know-how : 5^{ème} Rencontre de*

Aussi l'approche juridique retenue par l'étude de Régis FABRE et Léna SERSIRON « [...] définit alors un savoir-faire comme un ensemble de connaissances techniques, transmissibles, non immédiatement accessibles au public ».

Il s'agit d'une formule communément utilisée, extraite de celle mise au point par Jean-Marc MOUSSERON : « un ensemble de connaissances, techniques, transmissibles, non immédiatement accessibles au public et non brevetées⁸⁹ ». Cette approche est aujourd'hui reprise par la majorité de la doctrine⁹⁰.

L'analyse étymologique de cette définition apporte un complément explicatif intéressant :

- L'expression « connaissances » est assez problématique car représentative d'une notion non matérielle ni corporelle et donc inaccessible à priori aux protections assurées par les droits de propriété qui sont les bases du système juridique français. On peut dès lors s'interroger sur cette volonté de conserver une telle expression pour une notion aussi essentielle que le savoir-faire. Une explication à cela réside dans la difficulté à exprimer concrètement ce qui peut être considérée comme du savoir-faire, l'emploi d'un mot litigieux est à l'image de ce qu'il représente.

- Connaissances « techniques » : dans son histoire le savoir-faire s'est d'abord valorisé dans ce domaine⁹¹. Il est alors complémentaire ou substitut du brevet⁹². Aussi son usage actuel y compris dans l'usage courant a conservé cet aspect en priorité pour beaucoup d'utilisateurs. À présent le développement de la technicité s'affiche également dans l'univers commercial, financier, de la gestion ou même social. Le terme technique doit donc être compris sur l'ensemble de ces approches potentielles⁹³.

- « Transmissibles » est une caractéristique des plus essentielles, qui restreint l'usage juridique du savoir-faire hors du champ de la simple connaissance à défaut de pouvoir

propriété industrielle, Paris : Librairies techniques, 1976, p. 17.

⁸⁹ MOUSSERON Jean-Marc, *Aspects juridiques du know-how*, Cahiers de droit de l'entreprise, LexisNexis, 1972, n°1, p 2.

⁹⁰ AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz - Série Droit Privé, 7e éd., Paris : Dalloz, 2012, p. 578, n° 956 ; PASSA (J.), *Droit de la propriété industrielle. Tome 2 : Brevets d'invention – Protections voisines*, Paris : LGDJ, 2013, pp. 990-995, n° 905-907 ; POLLAUD-DULIAN (Fr.), *Propriété intellectuelle : la propriété industrielle*, Corpus – Droit privé, Paris : Economica, 2011, p. 444-446, n° 849-853.

⁹¹ MATHÉLY (P.), *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Paris : Librairie du Journal des Noraires, 1991, p. 14 : l'auteur définit le savoir-faire comme un *ensemble de connaissances et d'expériences, directement applicables dans la pratique et servant à une exploitation industrielle*.

⁹² FABRE (R.) et SERSIRON (L.), *Réservation du savoir-faire*, JCl. Brevets, 2014, fasc. 4200, n° 72.

⁹³ Hélène SKRZYPNIAK, *La réservation du savoir-faire*, thèse à l'Université Lille 2, Juillet 2014, p. 10 n° 12.

la transformer en savoir transmissible⁹⁴ et de celui du tour de main ou d'une aptitude personnelle non transmissible⁹⁵. Le tour-de-main peut être donc potentiellement exclu de ce savoir-faire juridique.

- « Non immédiatement accessibles au public » apporte le caractère « secret » nécessaire à la notion de savoir-faire, ou tout au moins présentant une potentielle difficulté d'accès⁹⁶, au moins à certaines personnes⁹⁷. Cet aspect sera d'ailleurs repris dans la définition réglementaire édictée à la fois par le législateur européen⁹⁸, la jurisprudence⁹⁹, et la doctrine¹⁰⁰.

- Le terme de « public » est à noter, qui confirme le besoin d'un nécessaire intérêt que doivent porter des personnes (un public) à ce savoir-faire.

- Enfin il convient de préciser en complément de cette définition que celle proposée par Jean-Marc MOUSSERON étendait la notion de savoir-faire à la nécessité d'être « non-brevetée ». Toutefois la doctrine semble divisée sur ce point de vue. Certains experts

⁹⁴ AZÉMA (J.), *Définition juridique du Know How*, in, *Le Know-how : 5^{ème} Rencontre de propriété industrielle*, Paris : Librairies techniques, 1976, p. 22. Voir aussi MOUSSERON (J.-M.), *Traité des brevets*, Paris : Librairies techniques, 1984, n° 15, p. 20.

⁹⁵ BASCHET (D.), *Le savoir-faire dans le contrat de franchise*, gazette du palais., 2 juin 1994, p. 692 ; DEVÉSA (Ph.), *Contrat de savoir-faire*, JCl. Contrats Distribution, fasc. 1860, 2008, n°11 ; FABRE (R.), *Le know how : sa réservation en droit commun*, thèse, Paris : Librairies techniques, 1976, n°12, p. 15 ; AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz - Série Droit Privé, 7e éd., Paris : Dalloz, 2012, p. 583, n° 966 ; LE TOURNEAU (Ph.) et ZOIA (M.), *Franchisage-Franchisage dans le domaine des services- Le franchiseur et le franchisé*, JCl. Contrats Distribution, fasc. 1050, 2013, n° 46.

⁹⁶ AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz - Série Droit Privé, 7e éd., Paris : Dalloz, 2012, p. 581, n° 962. Voir aussi AZÉMA (J.), *Définition juridique du Know How*, in, *Le Know-how : 5^{ème} Rencontre de propriété industrielle*, Paris : Librairies techniques, 1976, p. 20 ; CALVO (J.) et COURET (A.), *La protection des savoir-faire de l'entreprise*, Revue française de gestion, 1995, p. 95 ; DEVÉSA (Ph.), *Contrat de savoir-faire*, JCl. Contrats Distribution, fasc. 1860, 2008, n° 12 ; FABRE (R.), *Le know how : sa réservation en droit commun*, thèse, Paris : Librairies techniques, 1976, n° 13, p. 16 ; La jurisprudence utilise parfois ces expressions, voir : CA Versailles, 15 fév. 2001, n° RG 1995/3964 ; CA Paris, 27 mai 1993, D. 1995, somm. comm., p.77.

⁹⁷ Cass.com., 21 nov. 2000, n° 98-17783. –TGI Bressuire, 19 juin 1973, D. 1974, p. 107, note BORIES. – CA Paris, 27 mai 1993, D. 1995, somm. comm., p.77.

⁹⁸ Art. 1.1. i) du règlement n° 1217/2010 du 14 déc. 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement, JOUE, 18 déc. 2010 ; art. 1.1.g) du règlement n° 330/2010, 20 avr. 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOUE, 23 avr. 2010 ; art. 1 i) du règlement n° 316/2014, 21 mars 2014, relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, JOUE, 28 mars 2014.

⁹⁹ Cass. com., 11 févr. 2003, n°00-15149, Bull. civ., IV, n°17 ; Propr. intellect., oct. 2003, n° 9, p. 449, obs. PASSA (J.) ; RTD com., 2003, p. 309, obs. CHAMPAUD (C.) et DANET (D.).

¹⁰⁰ FERRIER (D.), *Franchise*, Répertoire de droit commercial Dalloz, 2013, n° 18 ; AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz - Série Droit Privé, 7e éd., Paris : Dalloz, 2012, p. 581, n° 961 ; SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), *Savoir-faire*, Répertoire de droit commercial. Dalloz, 2009, n° 12.

soutiennent que le fait de ne pas être breveté est indépendant de la qualification de savoir-faire et n'influe que sur les modalités possibles de protection¹⁰¹. Ces connaissances techniques demeurent du savoir-faire mais seront soumises aux règles du brevet si elles sont brevetées. Le brevet n'est qu'un moyen de protection du savoir-faire, qui ne modifie ni sa nature ni son existence¹⁰². La précision de « non-brevetée » dans la définition du savoir-faire est alors inutile¹⁰³. D'autres sachants considèrent au contraire que l'existence d'un brevet fait perdre au savoir-faire son caractère secret, car le brevet rend en effet le savoir-faire public¹⁰⁴. Ainsi donc au sens juridique de cette définition, la technique brevetée ne serait pas ou plus un savoir-faire¹⁰⁵.

38. Définition française du « know-how ». Parmi différentes définitions proposées par des personnalités notoires en matière juridique on notera également celle du *know-how* qui « consiste dans les connaissances et l'expérience acquises pour l'application pratique d'une technique »¹⁰⁶, celle du savoir-faire industriel « ensemble des connaissances non brevetées utilisées dans l'industrie »¹⁰⁷, et celle déjà évoquée à propos du savoir-faire : « une connaissance technique transmissible, mais non immédiatement accessible au public et non brevetée »¹⁰⁸. Si la définition de Jean-Marc MOUSSERON est d'un domaine d'emploi général, celles de Paul MATHELY et de François DESSEMONTET ciblent un usage restreint à

¹⁰¹ CAURA (V.), *Secret et contrat*, thèse à l'Université Lille 2, 2001, p. 136, n° 159 ; FABRE (R.), *Le know how : sa réservation en droit commun*, thèse, Paris : Librairies techniques, 1976, n° 15, p. 17 ; LE TOURNEAU (Ph.) et ZOIA (M.), *Franchisage- Franchisage dans le domaine des services- Le franchiseur et le franchisé*, JCl. Contrats Distribution, fasc. 1050, 2013, n° 48 ; MOUSSERON (J.-M.), *Traité des brevets*, Paris : Librairies techniques, 1984, p. 24, n° 21 ; RAYNARD (J.), *Retour sur le savoir-faire non breveté*, in, *Droits de la propriété intellectuelle : Liber amicorum Georges Bonet, Le droit des affaires, Propriété intellectuelle*, n° 36, Paris : Litec, 2010, p. 449.

¹⁰² FABRE (R.) et SERSIRON (L.), *Réservation du savoir-faire*, JCl. Brevets, 2014, fasc. 4200, n° 72.

¹⁰³ FABRE (R.), *Le know how : sa réservation en droit commun*, thèse, Paris : Librairies techniques, 1976, n° 15, p. 17.

¹⁰⁴ Art. L612-21 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁰⁵ LE STANC (Ch.), *Propriété intellectuelle et savoir-faire*, propriété industrielle, mai 2013, repère 5. ; LE TOURNEAU (Ph.) et ZOIA (M.), *Franchisage- Franchisage dans le domaine des services- Le franchiseur et le franchisé*, JCl. Contrats Distribution, fasc. 1050, 2013, n° 36 ; SIMON (F.-L.), *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, Paris : Joly Editions : Lextenso Editions, 2009, p. 149. Voir aussi FABRE (R.) et SERSIRON (L.), *Réservation du savoir-faire*, JCl. Brevets, 2014, fasc. 4200, n° 1.

¹⁰⁶ MATHELY Paul, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, Éditeur : [s.n.] (Paris), 1970, p.82.

¹⁰⁷ DESSEMONTET François, *Le savoir-faire industriel*, librairie Droz, Genève, 1974, p. 7.

¹⁰⁸ MOUSSERON Jean-Marc, *Aspects juridiques du know-how*, Cahiers de droit de l'entreprise, LexisNexis, 1972, n°1, p 6.

l'industrie.

La définition de Frédéric POLLAUD-DULIAN, pour qui le savoir-faire est un ensemble hétéroclite constitué de « tours de mains, procédés, formules ou autres éléments techniques non brevetés »¹⁰⁹, ajoute la notion de tours de mains potentiellement litigieuse à celle du savoir-faire.

Olivier WENIGER dans son étude comparative sur la protection des secrets économiques et du savoir-faire¹¹⁰, considère dès le début de son ouvrage « le savoir-faire représenté par exemple par un procédé de fabrication ou une méthode de marketing uniquement comme une information susceptible d'être protégée en tant que secret économique ». Une définition large, donc mais qui s'oriente dès le départ vers un objectif juridique affiché : sa protection, et une qualité essentielle : son caractère secret.

39. La multitude de références et de définitions pour cerner le « savoir-faire » complexifie la démarche de se poser sur une référence communément admise. Néanmoins chacune de ces définitions apporte une pierre à la réflexion générale destinée à la compréhension de la notion nécessaire à l'élaboration la plus pertinente d'une définition. Les instances juridiques s'en sont bien évidemment inspirées. En Chine on retrouvera de façon plus marquée encore cette diversité linguistique.

2) EN CHINE

40. Les définitions avancées par les spécialistes chinois offrent également des comparaisons intéressantes. Elles sont construites sur la base des différentes traductions chinoises issues de *know-how* (secret technique, habilité technique, ...) et offrent l'essentiel des caractères utiles que cette étude retient de la notion de savoir-faire.

Mais il est notable que la plupart de ces définitions n'ont pas l'exhaustivité attendue individuellement. Comme dans l'environnement français, une première étape recense l'essentiel des idées développées par les plus éminents spécialistes lors de l'élaboration d'une définition du savoir-faire. C'est une méthode d'autant plus nécessaire que

¹⁰⁹ POLLAUD-DULIAN Frédéric, *Droit de la propriété industrielle*, Paris : Montchrestien, 1999, p. 318.

¹¹⁰ WENIGER Olivier, *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (know-how) - Étude comparative des droits allemand, français et suisse*, Librairie Droz, Genève, 1994, p.16.

plusieurs traductions correspondent en chinois à *know-how*. Alors seulement nous pourrions en dégager une synthèse exploitable.

41. Définition chinoise du savoir-faire, approche de la doctrine. Par exemple la définition proposée en 1993 par Gongguo LI sur la technique exclusive pourrait se traduire en français de la manière suivante : *La technique exclusive, aussi appelée secret technique, habilité technique, et à l'international know-how, se réfère à des techniques industrielles, commerciales ou de gestion, qui sont secrètes, non brevetées, et détenues exclusivement par peu de personnes*¹¹¹. Cette définition ouvre le savoir-faire à plusieurs traductions possibles en chinois. Elle se réfère à *know-how* et comporte les bases essentielles de la définition : le caractère secret et non-breveté de techniques, accessibilité dans des domaines larges : l'industrie, la gestion, le commercial. Tout comme pour la définition de M. MOUSSERON, l'absence de brevet est évoquée, mais pas le caractère transmissible.

La définition du secret technique élaborée par WEN Xu pourrait se traduire de la façon suivante : *Le secret technique désigne des techniques et des méthodes qui ne sont pas dévoilées, pas facilement connues du public, détenues ou connues par peu de personnes, et qui peuvent présenter un intérêt économique conséquent si elles sont appliquées*¹¹². Cette définition insiste fortement sur le caractère retenu secret du savoir-faire, ici traduit par secret technique. Il mentionne également une référence à l'aspect économique utilisable de ce savoir-faire.

42. À ce stade donc de la réflexion, sur les bases précédemment soulevées, que ce soit en France ou en Chine, le constat persiste d'une certaine incohésion à la détermination précise de la définition commune franco-chinoise d'un savoir-faire. Des nuances sensibles demeurent, des imprécisions, des divergences de points de vue. Elles apportent néanmoins les fondements utiles pour le reste à faire de l'analyse qui se poursuit sur l'étude des définitions officielles juridiques existantes.

¹¹¹ LI Gongguo, *La protection juridique et les droits de propriété de la technique exclusive*, Journal of Lanzhou University (Social Science), Vol 21, n°4, 1993, p.100.

¹¹² WEN Xu, *Concept et caractéristiques du secret technique*, Propriété industrielle, 1990, n°4, p.12.

§ 2 : Définitions officielles juridiques nationales et internationales

43. S'il n'est pas simple d'obtenir une définition officielle exhaustive et sans équivoque en France ou en Chine du savoir-faire, il existe tout de même des repères utiles, notamment à l'international. L'analyse se poursuit donc sur ces trois territoires géographiques : France, Chine, International.

A) En France

44. **Définition française du savoir-faire, approche juridique.** On trouve en 1973 une première définition juridique du savoir-faire en droit français dans un arrêté paru au JO du 18 janvier 1973 relatif à l'enrichissement du vocabulaire pétrolier. « *Savoir-faire (n. m.) : Habilité acquise par l'expérience ; connaissance pratique (en anglais : know how).* »

Cette définition sera par la suite écartée par les juristes car elle accorde juridiquement cette notion à celui du tour-de-main non transmissible, trop lié aux qualités intrinsèques d'un individu.

Vient ensuite la norme AFNOR Z 20-000 validée le 16 juillet 1987 qui précise qu'un savoir-faire transmissible aux entreprises franchisées se caractérise par : « *une collection de produits, et ou un ensemble de services :*

- présentant un caractère original et spécifique ;
- exploité selon les techniques préalablement expérimentées ».

Cette définition assez succincte sera complétée en pratique pour les franchises, notamment par celle de la Fédération Française de la Franchise. Sa qualité principale est de valoriser l'aspect technique et expérimental. Mais il suppose toutefois que la dite technique soit déjà en exploitation.

45. **Définition française du savoir-faire, approche pour les franchises.** La liaison intime qui associe les contrats de franchise avec le savoir-faire va rapidement imposer aux organismes représentatifs de la franchise de définir concrètement ce qu'est le savoir-faire, tout au moins dans un contexte pratique utile à la franchise. À ce titre la

Fédération Française de la Franchise se positionne en représentant notoire. Elle donne en 1990 la définition suivante¹¹³ : « *Le savoir-faire est un ensemble d'informations pratiques non-brevetées résultant de l'expérience du Franchiseur et testées par celui-ci. Il est secret, substantiel et identifié* ».

Secret - Le fait que le savoir-faire dans son ensemble ou dans la configuration, et l'assemblage précis de ses composants, ne soit pas généralement connu ou facilement accessible. Cela n'est pas limité au sens étroit que chaque composant individuel du savoir-faire doit être totalement inconnu ou impossible à obtenir lors des relations avec le Franchiseur.

Substantiel - Le fait que le savoir-faire doit inclure une information importante pour la vente de produits ou la prestation de services aux utilisateurs finals, et notamment pour la présentation des produits pour la vente, la transformation des produits en liaison avec la prestation de services, les relations avec la clientèle et la gestion administrative et financière.

Le savoir-faire doit être utile pour le Franchisé en étant susceptible à la date de la conclusion de l'accord d'améliorer la position concurrentielle du Franchisé, en particulier en améliorant ses résultats et en l'aidant à entrer sur un nouveau marché.

Identifié - Le fait que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité. La description du savoir-faire peut être faite dans l'acte de Franchise, dans un document séparé ou sous toute autre forme appropriée. »

Cette définition dont les bases essentielles existent déjà depuis la définition de l'ADPIC préfigure des qualités essentielles d'un savoir-faire qui seront également portées au plan juridique quelques années plus tard. En priorité sont élevées celles du secret et de la valeur commerciale. La notion d'information « importante » est plus vague, qui s'oppose à celle de connaissances communément accessibles ou peu efficaces. À défaut d'être portée par des bases juridiques officielles, la référence à cette définition dans un contrat de franchise permet d'apporter une enveloppe protectrice potentielle.

¹¹³ La Lettre de la Fédération Française de la Franchise, numéro spécial du 30 septembre 1990.

On retrouve également ces caractéristiques essentielles du savoir-faire dans la définition retenue par l'Union européenne en 2004.

B) À l'international

46. Définition internationale du savoir-faire, approches de l'AIPPI. Une définition essentielle est donnée en 1974 par l'Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle (AIPPI). L'AIPPI est une association internationale dont l'objet, inchangé depuis 1897, est de propager l'idée de la nécessité de la protection internationale de la propriété industrielle, d'étudier et de comparer les législations existantes, en vue d'en préparer le perfectionnement et l'unification. Ses publications revêtent une notoriété authentique, et reçoivent au demeurant une écoute attentive dans l'environnement juridique français.

L'AIPPI, lors du Comité Exécutif et Conseil des Présidents de Melbourne (24 février – 2 mars 1974), propose la définition suivante :

« Article 1^{er} - 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. »

Cette définition est remarquable car elle associe l'expression « savoir-faire » en français et « know-how », et conforte l'aspect pratique sous-jacent à la notion de savoir-faire.

Elle étend le champ du savoir-faire à des domaines professionnels variés, sans être spécifiquement restrictive (« [...] ou autre [...] »), par exemple aux travaux intellectuels, et sort ainsi d'un cantonnement aux seuls domaines techniques ou manuels. Dans cette approche on notera toutefois que la définition proposée par l'AIPPI n'impose pas de caractère confidentiel aux informations. Elle se distingue ainsi de la notion de « secret de fabrication », sans toutefois l'exclure.

On relève également que cette définition limite l'approche du savoir-faire à des connaissances directement utilisables dans l'univers professionnel.¹¹⁴

L'article 2 adopté par l'AIPPI suggère des caractéristiques représentatives du savoir-

¹¹⁴ WENIGER Olivier, *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (know-how) - Étude comparative des droits allemand, français et suisse*, Librairie Droz, Genève, 1994, p.16

faire particulières :

« Article 2 - Le savoir-faire constitue une valeur économique qui appartient à celui qui l'a développé ou régulièrement acquis.

Le savoir-faire est transmissible par contrat ou tout autre moyen, conformément aux droits nationaux. »

Cet article reconnaît au savoir-faire une valeur économique et une transmissibilité par contrat. On serait tenté d'en déduire que sans ces caractéristiques le savoir-faire n'en n'est plus un au sens de l'AIPPI, excluant de fait par exemple le « tour de main » qui correspond à une qualité personnelle de l'individu, non transmissible en l'état.

47. Définition internationale du savoir-faire, approches de la Communauté européenne, de 2004 et 2010. Enfin, on peut citer la définition pragmatique publiée en 2004 au Journal Officiel de l'Union européenne corroborant les principes de celle de la Fédération Française de Franchise. Elle précise en effet que le savoir-faire est « *un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testées, qui est :*

- secret, c'est-à-dire qu'il n'est pas généralement connu ou facilement accessible ;
- substantiel, c'est-à-dire important et utile pour la production de produits contractuels, et
- identifié, c'est-à-dire décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité ; »¹¹⁵.

Enfin, selon un règlement l'Union européenne édicté par la Commission Européenne en 2010¹¹⁶, le savoir-faire est « un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci ; dans ce contexte, « secret » signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible; « substantiel » se réfère au savoir-faire qui est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels; « identifié » signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon

¹¹⁵ Définition du Règlement (CE) N° 772/2004 de la commission du 27 avril 2004, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, article premier -1, i

¹¹⁶ Règlement (UE) N° 330/2010 de la commission du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité ».

Cette version plus récente de la définition du savoir-faire reprend de façon relativement similaire les termes et les principes de celle de 2004, en y modifiant et ajoutant quelques caractéristiques singulières, comme la notion de fournisseur et d'acheteur. Celle-ci n'apparaît que dans la définition de 2010, soulignant alors la nécessité d'une valeur marchande potentielle du savoir-faire.

Par ailleurs, la notion d'utilité, soutenue par celle de substantialité, est axée en 2004 sur la production de produits (pouvant n'être qu'interne à une entreprise) puis en 2010 à celle de l'acheteur (externe à l'entreprise). Le savoir-faire n'est plus seulement utile à la production mais doit l'être aussi à l'acheteur.

48. Secret d'affaires et savoir-faire. Il est intéressant également d'évoquer la notion de « secret d'affaires » définie par l'Union européenne dans la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016¹¹⁷. Le préambule de cette directive énonce que sont appelés « secrets d'affaires » les savoir-faire et les informations commerciales de valeur, qui ne sont pas divulgués et que l'on entend garder confidentiels.

L'article 2 de cette même directive précise que sont qualifiées de « secrets d'affaires » les informations répondant cumulativement aux trois conditions suivantes¹¹⁸:

- a) « elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles » ;
- b) « elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes » ;
- c) « elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes ».

Cette définition assez large est établie au niveau communautaire dans un souci d'harmonisation de la protection des secrets d'affaires entre les États membres. Elle permet alors de concevoir que la notion de savoir-faire s'intègre dans celle du secret des

¹¹⁷ Directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (Journal Officiel de l'union européenne du 15 Juin 2016).

¹¹⁸ Directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016, article 2 (1)

affaires ; le savoir-faire n'en est cependant qu'un aspect particulier. La notion de secret d'affaires recouvre, en effet, une réalité plus large que le savoir-faire. Par ailleurs, la notion de secret d'affaires s'étend au-delà des « connaissances techniques » qui constituent le savoir-faire. Dès lors qu'une information est secrète, que sa divulgation est susceptible de porter préjudice à l'entreprise qui la détient, l'information peut être qualifiée de secret d'affaires. Relèvent, par exemple, de la notion de secret des affaires des données purement descriptives telles les informations relatives à la situation financière d'une entreprise, à sa stratégie d'investissement, à l'identité de ses clients¹¹⁹. Nous retiendrons dans cette définition qu'un savoir-faire que son détenteur cherche à garder secret peut revêtir la dénomination de « secret d'affaire » et bénéficier d'une protection, assurée le cas échéant par une action en concurrence déloyale ou parasitaire¹²⁰.

49. Secret d'affaires et ADPIC. Cette définition du secret d'affaires et à rapprocher de celle du « renseignement non divulgué » qui figure dans l'article 39 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). D'après cet article, les renseignements doivent remplir les conditions suivantes pour pouvoir être protégés :

- « être secrets, en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exact de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux intéressés, ni ne leur sont pas aisément accessibles ;
- avoir une valeur commerciale due à leur caractère secret ;
- avoir 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 secrètes ».

L'homologie patente entre cette définition de l'ADPIC relative au renseignement non divulgué, et la définition du secret d'affaire évoquée dans la directive européenne 2016/943, permet d'entrevoir un rapprochement simplifié avec le savoir-faire tenu secret qu'un lien clairement énoncé dans le préambule de la directive permet

¹¹⁹ GARINOT (J.-M.), *Le secret des affaires*, thèse, Paris : Lexis, 2013, p. 66, n° 76.

¹²⁰ LARRIEU Jacques, *La réparation du trouble de parasitisme*, Commentaire sur Cass. com., 8 nov. 2016, n° 15-14.437, Sté Activ Medical Disposable (AMD) c/ Sté Ontex : JurisData n° 2016-023298, Propriété industrielle, n° 2, Février 2017.

d'identifier¹²¹.

50. Cette analyse en inventaire des définitions d'origine française et internationale apporte les remarques suivantes. La notion de savoir-faire est perceptible différemment suivant son contexte et dispose de spécificités variables. Toutefois certaines d'entre elles se retrouvent généralement telle celle du secret. Ce n'est donc pas sur une définition assurément posée au plan international que les juristes ont à leur disposition, et la poursuite de notre réflexion dans la sémantique chinoise viendra confronter cette vision.

C) En Chine

51. L'analyse terminologique relative au savoir-faire a permis de relever quatre expressions associées à la traduction de *know-how*, que l'on pourrait retenir en vocable français par technique exclusive, secret technique, technique non-brevetée et habilité technique. L'étude des définitions correspondantes apporte les éclaircissements utiles mais elle sera complétée par celle du secret commercial. En effet, le secret commercial n'est pas représentatif au plan juridique de *know-how*, tout au moins en théorie, mais il n'en présente pas moins des caractéristiques et similitudes importantes.

1) DÉFINITION DE « TECHNIQUE EXCLUSIVE »

52. **Définition chinoise du savoir-faire, approche par l'expression « technique exclusive ».** L'expression « technique exclusive » apparaît le 14 décembre 1980 dans la législation chinoise dans une publication du Ministère des Finances chinois dénommée « Règlement d'application de la loi fiscale sur le revenu pour les entreprises sino-étrangères à capitaux mixtes »¹²². L'article 2 alinéa 2 cite l'expression

¹²¹ Directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016, préambule, *Ces savoir-faire et ces informations commerciales de valeur, qui ne sont pas divulgués et que l'on entend garder confidentiels, sont appelés « secrets d'affaires ».*

¹²² L'article 2 de l'alinéa 2 du « Règlement d'application de la législation concernant l'impôt sur le revenu des sociétés sino-étrangères à capitaux mixtes » précise les autres revenus évoqués dans l'article 1 du Code

sans toutefois en donner de définition. Le 24 mai 1985, le Conseil d'État publie le « Décret relatif aux contrats d'importation de technologie ». Dans son article 2 alinéa 2 - la similitude de référence n'étant pas un hasard - une tentative de précision est apportée : *savoir-faire fourni sous la forme de dessins, données techniques, spécifications techniques, etc., tels que les processus de production, des formules, des conceptions de produits, de gestion et contrôle de la qualité*¹²³. Il ne s'agit pas véritablement d'une définition juridique mais plutôt d'une opération incursive de l'administration gouvernementale sur les importations de technologie.

Par la suite, l'article 2 alinéa 2 du « Règlement d'application des décrets relatifs aux contrats d'importation de technologie » publié le 20 janvier 1988 par le Ministère du Commerce¹²⁴, donne pour la première fois une définition juridique de la « technique exclusive » que l'on pourrait traduire en ces termes¹²⁵ :

La technique exclusive se réfère à une connaissance technique qui n'a pas été dévoilée au public, et qui est fournie sous la forme de dessins, données techniques, spécifications techniques, etc., et utilisée pour la fabrication d'un produit, ou l'application d'une technologie, ainsi que pour la conception d'un produit, un procédé technique, d'une formule, de gestion ou d'un contrôle de qualité. Cette connaissance technique n'a pas encore obtenu de protection juridique inhérente aux droits de propriété industrielle.

Cette définition précise que la technique exclusive est une connaissance technique, qu'elle s'applique à des domaines d'utilisation assez larges : la fabrication de produits, l'application d'une technologie, etc...et notamment non techniciennes tels que la gestion

général des impôts, à savoir : les dividendes, les bonus, les intérêts acquis ainsi que les gains provenant du patrimoine loué ou transmis, du droit de propriété industrielle, de la technique exclusive, de la propriété d'un logo, du copyright, etc. Ce Règlement de 1980 a été aboli le 30 juin 1991 et remplacé par le « Règlement d'application de la législation concernant l'impôt sur le revenu des sociétés étrangères et des sociétés à capitaux étrangers ».

¹²³ Article 2. Importation of technology referred to in these Regulations means acquisition of technology through trade or economic and technical cooperation by any corporation, enterprise, organisation or individual within the territory of the People's Republic of China (hereinafter referred to as "the recipient") from any corporation, enterprise, organisation, or individual outside the territory of the People's Republic of China (hereinafter referred to as "the supplier"), including: (2) Know-how provided in the form of drawings, technical data, technical specifications, etc., such as production processes, formule, product designs, quality control and management skills;

¹²⁴ Appelé actuellement Ministère du Commerce. L'ancienne dénomination : Ministère du Commerce Extérieur a été abolie en janvier 2003 puis remplacée par celle correspondant à Ministère du Commerce.

¹²⁵ Contracts for licensing of technical know-how: Contracts for licensing of technical know-how refer to those for provision or impartment of a certain technical knowledge which has not been made public and is used for manufacturing a certain product, or applying a certain technology, as well as a product design, a technical process, a formula, quality control and management skills and such technical knowledge has not yet obtained the legal protection of industrial property rights.

et le contrôle de la qualité.

L'expression « non dévoilée au public » précise la nécessité du caractère volontairement gardé secret de l'information. Elle est plus objective que l'expression « non connues du public ».

Par contre la définition impose à la technique exclusive l'utilisation de supports matériels : dessins, données techniques, spécifications techniques, etc. Enfin, « n'a pas encore obtenu de protection juridique inhérente aux droits de la propriété industrielle » se réfère à la notion de brevet et de protection des dessins et modèles et de marques. C'est une approche qui me semble inadéquate car un savoir-faire peut être complété ou associé à une marque ou à un dessin et rester un savoir-faire avec les spécificités d'un savoir-faire à protéger, il n'y a pas nécessairement d'incompatibilité entre ces deux protections qui sont utiles. L'incompatibilité est pertinente avec le brevet, certes, mais pas avec toutes les composantes de la propriété industrielle. Je retiens donc une réserve absolue sur cette définition.

Par la suite ce « Décret relatif aux contrats d'importation de technologie » et son Règlement d'application furent abrogés par le « Décret relatif aux importations et exportations de technologie » publié le 10 décembre 2001 par le Conseil d'État. Mais ce nouveau décret remplace alors l'expression de « technique exclusive » par celle de « secret technique », et omet de lui redonner une définition¹²⁶.

2) DÉFINITION DE « SECRET TECHNIQUE »

53. Définition chinoise du savoir-faire, approche par l'expression « secret technique ». L'expression « secret technique » apparaît pour la première fois le 11 mai 1984 dans la « loi sur la prévention et de la lutte contre la pollution de l'eau »¹²⁷. Depuis, d'autres lois ont aussi fait référence au « secret technique » mais sans en donner de définition. Parmi celles-ci, la « Loi relative aux contrats »¹²⁸, publiée le 15 mars

¹²⁶ « Décret relatif aux importations et exportations de technologie », Conseil d'État, publié le 10 décembre 2001, article 2, alinéa 2.

¹²⁷ « Loi sur la prévention et la lutte contre la pollution de l'eau », Comité permanent de l'Assemblée Nationale Populaire, publiée le 11 mai 1984, modifiée le 15 mai 1996 et le 28 février 2008, article 18.

¹²⁸ « Loi relative aux contrats », Assemblée Nationale Populaire, publiée le 15 mars 1999, chapitre 18.

1999 par l'Assemblée Nationale Populaire, revêt une importance notable.

On trouve ensuite peu avant le « Décret relatif aux importations et exportations de technologie » de 2001, le « Rapport de la Cour Nationale - secteur propriété intellectuelle concernant le traitement des litiges relatifs aux contrats de technologie » publié le 19 juin 2001 par la Cour Suprême¹²⁹. Ce dernier donne la définition suivante : *Le 'secret technique' mentionné dans le chapitre 18 de la « Loi relative aux contrats » désigne des informations techniques qui ne sont pas connues du public, qui sont de nature à procurer des avantages économiques à leur détenteur légitime, qui sont susceptibles d'utilisation pratique et que le détenteur s'est employé à garder secret.* »

Cette même année, le « Règlement pour l'identification des contrats de technologie » publié par le Ministère de la Science et de la Technologie, précise que le « secret technique » doit répondre aux mêmes conditions¹³⁰ que celles prévus par la Cour Suprême.

La comparaison de la notion de « technique exclusive » avec celle de « secret technique » met en lumière un point commun - le secret et l'information technique -, mais aussi des exigences différentes.

- L'approche du critère de secret par chacune des deux expressions évolue d'une notion fondée sur une action : « non dévoilée au public » (technique exclusive) à une précision plus vaporeuse et relative à un état : « non connue du public » (secret technique).

- La technique exclusive « n'a pas encore obtenu de protection juridique inhérente aux droits de propriété industrielle » mais ce n'est pas exigé pour le secret technique.

- Le secret technique nécessite que les informations soient de nature à procurer des avantages économiques à leur détenteur légitime, et soient susceptibles d'utilisation pratique. Ce n'est pas le cas de la technique exclusive.

- Le secret technique souligne que *le détenteur s'est employé à garder secrète* l'information technique, la définition de la « technique exclusive » n'exige pas cette condition.

¹²⁹ Cours Suprême de Chine, dans la publication du 19 juin 2001 : « Conclusions des réunions du Tribunal National du droit de la Propriété Intellectuelle sur les jugements rendus sur les questions relatives aux affaires litigieuses sur les contrats technologiques », article 2.

¹³⁰ « Règlement pour l'identification des contrats de technologie », Ministère de la Science et de la Technologie, publié le 18 juillet 2001, article 30, alinéa 1. (1) *pas connues du public* (2) *de nature à procurer des avantages économiques à leur détenteur légitime* (3) *susceptibles d'utilisation pratique* (4) *le détenteur s'est employé à garder secret.*

3) DÉFINITION DE « TECHNIQUE NON-BREVETÉE » ET « HABILITÉ TECHNIQUE »

54. **Définition chinoise du savoir-faire, approche par les expressions « technique non brevetée » et « habilité technique ».** L'expression « technique non-brevetée » apparaît pour la première fois en 1987 dans la « Loi relative aux contrats de technologie »¹³¹. Par la suite, la « Loi relative aux entreprises sino-étrangères à capitaux mixtes »¹³² de 1988 et le « Décret d'application de la loi relative aux contrats de technologie »¹³³ en 1989 utilisent aussi l'expression « technique non-brevetée », mais sans en donner une définition.

En 1995, dans son « Avis de la Cour Suprême sur des questions relatives aux traitements de litiges en technologie »¹³⁴, la Cour suprême donne les conditions constitutives d'une 'technique non-brevetée'. Celle-ci doit satisfaire aux conditions suivantes¹³⁵ :

- Elle concerne des projets techniques ou des habiletés techniques comprennent des connaissances techniques, des expériences ou des informations,
- Elle est maintenue dans un état de secret, c'est-à-dire qu'elle ne s'obtient pas directement dans le domaine public.
- Elle a une valeur économique, et peut donc permettre à son détenteur d'obtenir des intérêts économiques ou des avantages concurrentiels.
- Le détenteur a pris des mesures de sécurité raisonnables, et ne l'a jamais divulgué à un tiers sans la protection d'un accord de confidentialité.

La définition de « technique non brevetée » dispose des points communs à celle de « secret technique » qui sont les suivants : un aspect technique, un secret, une valeur

¹³¹ « Loi relative aux contrats de technologie », Comité permanent de l'Assemblée Nationale Populaire, publiée le 23 juin 1987 et abrogée le 01 octobre 1999.

¹³² « Loi relative aux entreprises sino-étrangères à capitaux mixtes », Comité permanent de l'Assemblée Nationale Populaire, publiée le 13 avril 1988, modifiée le 21 octobre 2000.

¹³³ « Décret d'application de la loi relative aux contrats de technologie », Ministère de la Science et de la Technologie, publié le 15 mars 1989 et abrogé le 15 mars 1999.

¹³⁴ « Avis de la Cour Suprême sur des questions relatives aux traitement de litiges en technologie », Cour Suprême, publié le 2 avril 1995 article 5, abrogé le 13 juillet 2000.

¹³⁵ Traduction française de : 非专利技术成果应具备下列条件：(1)包含技术知识、经验和信息的技术方案或技术诀窍；(2)处于秘密状态，即不能从公共渠道直接获得；(3)有实用价值，即使所有人获得经济利益或竞争优势；(4)拥有者采取了适当保密措施，并且未曾在没有约定保密义务的前提下将其提供给他人

économique, des mesures pour garder la technique secrète.

Cette définition de la technique non-brevetée est la seule que l'on trouve publiée par le législateur en Chine à ce jour. Or en 1999, l'Assemblée Nationale Populaire adopte la « Loi relative aux contrats » qui abroge cette « Loi relative aux contrats de technologie ». Et à son tour la Cour suprême abroge ses interprétations concernant cette même loi. Ainsi donc, dans l'environnement juridique chinois actuel, l'expression de « technique non-breveté » existe, mais pas sa définition.

En marge de la technique non breveté, on trouve dans l'univers juridique chinois la référence à « l'habilité technique ». Cette expression en est la moins utilisée des quatre traductions chinoises du terme *know-how*. L'expression est reprise dans trois règlements administratifs de 1981, 1983 et 1988, mais pas dans le droit récent. Par ailleurs la seule interprétation juridique de la Cour Suprême qui fait référence à l'expression « habilité technique » est un « Avis de la Cour Suprême sur des questions relatives au traitement de litiges de technologie » publié le 2 avril 1995, et abrogé en 2000. Cette expression n'a donc plus cours.

4) ANALOGIE ENTRE SAVOIR-FAIRE ET SECRET COMMERCIAL

55. Définition chinoise du savoir-faire, approche par la notion de « secret commercial ». En marge de la définition du savoir-faire, dans des notions voisines - mais le sont-elles parfois vraiment ? - il convient également d'aborder la notion de secret commercial : 商业秘密¹³⁶. Il existe en effet un nombre conséquent de lois qui traitent du secret commercial¹³⁷ dans la législation chinoise qui ne peuvent être

¹³⁶ La prononciation de 商业秘密 en français : shang ye mi mi

¹³⁷ « Loi relative aux procédures civiles », Comité permanent de l'Assemblée Nationale Populaire, publiée le 9 avril 1991, modifiée le 28 octobre 2007 et le 31 août 2012, article 66 et article 120.

« Loi de lutte contre la concurrence déloyale », Comité permanent de l'Assemblée Nationale Populaire, publiée le 02 septembre 1993, article 10.

« Loi relative aux contrats », Assemblée Nationale Populaire, publiée le 15 mars 1999, article 43 et article 342-354.

« Loi relative au travail », Comité permanent de l'Assemblée Nationale Populaire, publiée le 5 juillet 1994, article 22.

« Loi relative aux contrats de travail », Comité permanent de l'Assemblée Nationale Populaire, publiée le 29 juin 2007, modifiée le 28 décembre 2012, article 23.

« Avis de la Cour Suprême sur des questions concernant l'application de la loi relative aux procédures civiles », Cour Suprême, publié le 14 juillet 1992, article 154.

dissociées simplement de celles relatives au savoir-faire. Par ailleurs cette expression est devenue d'usage courant lors des échanges internationaux, parfois même au détriment des quatre traductions chinoises de savoir-faire¹³⁸. De son côté, si la France utilise couramment l'expression de « secret de fabrique »¹³⁹, ou de « secret de fabrication »¹⁴⁰, elle reste très distante avec celle de « secret commercial » (trade secret), alors qu'en Chine, il existe bien une traduction utilisée de trade secret que l'on identifie par 商业秘密. Ainsi par exemple dans la version traduite en français de la loi chinoise « Loi de lutte contre la concurrence déloyale », cette expression 商业秘密 n'a pas été traduite par « secret commercial », mais par « secret de fabrication ». Toutefois dans notre étude, afin de bien respecter la quintessence originelle de l'expression chinoise, nous conserverons et utiliserons l'expression « secret commercial ».

a) Concept chinois du secret commercial

56. Définition chinoise du secret commercial. En Chine, la première législation à utiliser l'expression « secret commercial » est la « Loi relative aux procédures civiles »¹⁴¹ publiée le 9 avril 1991 par le Comité Permanent de l'Assemblée Nationale Populaire, mais qui n'en donne pas la définition. En 1992, la Cour Suprême en donne une interprétation. Enfin en 1993, la « Loi de lutte contre la concurrence déloyale »¹⁴² met en place un système de protection du « secret commercial » et en donne la définition¹⁴³.

L'interprétation de la Cour Suprême de 1992, dans son article 154, est la suivante :

« Interprétations de la Cour Suprême sur des questions concernant l'application de la loi dans le traitement des affaires civiles portant sur la concurrence déloyale », Cour Suprême, publiées le 12 janvier 2007, article 15-27.

¹³⁸ ZHONG Jianhua, *Several Basic Problems of Legal Protection of Trade Secret*, Journal of Renmin University of China, 1995, n°4, p.65.

¹³⁹ La notion du secret de fabrique figurait dans la loi à l'article 418 CPF. Certes, cette disposition a été abrogée et remplacée, depuis le 1er mars 1994, par l'article L.152-7 du Code du travail.

¹⁴⁰ WENIGER Olivier, *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (know-how) - Étude comparative des droits allemand, français et suisse*, Librairie Droz, Genève, 1994, p. 143. Voir aussi : AZEMA Jacques, *Définition juridique du know-how*, LE KNOW HOW 5ème rencontre de la propriété industrielle, Montpellier 1975, p 18.

¹⁴¹ « Loi relative aux procédures civiles », Comité permanent de l'Assemblée Nationale Populaire, publiée le 9 avril 1991, modifiée le 28 octobre 2007 et le 31 août 2012.

¹⁴² « Loi de lutte contre la concurrence déloyale de la RPC », Comité permanent de l'Assemblée Nationale Populaire, publiée le 02 septembre 1993.

¹⁴³ KONG Xiangjun, *The Judicial Protection of Trade Secrets*, Éditions législation de Chine, 2012, p.19.

« Le secret commercial prévu aux articles 66 et 120 de la loi relative aux procédures civile désigne principalement le secret technique, les informations et l'intelligence d'affaires, etc., par exemple des secrets industriels et commerciaux que le détenteur ne veut pas dévoiler comme des processus de production, des formules, des liens commerciaux, des circuits de marketing, etc... »¹⁴⁴.

Cette définition généralisatrice de la notion de secret commercial la précise et l'associe étroitement à celle de secret technique, en y adjoignant des notions liées directement aux affaires. Sa portée juridique est importante car elle est émise par une haute instance juridique, qui de plus statue sur un code législatif important en Chine.

Pour le législateur chinois, la notion de secret commercial est manifestement plus large que celle de secret technique, elle-même étant comme on l'a vu précédemment, une des traductions de *know-how*.

Si l'on s'en tient logiquement à cette analyse de la Cour Suprême de Chine, le *know-how* est alors de portée plus restrictive en Chine que le secret commercial.

On pourrait comprendre alors que le législateur a souhaité étendre les propriétés du savoir-faire à d'autres domaines que celui de la technique, mais en lui donnant un autre nom : «secret commercial». Autrement dit, le secret technique (traduction de *know-how*) serait cantonné à un domaine restreint, technique, quand le secret commercial, plus large donc, s'ouvre à d'autres disciplines : gestion, administration,...

Par la suite la « Loi de lutte contre la concurrence déloyale »¹⁴⁵ de 1993 confirme cette vision du secret commercial lorsqu'elle en donne la définition. Elle précise en effet dans sa version officielle en Français que « *au sens du présent article, il faut entendre par 'secret de fabrication' des informations techniques ou commerciales qui ne sont pas connues du public, qui sont de nature à procurer des avantages économiques à leur détenteur légitime, qui sont susceptibles d'utilisation pratique et que le détenteur s'est employé à garder secrètes* ».

Cette traduction transcrit le mot 商业秘密 par secret de fabrication, que nous-mêmes traduisons dans cette étude par secret commercial, et 经营信息 par informations

¹⁴⁴ Traduction française de : 民事诉讼法第六十六条、第一百二十条所指的商业秘密, 主要是指技术秘密、商业情报及信息等, 如生产工艺、配方、贸易联系、购销渠道等当事人不愿公开的工商业秘密

¹⁴⁵ « Loi de lutte contre la concurrence déloyale de la RPC », Comité permanent de l'Assemblée Nationale Populaire, publiée le 02 septembre 1993.

commerciales.

Mais surtout, en 2001, soit huit ans plus tard, la Cour Suprême confirme cette notion en donnant une définition du secret technique qui correspond caractère par caractère en chinois à celle de secret commercial, mais avec la disparition des termes 和经营信息 à savoir « et informations commerciales »¹⁴⁶.

Ainsi donc en Chine la définition du secret commercial est très similaire à celle de l'expression littérale chinoise 技术秘密 « secret technique » elle-même traduction de *know-how*. Mais cette définition du secret commercial contient en plus une référence à « des informations commerciales ».

Ce point confirme la volonté du législateur chinois à imbriquer le secret technique comme un élément du secret commercial. C'est donc le contraire de la pratique répandue en France, où les éléments correspondant aux informations commerciales sont considérés comme faisant partie du savoir-faire¹⁴⁷. Ainsi la traduction de *know-how* en chinois serait plus restrictive que celle en français. En Chine, le secret commercial englobe le savoir-faire, en France, c'est l'inverse.

57. Pertinence de l'usage de l'expression « secret commercial ». C'est pourquoi, à l'analyse de ces différentes définitions, il apparaît que l'expression chinoise « secret commercial » puisse correspondre mieux dans certains cas à celle de savoir-faire (*know-how*) en français que l'expression « secret technique » pourtant traduite en Chine à partir de *know-how*.

Dans ce même registre, en Chine, les tribunaux distinguent rarement en pratique la notion de technique exclusive de celle de secret commercial. Fréquemment, les jugements qui constatent une atteinte à la technique exclusive, font référence à la « Loi de lutte contre la concurrence déloyale », et relèvent concomitamment que le

¹⁴⁶ Définition officielle du secret commercial en 1993 : « secret commercial » se réfère à des informations techniques ou commerciales qui ne sont pas connues du public, qui sont de nature à procurer des avantages économiques à leur détenteur légitime, qui sont susceptibles d'utilisation pratique et que le détenteur s'est employé à garder secrètes.

Définition par la Cour Suprême du secret technique en 2001 : « secret technique » se réfère à des informations techniques qui ne sont pas connues du public, qui sont de nature à procurer des avantages économiques à leur détenteur légitime, qui sont susceptibles d'utilisation pratique et que le détenteur s'est employé à garder secrètes.

On notera que la seule différence réside dans ces 5 caractères 和经营信息 qui signifient « et informations commerciales ».

¹⁴⁷ FABRE Régis, *JurisClasseur Brevets*, Fasc.4710, n°6 ; Voir aussi Cass. 1re civ. 13 juin 2006, n°02-44.718 : *JurisData* n°2006-033999 ; D. 2006, p. 2470, note B. Edelman. - V. aussi, *Enquête d'une protection juridique* par le professeur HENAFF P.: RLDI 2007, p. 33.

comportement fautif a violé le secret commercial, admettant ainsi un fait de concurrence déloyale¹⁴⁸.

b) Éléments du secret commercial

La définition du secret commercial donnée par la « Loi de lutte contre la concurrence déloyale » de 1993 souligne quatre composantes essentielles de la notion : une information, un secret, une valeur commerciale, des mesures de sécurité pour protéger le secret. Leur analyse permet de mettre en lumière quelques conclusions au plan juridique.

58. Une information. De prime abord le secret commercial est une information, et donc un élément incorporel qui provient du fruit de l'activité intellectuelle humaine¹⁴⁹. On prendra soin de distinguer les informations ou connaissances des objets ou appareils qui leurs servent de supports (plans, programmes, films, cahiers de laboratoire...). Les informations ne sont pas des biens juridiques susceptibles d'appropriation¹⁵⁰, et la loi est en retrait concernant l'exclusivité de droits d'un détenteur d'informations. Par exemple la personne qui possède des informations sur une technique est très contrainte dans l'interdiction d'utilisation de cette technique par un tiers, quand bien même ce tiers dispose de cette technique après lui¹⁵¹. Ensuite, ces informations doivent être 'techniques ou commerciales'. Il convient de préciser ainsi cette extension à l'aspect commercial. En effet, dans son origine juridique, le 'know-how' est introduit pour l'importation technologique. Il est ainsi classiquement limité aux techniques entre les années 1960 et 1980. Sous l'appellation *know-how*, il apparaît souvent comme un élément complémentaire à l'invention brevetée. C'est pourquoi en Chine le 'know-how' aura pu rester limité à des connaissances à caractère technique.

¹⁴⁸ Cour d'appel de Zibo, province de Shandong, (1998), *Zi zhong fa ming zhong zi*, n° 1160 ; Cour d'appel de Zibo, province de Shandong, (2000) *zi ming zai zhong zi* n° 21.

¹⁴⁹ LU Wenshan, *Determination of and Legal Protection for Know-How in Technical Transfer*, Peking University Law Journal, 1990, n°5, p.5

¹⁵⁰ « Précisions des responsables de la Commission Nationale Scientifique concernant l'estimation des résultats techniques et les problèmes des propriétaires dans l'application des lois relatives au contrats de technologie »

¹⁵¹ LI Gongguo, *La protection juridique et les droits de propriété de la technique exclusive*, Journal of Lanzhou University (Social Science), Vol 21, n°4, 1993, p101.

Mais progressivement, ces informations sont étendues à d'autres domaines, notamment celui du commerce. On évolue alors de la notion de « know-how » à celle de « secret commercial ». Ces informations concernent essentiellement trois secteurs¹⁵².

- Le secteur industriel. Il utilise principalement des connaissances de l'industrie et ne bénéficie pas de la protection des droits de la propriété industrielle. Ces connaissances techniques ne sont pas connues du public. Ainsi en est-il pour les techniques de fabrication, de processus, d'assemblage, d'ingénierie, de contrôle de la qualité, et autres. Ce secteur technique fait référence au « know-how » de façon commune et classique.

- Le secteur commercial, aborde principalement les valeurs concurrentielles, les informations confidentielles du marché, telles que le prix des matières premières, le marché des ventes, la veille concurrentielle, la liste des clients,...

- Le secteur de la gestion, qui retient principalement les expériences particulières et efficaces de gestion gardées par l'entreprise, telles que les organisations, la gestion des stocks, la structure du travail, les méthodes publicitaires et de communication, les techniques de recrutement,...

Au sens de cette étude, la notion de savoir-faire utile retient également les informations de ces différents secteurs, et donc ne peut s'affranchir de la notion de secret commercial. Cette vision est partagée par Alain GALLOCHAT qui concède que l'on peut aller plus loin et dire que toutes informations, de quelque ordre qu'elles soient, peuvent parfaitement figurer dans ce concept de « savoir-faire »¹⁵³.

59. Un secret. Le secret constitue la caractéristique essentielle qui permet d'élever une information au rang de « secret commercial »¹⁵⁴. « L'ignorance du public » ou « le non connu du public » est prévu et décrit dans le droit Chinois. Celui-ci précise quelles sont les exigences d'un état secret¹⁵⁵. Le secret est à la source même de l'existence de valeur d'un secret commercial. Une fois qu'un secret commercial perd son état secret, il devient une information publique qui perd alors ses droits de protection attribués aux secrets commerciaux, et n'importe qui peut alors utiliser gratuitement les

¹⁵² ZHANG Qinglin, *Identification de la nature juridique de la technique exclusive*, Law Review, 1993, n°1, p.32.

¹⁵³ GALLOCHAT Alain, *L'industrie face au secret, la propriété industrielle et le secret*, journée d'étude faculté de droit Lyon, 4 avril 1995, collection du CEIPI, Litec, p.51.

¹⁵⁴ KONG Xiangjun, *Traité de droit contre la concurrence déloyale*, Éditions la Cour Populaire, 2001, p. 706-707.

¹⁵⁵ KONG Xiangjun, *The Judicial Protection of Trade Secrets*, Éditions législation de Chine, 2012, p.123.

informations placées dans le domaine public.

En 2007, la Cour Suprême a donné cette interprétation du secret¹⁵⁶ : il doit être considéré qu'elles [les informations] ne sont pas connues du public tel que mentionné à l'article 10 alinéa 3 de la « Loi de lutte contre la concurrence déloyale » dès lors que ces informations ne sont généralement pas connues ni faciles à obtenir par les personnes concernées dans leur domaine.

La Cour Suprême énumère alors six cas d'appartenance au domaine du 'connu du public'. Il est ainsi considéré que les informations ne sont pas 'non connues du public', si elles répondent à l'une de ces conditions :

- (1) Ces informations sont des connaissances générales ou une coutume professionnelle pour l'homme du métier dans les domaines considérés.
- (2) Ces informations ne concernent que la simple combinaison de taille, de structure des matériaux, des pièces, etc., sur le produit, qui peut être obtenue directement par le public pertinent en observant les produits quand ils sont mis dans le commerce.
- (3) Ces informations ont été révélées au public dans des publications ou d'autres medias.
- (4) Ces informations ont été divulguées au public lors de conférences publiques, d'expositions, etc.
- (5) Ces informations peuvent être obtenues par d'autres sources publiques.
- (6) Ces informations sont faciles à obtenir sans avoir à en payer un prix.

Dans cette configuration, le secret est un secret relatif et non pas absolu. Il n'est donc pas exigé que personne en dehors du détenteur du secret commercial ne soit au courant de l'information pertinente. Le sens de « public » ne désigne pas la majorité des habitants de l'univers, mais plutôt les personnes appartenant aux professions du domaine spécifique relatif à l'information secrète.

Le champ d'application de « public » n'est pas celui de toute autre personne que le ou les détenteurs du secret commerciale mais bien les individus de la profession et sur un territoire concerné¹⁵⁷. Il est donc possible qu'une technique réputée connaissance et non

¹⁵⁶ « Interprétations de la Cour Suprême sur des questions concernant l'application de la loi dans le traitement des affaires civiles portant sur la concurrence déloyale », Cour Suprême, publiées le 12 janvier 2007, article 9, aliéna 1.

¹⁵⁷ ZHANG Yurui, *La protection juridique des secrets commerciaux*, Éditions la propriété intellectuelle, 1994, p. 36.

pas secret, utilisée dans un autre domaine que son champ d'application d'origine, devienne un secret commercial¹⁵⁸. De même cette technique peut également devenir un secret commercial en changeant de pays d'utilisation.

Enfin, « public » se réfère aux concurrents du détenteur du secret commercial. Dès lors, les personnes hors champ de concurrence, comme les journalistes, les avocats, ne sont pas représentatifs de ce domaine « public »¹⁵⁹.

De cette analyse on retiendra que dès lors que les informations ne sont pas connues dans le domaine d'application de la technique, leur caractère secret reste accessible.

60. Une valeur commerciale. Il convient en préliminaire de la notion de valeur commerciale d'aborder l'aspect « utilisation pratique » initialement évoquée par le juriste en Chine. En effet la « Loi de lutte contre la concurrence déloyale » stipule que les informations relatives au secret commercial doivent être de nature à procurer des avantages économiques à leur détenteur légitime, et susceptibles d'utilisation pratique.

Il pourrait donc sembler nécessaire que l'aspect d'utilité pratique soit l'un des éléments du secret commercial, mais le législateur va ensuite moduler cela.

En 2001, la Cour suprême en a donné cette interprétation juridique¹⁶⁰ : « de nature à procurer des avantages économiques à leur détenteur légitime, susceptibles d'utilisation pratique » signifie que cette information technique a une valeur commerciale en raison de son caractère secret et est de nature à procurer des avantages économiques ou des avantages concurrentiels à leur détenteur légitime. Cette interprétation inclut « l'utilisation pratique » dans le champ de la « valeur commerciale ».

En 2006, la Cour Suprême confirme cette orientation au travers d'une autre interprétation¹⁶¹ qui précise que dès lors que l'information dispose d'une valeur commerciale actuelle ou potentielle, de nature à procurer des avantages concurrentiels, elle peut être considérée comme étant de nature à procurer des avantages économiques à leur détenteur légitime, et susceptible d'utilisation pratique prévu dans l'article 10,

¹⁵⁸ Yong YUAN, Protection juridique du secret technique, Science Technology and Law, 1998, n°2, p.33.

¹⁵⁹ WEI Zhi, *Traité de droit de la propriété intellectuelle*, Éditions la propriété intellectuelle, 2002, p.333.

¹⁶⁰ « Rapport de la Cour Nationale - secteur propriété intellectuelle concernant le traitement des litiges relatifs aux contrats de technologie », Cour Suprême, publié le 19 juin 2001, article 1 (1) 2.

¹⁶¹ « Interprétations de la Cour Suprême sur des questions concernant l'application de la loi dans le traitement des affaires civiles portant sur la concurrence déloyale », Cour Suprême, publiées le 12 janvier 2007, article 10.

alinéa 3 de la « Loi de lutte contre la concurrence déloyale ».

C'est donc bien le législateur qui arrête que « l'utilisation pratique » ne constitue pas une des caractéristiques du secret commercial en dehors de celle de la « valeur commerciale ».

L'exigence de valeur d'un secret commercial réside dans sa faculté d'apporter une valeur économique réelle ou potentielle par des moyens d'utilisation actuels ou futurs de ce secret. La spécificité essentielle est qu'en raison du maintien secret de ses informations, le détenteur dispose alors d'avantages caractérisés par rapport à ses concurrents qui ne disposent pas du secret. L'aspect avantage concurrentiel est donc une caractéristique essentielle, mais pas son utilisation pratique. Ainsi par exemple des données relatives à des expériences qui ont échoué et qui n'ont donc pas d'utilisation pratique, mais qui peuvent alors procurer une économie substantielle de temps et de frais de recherche à celui qui les connaît, disposent d'une valeur commerciale et peuvent donc se caractériser en secret commercial, et faire l'objet d'une protection en conséquence. Ainsi même une information négative peut relever d'un secret commercial dès lors qu'elle procure un avantage concurrentiel.

61. Des mesures de sécurité pour protéger le secret. En droit français, l'obligation d'agir pour assurer que le secret reste effectivement secret, n'est pas un élément de caractérisation du savoir-faire. Mais en Chine, il constitue un des éléments essentiels du secret commercial. En droit chinois, le détenteur doit d'abord avoir l'intention volontaire de garder secrète son information commerciale. Il doit également mettre en œuvre des mesures de sécurité adéquates pour protéger ce secret.

Les interprétations de la Cour Suprême précisent que l'expression « a fait l'objet de mesures pour le garder secret par le détenteur » désigne le fait que le détenteur légal de l'information technique a préservé le secret de l'information, et ce en adoptant des mesures raisonnables selon la situation¹⁶². De plus, la Cour suprême énumère sept situations différentes qui permettent de considérer que le détenteur a pris des mesures de sécurité :

¹⁶² « Interprétations de la Cour Suprême sur des questions concernant l'application de la loi dans le traitement des affaires civiles portant sur la concurrence déloyale », Cour Suprême, publiées le 12 janvier 2007. Article 11.

- Le détenteur a restreint le champ de diffusion de son information secrète uniquement aux personnes qui doivent la connaître,
- Il a pris des mesures de sécurité sur le support de l'information secrète, par exemple un verrouillage,
- Il a indiqué le caractère confidentiel sur le support de l'information secrète,
- Il a protégé son information secrète par un code ou des mots de passe,
- Il a signé un accord de confidentialité,
- Il a restreint le champ des visiteurs ou leur a demandé de conserver confidentielles les informations sur les machines, usines, ateliers et autres qui sont secrètes,
- Il a pris toute autre mesure raisonnable pour assurer le secret de ses informations.

Cependant dans son interprétation, la Cour suprême a précisé que lorsque qu'une information répond à l'une des conditions ci-dessus, cela ne signifie pas qu'elle doit être reconnue comme relevant d'un secret commercial de plein droit. Elle doit aussi répondre aux autres conditions relatives au secret commercial¹⁶³.

§3 : Synthèse

62. Savoir-faire : une définition française élargie. De manière générale, que ce soit en France, en Chine ou à l'international en général, il serait possible de dégager une définition commune juridique rigoureuse du savoir-faire. Mais elle sera soit trop complète et de fait restrictive, soit plus légère et critiquable. En Chine, il faut même évoquer une définition représentative du savoir-faire sur la base de plusieurs expressions traduisant l'expression *know-how*.

Dans cette démarche nous retiendrons que le savoir-faire reste au plan juridique un ensemble de connaissances techniques, d'informations pratiques ou d'expériences pratiques. « Techniques » est à prendre à un sens large, comprenant des domaines professionnels variés (commerce, finance, administration,...) et justement non

¹⁶³ Cour Supérieure de Sichuan (1999) chuan jing chu zi n°19.

cantonnés à la technique industrielle au sens restreint. La notion de secret est essentielle, et élimine de fait les informations ou connaissances brevetées. Elle n'impose pas toutefois un caractère de nouveauté de l'information ou de la connaissance. L'aspect pratique et/ou issu de l'expérience sert également de facteur à la détermination d'un savoir-faire. Les notions de substantielles, transmissibles, utiles, à valeur commerciales, avec la volonté de le garder secret par son détenteur, seront employées différemment et progressivement suivant les pays, les auteurs, les organismes, les domaines et suivant les époques. Elles peuvent procurer une qualité essentielle au savoir-faire : une potentialité plus efficiente de reconnaissance juridique, et donc de protection.

63. Savoir-faire : une notion chinoise encore plus élargie. La difficulté d'internationaliser la notion de savoir-faire est amplifiée en Chine par celle de trouver une traduction sans équivoque.

En Chine, la protection du savoir-faire est encore un processus en développement. Au départ *know-how* est traduit en plusieurs expressions mais se cantonne encore juridiquement jusqu'en 1993 à la technique. Ce n'est qu'ensuite via la notion de secret commercial que ce qu'on l'on considère en France comme le savoir-faire s'élargit en Chine sur des notions complémentaires telles que la gestion et les informations commerciales. Dès lors le champ de la protection du savoir-faire évolue, et s'élargit avec des lois contre la concurrence déloyale. Dans la pratique, en Chine, la distinction formelle entre secret commercial, secret technique, et autres expressions, n'est pas ou peu effective. C'est notamment le cas lors des échanges commerciaux et de technique, les contrats n'étant pas orientés systématiquement vers une expression plus qu'une autre, mais aussi par les tribunaux qui utilisent l'ensemble des protections associées à toutes ces notions.

64. Définition française : une référence élargie pour cette étude. Sur la base de ces critères de base ainsi retenus pour cette étude, il devient possible pour retenir une définition du savoir-faire de s'appuyer simplement sur la définition de JM MOUSSERON : « *un ensemble de connaissances, techniques, transmissibles, non*

immédiatement accessibles au public et non brevetées »¹⁶⁴ avec un champ applicatif étendu aux sciences molles (marketing, ressources humaines, ...) et aux connaissances issues de l'expérience négative (savoir-ne-pas-faire).

L'importance de l'aspect économique apparaît toutefois modérée dès lors que l'appréciation de la valeur financière d'un savoir-faire reste relative trop relative au pays où elle est appliquée, aux fluctuations financières, et qu'en fait tout ou presque peut avoir une valeur économique, mais qu'il ne me semble pas juridiquement pertinent de tout qualifier en savoir-faire. Il incombe d'affecter cette problématique financière à l'appréciation d'un tribunal plutôt qu'à une définition.

Par ailleurs la variété des retours de cette étude et l'usage fréquent de chaque expression « connaissances » et « informations » nous porte à ne pas insister sur les différences potentielles entre ces deux expressions, les deux pouvant relever du savoir-faire.

65. Une définition chinoise à la française. Toutefois, sur la base de cette définition française étendue, les définitions juridiques officielles chinoises relatives aux know-how ne seront pas suffisamment exhaustives, quand bien même on y adjoint les protections données au «secret commercial» qui par ailleurs n'est pas une traduction officielle de *know-how*.

Par conséquent, à défaut de précisions sur une définition chinoise, nous serons en mesure dans le cadre restreint à cette étude d'en référer aux caractéristiques de la définition française.

66. Des notions voisines hors du champ du traditionnel. Une étude sur la notion de savoir-faire pourrait se poursuivre également en comparant les limites du savoir-faire avec celles que l'on pourrait considérer comme des notions voisines, telles que secret de fabrique ou secret industriel non brevetés, secret des affaires, secret commercial abordé précédemment, informations protégées dans le milieu des affaires, tour de main ; la présente liste n'est pas exhaustive. Mais ces notions proches de celles du savoir-faire resteront éloignées de celle de savoir-faire traditionnel qui reste l'objet central de cette étude. Dès lors les assimiler fortuitement à une notion de savoir-faire ne sera pas préjudiciable à la rigueur de cette recherche.

¹⁶⁴ MOUSSERON Jean-Marc, Aspects juridiques du know-how, Cahiers de droit de l'entreprise, LexisNexis, 1972, n°1, p 2.

67. Celle-ci doit donc se poursuivre, et c'est l'objet du chapitre suivant, sur la notion spécifique du « savoir traditionnel » qui est en mesure d'assimiler plus facilement la notion de « savoir-faire traditionnel » que ne peut le faire celle du « savoir-faire ».

CHAPITRE 2 : LE SAVOIR-FAIRE

TRADITIONNEL EN MÉDECINE AU SEIN DU SAVOIR TRADITIONNEL

68. Notre première approche pour la détermination de ce qu'est un savoir-faire traditionnel en médecine, a été menée dans l'étude de ce qu'est un savoir-faire. Néanmoins cette démarche est restée éloignée de l'aspect « traditionnel » et de celui de « médecine », deux spécificités prépondérantes qui font l'objet chacune d'une analyse dans des sections distinctes de ce chapitre.

En premier lieu nous approcherons la notion de « savoir-faire traditionnel » par celle plus en usage du « savoir traditionnel ».

SECTION 1 : APPROCHE DU SAVOIR-FAIRE

TRADITIONNEL PAR LA NOTION DE SAVOIR TRADITIONNEL

69. La notion de savoir traditionnel sera approchée dans un premier temps sur un plan terminologique, puis juridique.

§ 1 : Savoir traditionnel et terminologie

70. La *Convention sur la diversité biologique* (CDB) a été ouverte aux signatures le 5 Juin 1992 à Rio de Janeiro au Brésil lors de la Conférence des Nations unies sur l'Environnement et le Développement (CNUED) et entrée en vigueur le 29 décembre 1993. La CDB considère que le savoir traditionnel joue un rôle important dans la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique¹⁶⁵. Bien que le savoir traditionnel ait été simplement mentionné dans le contexte de la biodiversité dans la CDB, il soulève des discussions plus profondes au sujet de la protection des savoirs traditionnels. Depuis, le savoir traditionnel est progressivement devenu un sujet discuté à l'échelle mondiale par de nombreuses organisations internationales¹⁶⁶. Les points de discussion concernent de nombreux domaines tels que les Droits de l'Homme, la culture, le commerce, le droit des autochtones, la biodiversité et le développement durable¹⁶⁷.

En raison des divergences politiques, de nombreux organismes internationaux apportent des terminologies et définitions différentes sur le savoir traditionnel¹⁶⁸. Or le choix d'une terminologie appropriée est très important, car le message transmis par l'expression retenue suggère par elle-même l'étendue de sa protection¹⁶⁹. Aussi nous aborderons en premier lieu la terminologie relative au savoir traditionnel pour évoquer le choix des termes qui semblent appropriés.

¹⁶⁵ *Convention sur la diversité biologique*, 1992, Préambule : 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,

¹⁶⁶ XUE Dayuan, GUO Luo, *Notion et protection des savoirs traditionnels*, Biodiversity Science, 2009, 17(2), p.136.

¹⁶⁷ WIPO/GTRKF/IC/3/9, *Savoir Traditionnels-Terminologie et Définitions*, Genève, 13 juin-21 juin 2002, p.6, paragraphe 15. *Les savoirs traditionnels sont en effet à l'ordre du jour dans les domaines de l'alimentation et de l'agriculture, de la diversité biologique et de l'environnement, de l'innovation et de la réglementation en matière de biotechnologie, des droits de l'homme, des politiques culturelles et du développement commercial et économique*. Voir aussi, NAN Zhengxing, DONG Baoli, *On Concept and Characteristics of Traditional Knowledge*, Economy and Management, 2007, Vol.21, n°7, p.77.

¹⁶⁸ WIPO/GTRKF/IC/3/9, *Savoir Traditionnels-Terminologie et Définitions*, Genève, 13 juin-21 juin 2002, Annexe I et Annexe II.

¹⁶⁹ XIONG Ying, LI Yang, LI Nianqiu, *Étude de la notion de savoirs traditionnels - analyse de la relation entre les savoirs traditionnels, les ressources génétiques et le folklore*, Journal of Economic research guide, 2008, n°15, p.217

71. Savoir-traditionnel : une multitude d'expressions dérivées. Le savoir traditionnel est en français un terme relativement général et empirique, il s'accommode donc difficilement d'une notion uniformisée. Pour l'exprimer, de multiples expressions similaires sont utilisées de par le monde. Par exemple lors de la *Convention sur la diversité biologique* de 1992 dans le contexte de la conservation et de l'utilisation équitable des ressources biologiques, le terme « Connaissance, innovations et pratiques traditionnelles »¹⁷⁰ est utilisé. En 1995, les Nations unies font référence à l'expression « patrimoine des peuples autochtones »¹⁷¹. Le terme « Médecine traditionnelle »¹⁷² est couramment utilisé dans le contexte de la santé, celui d'« expression du folklore »¹⁷³ dans le domaine de la protection de la propriété intellectuelle, celui de « culture traditionnelle et populaire »¹⁷⁴ dans le domaine de la sauvegarde de la culture traditionnelle et celui de « patrimoine culturel immatériel »¹⁷⁵ sont également prisés, mais aussi celui de « indigenous knowledge »¹⁷⁶. On rencontre aussi les expressions « local knowledge », « folk knowledge », « people's knowledge », « traditional wisdom » ou « traditional science »¹⁷⁷, mais aussi « traditional knowledge », traduit par « connaissances traditionnelles » dans la version française de la CDB¹⁷⁸ et traduit par « savoirs traditionnels » dans la version française du site internet de l'OMPI¹⁷⁹. Folklore, Traditional skill, Indigenous Heritage, Indigenous Intellectual Property, Community Knowledge, Intangible Cultural Heritage, sont également des expressions que l'on peut rencontrer¹⁸⁰.

¹⁷⁰ Article 8.j) La *Convention* sur la diversité biologique, 1992

¹⁷¹ Nations unies, protection du patrimoine des populations autochtones, E/CN.4/Sub.2/1995/26, 21 juin 1995.

¹⁷² OMS, Principes méthodologiques généraux pour la recherche et l'évaluation relatives à la médecine traditionnelle, WHO/EDM/TRM/2000.1

¹⁷³ Dispositions types de législation nationale OMPI-Unesco sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres action dommageables, 1982 ;

¹⁷⁴ Unesco, Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire, 15 novembre 1989, paragraphe A.

¹⁷⁵ Unesco, Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, MISC/2003/CLT/CH/14, Paris, le 17 octobre 2003.

¹⁷⁶ United nations declaration on the rights of indigenous peoples, Human Rights Council, Resolution 2006/2,

https://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/wg2/en/ch9s9-6-2.html

¹⁷⁷ http://www.unesco.org/education/tlsf/mods/theme_c/mod11.html

¹⁷⁸ <https://www.cbd.int/traditional/intro.shtml>

¹⁷⁹ <http://www.wipo.int/tk/fr/tk/>

¹⁸⁰ TANG Guangliang, *Introduction à la protection internationale des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions du folklore*, Éditions la propriété intellectuelle, 2002, p 10. XIONG Ying, LI Yang, LI Nianqiu, *Étude de la notion de savoirs traditionnels - analyse de la relation entre les savoirs traditionnels, les ressources génétiques et le folklore*, Journal of Economic research guide, 2008, n°15,

72. Savoir-traditionnel : une multitude d'avis. Parmi ces terminologies, certains termes ont soulevé des critiques notables. Par exemple, celui d'« Intangible Cultural Heritage » utilisé par l'Unesco a subi de multiples réserves. De nombreux pays considèrent que l'expression « intangible » est susceptible d'être préjudiciable au statut du folklore et de la culture traditionnelle dans la pratique juridique et, par conséquent, de diminuer la possibilité de le protéger avec des outils tels que le droit d'auteur¹⁸¹. De nombreuses raisons sont soulevées, dont notamment le constat que cette expression « intangible » s'oppose à celle de « tangible » qui est une des conditions essentielles requise pour permettre une protection par le droit d'auteur. Toutefois, si une multitude d'expressions et de traductions littérales sont associées ou associables aux savoirs traditionnels, notamment par des organismes internationaux, il est pertinent de s'intéresser également de ce qu'il en est pour les définitions qui leur sont attribuées.

§ 2 : Définition juridique du savoir traditionnel

73. Savoir-traditionnel : une approche juridique. Afin de déterminer le champ d'application de la protection du savoir-faire traditionnel, il faut parvenir à en préciser la notion correspondante. Pour cela, il est d'abord nécessaire d'établir un consensus sur la définition du savoir traditionnel qui sera son support¹⁸². Autant

p.217. DONG Yanlin, SONG Bin, WANG Mingxu, *La détermination du contenu des savoirs traditionnels, de la médecine traditionnelle et de la médecine traditionnelle chinoise*, China Health Care Management, 2008, n°8, p.521. XUE Dayuan, GUO Luo, *Notion et protection des savoirs traditionnels*, Biodiversity Science, 2009, 17(2), p.136. YANG Ming, *La protection juridique des savoirs traditionnels : Sélection du mode et système*, Studies in law and business, 2006, n°1, p.115.

¹⁸¹ A. McCann, "The 1989 Recommendation Today: A Brief Analysis," paper presented at "A Global Assessment of the 1989 Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore: Local Empowerment and International Cooperation," organized by Unesco and Smithsonian Institution, 1999, p.8. "It is felt that some terms are used in the 1989 Recommendation to name aspects of folklore and traditional culture in ways that embed them in practices prejudicial to their continued existence. Principal among the questioned terms is "intangible cultural heritage" itself. To be sure, the term makes sense within the administrative logic of UNESCO, where it is theoretically equal and opposite to "tangible cultural heritage." But it is strongly felt that describing folklore and traditional culture as "intangible" weakens its assessed worth. The term does not define folklore in a way that implicates the significance of its social role...The term "intangible" also encourages the use of models for understanding and action drawn from policies that address "tangible" heritage, thus reinforcing the notion of folklore as items rather than as social activity. It is also felt that "intangible" weakens the status of folklore and traditional culture in legal practice and, hence, lessens the possibility of protecting it with tools such as copy-right."

¹⁸² ZHOU Fang, *Etude sur la notion juridique des savoirs traditionnels*, Electronics intellectual property,

l'expression « savoir-faire » porte déjà comme on l'a vu sujet à discussions, autant le débat se poursuit lorsque ce savoir aborde le qualificatif de « traditionnel ». Les concepts et les notions de savoir traditionnel suscitent depuis longtemps des discussions entre experts et spécialistes sans qu'ils parviennent à concevoir une notion unanimement reconnue dans les milieux de la recherche scientifique¹⁸³. Ce point manifeste la complexité et la pénibilité de cette notion et reflète les distances cognitives potentielles entre les différents peuples sur le sujet.

74. Savoir-traditionnel : avis juridiques en Chine. En Chine, des experts ont émis l'idée que le savoir traditionnel correspond aux connaissances techniques accumulées par les peuples autochtones dans les domaines de la production, de la vie, de la médecine et de l'hygiène. Dans ce contexte, le savoir traditionnel, à l'instar du folklore et des ressources génétiques, est un concept sous-jacent de la culture traditionnelle¹⁸⁴. D'autres spécialistes défendent l'idée que le savoir traditionnel correspond aux connaissances, compétences et procédés traditionnels dont disposent les ethnies minoritaires du monde, en particulier les indigènes. Leur histoire et leur développement sont difficiles à connaître, et il est difficile par ailleurs de les résumer en quelques points de connaissance ou des caractéristiques techniques, mais ils ont une grande importance dans le développement social, culturel et économique, que possèdent les communautés en marge de la société « moderne ». Certaines de ces connaissances, compétences et procédés communautaires s'opposent parfois aux connaissances et techniques qui entrent dans le champ commun de la protection des droits de propriété intellectuelle¹⁸⁵.

75. Savoir-traditionnel : avis juridiques à l'international. Cette complexité à définir la notion existe donc en Chine mais également au niveau international restant. Il n'existe pas de définition généralement consensuelle au niveau international de l'expression « savoir traditionnel » en tant que telle. La plupart des organismes

2005, n°8, p.18.

¹⁸³ NAN Zhengxing, DONG Baoli, *On Concept and Characteristics of Traditional Knowledge*, Economy and Management, 2007, Vol.21, n°7, p.77. XUE Dayuan, GUO Luo, *Notion et protection des savoirs traditionnels*, Biodiversity Science, 2009, 17(2), p.136.

¹⁸⁴ CUI Guobin, thèse : *la protection de la diversité culturelle et biologique et la propriété intellectuelle*, Université de Pékin, avril 2002. YAN Yonghe, *La protection de la propriété intellectuelle des savoirs traditionnels*, Éditions juridique, 2006, p.12.

¹⁸⁵ ZHENG Chengsi, *les droits de propriété intellectuelle - application de la loi et théorie de base*, Éditions populaire, janvier 2005, p.1. Voir aussi ZHENG Chengsi (éds.), *Une série des propriétés intellectuelles*, Tome 8, Éditions Fang Zheng en Chine, 2000. P.11.

internationaux se réfère à des expressions plus générales comme celles-ci¹⁸⁶ :

- CDB : « les connaissances, les innovations et les pratiques des communautés locales et autochtones qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique »¹⁸⁷ ;

- TIRPGAA : « les connaissances traditionnelles présentant un intérêt pour les ressources phylogénétiques ayant trait à l'alimentation et l'agriculture »¹⁸⁸ ;

- ADPIC « le patrimoine culturel, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations des sciences, techniques et culture, y compris les ressources humaines et génétiques, les semences, la pharmacopée, la connaissance des propriétés de la faune et de la flore, les traditions orales, la littérature, l'esthétique, les sports et jeux traditionnels et les arts visuels et du spectacle »¹⁸⁹ ;

- FAO : « les savoirs traditionnels relatifs à l'élevage et à la production animale¹⁹⁰ ».

76. Savoir-traditionnel : 3 organismes à l'avant-garde. À l'heure actuelle, trois organisations et conventions internationales ont défini consciencieusement des préceptes dans le domaine du savoir traditionnel. Les expressions support principales sont « connaissances traditionnelles » pour la CDB et l'OMC, et « savoirs traditionnels » pour l'OMPI. Bien entendu ces organisations ne conservent pas de fidélité indéfectible à leurs expressions choisies qui évoluent parfois notamment au gré des traductions.

1 - la *Convention sur la diversité biologique* (CDB). Cette convention a été signée en 1992 lors de la conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement (CNUED) à Rio de Janeiro et a été ratifiée en 1993. Cette convention est la première à proposer officiellement à cette échelle internationale la protection et le partage des avantages des connaissances traditionnelles¹⁹¹.

2 - l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). L'OMPI aborde

¹⁸⁶ Article 3, Annexe I, WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev.

¹⁸⁷ Article 8.j) de la Convention sur la diversité biologique

¹⁸⁸ Article 9.2.a) du Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

¹⁸⁹ Article 31 de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, document WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6.

¹⁹⁰ Par. 12 de la Déclaration d'Interlaken sur les ressources zoogénétiques.

¹⁹¹ YANG Ming, *La protection juridique des savoirs traditionnels : Sélection du mode et système*, Studies in law and business, 2006, n°1, p.114.

depuis l'an 2000 ¹⁹² le thème du savoir traditionnel sous l'égide de la propriété intellectuelle.

3 - « *les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce* » (ADPIC) édictés par l'Organisation mondiale du commerce (OMC) arborent également l'expression « connaissances traditionnelles ».

Le traitement du sujet relatif au savoir traditionnel est notablement initié par la CDB. L'OMPI et l'ADPIC qui lui ont emboité le pas auraient donc dû ou pu chercher une cohérence avec la CDB sur le thème de la protection de savoirs traditionnels¹⁹³, or ce n'est pas véritablement le cas. Il est intéressant pour l'étude de comprendre comment ces trois organismes ont abordé cette notion de savoir traditionnel, et par quelle terminologie.

A) La notion de connaissance traditionnelle en vertu de la CDB

77. La « connaissance traditionnelle » au sens de la CDB. Le terme « connaissance traditionnelle » est soulevé dès le départ des négociations pour la CDB en 1990. À cette époque, les experts dans le domaine du droit de l'environnement international posent les questions sur le rôle des connaissances traditionnelles (à savoir : produits intellectuels formés ou non formés, créées et accumulés par les communautés traditionnelles, en particulier par les communautés autochtones dans leur pratique sur le long terme.), et sur la protection de ces produits intellectuels par le droit de propriété intellectuelle ou autre.

La CDB est un accord global et contraignant portant sur l'utilisation et la conservation de la biodiversité. Il oblige les pays à élaborer et mettre en œuvre des stratégies pour l'utilisation et la protection durable de la biodiversité, et encourage la poursuite du dialogue international sur les questions liées à la biodiversité au travers de conférences

¹⁹² Créé en septembre 2000, le Comité intergouvernemental de l'OMPI sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (l'IGC) est une instance où les États membres de l'OMPI et les observateurs peuvent dialoguer et débattre des questions de propriété intellectuelle qui peuvent se poser dans le contexte de l'accès aux ressources génétiques et du partage des avantages ainsi qu'en ce qui concerne la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles.

¹⁹³ XUE Dayuan, GUO Luo, *Notion et protection des savoirs traditionnels*, Biodiversity Science, 2009, 17(2), p.136.

annuelles entre les Parties¹⁹⁴. Le préambule de la CDB précise : « 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 »¹⁹⁵.

Compte-tenu de la complexité de ces produits intellectuels, la CDB les nomme au fur et à mesure des négociations : « connaissances, innovations et pratiques traditionnelles ». Ainsi l'article 8(j) de la CDB prévoit que : « *Chaque partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra : [...] Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, 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 [...]. Il a été souligné, dans ce contexte, que l'expression 'connaissances traditionnelles' [...] 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'autogestion qui régit l'utilisation des ressources [...]* »¹⁹⁶.

La définition d'une connaissance traditionnelle donnée par la CDB insiste sur les ressources biologiques qui en sont liées¹⁹⁷. Les connaissances traditionnelles y sont limitées aux connaissances, innovations et pratiques qui ont un rôle favorable directement ou indirectement sur la conservation de la biodiversité et l'utilisation durable. La CDB associe les connaissances traditionnelles avec les communautés autochtones. Elle suggère que les connaissances traditionnelles sont des connaissances, des expériences, des innovations ou des pratiques avec une valeur réaliste ou

¹⁹⁴ The Convention on Biological Diversity (CBD) was signed in 1992 at the 1992 UN Conference on Environment and Development (UNCED) in Rio de Janeiro and ratified in 1993. The CBD is a comprehensive, binding agreement covering the use and conservation of biodiversity. It requires countries to develop and implement strategies for sustainable use and protection of biodiversity, and provides a forum for continuing international dialogue on biodiversity-related issues through the annual conferences of the parties (COPs).

¹⁹⁵ Préambule de la convention sur la diversité biologique, 1992

¹⁹⁶ Voir UNEP/CBD/TKBD/1/2, paragraphe 84-86. Voir aussi WIPO/GRTKF/IC/3/9, paragraphe 24.

¹⁹⁷ XUE Dayuan, GUO Luo, *Notion et protection des savoirs traditionnels*, Biodiversity Science, 2009, 17(2), p.136.

potentielle, créées et conservées par les communautés autochtones et locales, résultat de l'accumulation et le développement à long terme, transmises de génération en génération¹⁹⁸.

Selon la CDB, ces connaissances traditionnelles ont été développées à partir d'expériences et façonnées pendant des siècles, puis adaptées à la culture et à l'environnement local pour être transmises oralement de génération en génération. Elles tendent à être la propriété collective et prennent la forme d'histoires, de chansons, de folklore, de proverbes, de valeurs culturelles, de croyances, de rituels, de lois, de langues locales, et de pratiques agricoles, incluant le développement d'espèces végétales et animales. Quelquefois, elles consistent en des traditions orales car elles sont pratiquées, chantées, dansées, peintes, sculptées, récitées et jouées depuis des millénaires. Les connaissances traditionnelles sont essentiellement des pratiques, en particulier dans les secteurs de l'agriculture, de la pêche, de la santé, de l'horticulture, des forêts et de la gestion environnementale en général¹⁹⁹.

La CDB considère les connaissances traditionnelles non seulement comme des connaissances, des innovations et des pratiques, mais aussi comme des ressources à part entière, qui seraient elles-mêmes en lien avec des ressources biologiques et génétiques. Dans le processus de développement et d'utilisation des ressources biologiques locales, les communautés autochtones ont créé leurs propres connaissances, méthodes, techniques et pratiques qui sont alors souvent en lien direct avec les ressources biologiques et génétiques locales, voire parfois inséparables et qui se complètent mutuellement. Dans sa recherche en protection des ressources biologiques et génétiques, la CDB protège aussi les connaissances traditionnelles qui les accompagnent, et offre la possibilité d'assurer un partage équitable des bénéfices découlant de l'utilisation des ressources biologiques et des savoirs traditionnels²⁰⁰.

¹⁹⁸ ABABACAR Maiga, DIALLO Drissa, FANE Seydou, SANOGO Rokia, PAULSEN Berit Smestad and Cisse Boubacar, *A survey of toxic plants on the market in the district of Bamako, Mali : traditional knowledge compared with a literature search of modern pharmacology and toxicology*, Journal of Ethnopharmacology, Vol. 96, 2005, p.183-193. Voir aussi XUE Dayuan, CAI Lei, *New hotspot of the Convention on Biological Diversity : traditional knowledge protection*, Environmental Protection, 2006, 12B, p.72-74. Voir aussi XUE Dayuan, GUO Luo, *Notion et protection des savoirs traditionnels*, Biodiversity Science, 2009, 17(2), p.136. Voir aussi SCHUKLENK U. and KLEINSMIDT A., *North-South benefit sharing arrangements in bioprospecting and genetic research: a critical ethical and legal analysis*, Developing World Bioethics, Vol.6, n°3, 2006, p.122-134.

¹⁹⁹ <https://www.cbd.int/traditional/intro.shtml>

²⁰⁰ XUE Dayuan, GUO Luo, *Notion et protection des savoirs traditionnels*, Biodiversity Science, 2009, 17(2), p.136. Voir aussi XUE Dayuan, *L'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages : contexte, développement et défi*, Revue de Biodiversité, 2007, 5(15), p.141.

En parallèle de la CDB, l'OMPI traite également du savoir traditionnel avec une notion plus évolutive.

B) La notion de savoir traditionnel en vertu de l'OMPI

78. Le « savoir traditionnel » au sens de l'OMPI. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) est une institution spécialisée des Nations unies (ONU)²⁰¹ relativement contraignante qui traite des questions des droits de propriété intellectuelle. On lui doit certaines productions spécifiques, telles que le «Traité de coopération en matière de brevets», la «Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques», la «Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle». À partir de 1998, l'OMPI se préoccupe de la protection des ressources génétiques et des questions de propriété intellectuelle relatives au savoir traditionnel. En octobre 2000, l'OMPI crée un Comité inter-gouvernemental de la propriété intellectuelle relatif aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC). Le mandat de l'IGC est de mener des négociations en vue de parvenir à un accord sur la rédaction d'un texte traitant d'un ou plusieurs instruments juridiques internationaux pouvant assurer la protection effective des savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles et des ressources génétiques²⁰².

79. Définition au sens large. On notera que le secrétariat de l'OMPI a d'abord adopté la définition suivante de la notion de « savoirs traditionnels » pour les besoins de ses missions d'enquête de 1998-1999 : *« l'expression 'savoirs traditionnels' [...] 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 les traditions et résultant de l'activité intellectuelle dans les domaines*

²⁰¹ L'Organisation des Nations unies (l'ONU ou encore les Nations unies) est une organisation internationale fondée avec 51 États membres (193 membres en 2011) à la fin de la Seconde Guerre mondiale en 1945 pour résoudre les problèmes internationaux. Elle succède à la Société des Nations (1919-1946).

²⁰² <http://www.wipo.int/tk/fr/igc/>

industriel, scientifique, littéraire et artistique »²⁰³.

Il s'agit d'une définition qui emprunte la plupart de ses termes à celle de la définition de la propriété intellectuelle que l'on trouve dans la « Convention instituant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle »²⁰⁴ de 1967. Les deux définitions présentent beaucoup de similitudes, une différence toutefois les distingue qui est qu'à la définition du savoir traditionnel est ajoutée l'expression « fondées sur les traditions ». Cette définition de l'OMPI reste assez peu pertinente au regard des enjeux relatifs aux savoirs traditionnels si elle s'en tenait à ces termes.

Toutefois l'OMPI a également souligné par ailleurs que les savoirs traditionnels doivent avoir « i) un caractère traditionnel et intergénérationnel ; ii) un lien distinctif avec leurs détenteurs ; et iii) un lien avec l'identité de la communauté qui détient les savoirs traditionnels (qui est plus large que les formes de "propriété" conventionnellement reconnues et qui recouvre des notions telles que la conservation) »²⁰⁵. Par ailleurs, les savoirs traditionnels peuvent comprendre les savoirs agricoles, scientifiques, techniques, écologiques, médicaux, y compris les médecines et 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 meubles²⁰⁶. Dans ces dispositions, l'OMPI utilise le terme de « savoirs traditionnels » pour englober les deux principales sortes de savoirs : les connaissances techniques traditionnelles et les expressions du folklore. Cette définition du savoir traditionnel au sens large obtient le soutien de nombreux experts²⁰⁷,

²⁰³ WIPO/GRTKF/IC/3/9, paragraphe 25.

²⁰⁴ Convention instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, l'article 2, viii) , « propriété intellectuelle », les droits relatifs: - aux œuvres littéraires, artistiques et scientifiques, - aux interprétations des artistes interprètes et aux exécutions des artistes exécutants, aux phonogrammes et aux émissions de radiodiffusion, - aux inventions dans tous les domaines de l'activité humaine, - aux découvertes scientifiques, - aux dessins et modèles industriels, - aux marques de fabrique, de commerce et de service, ainsi qu'aux noms commerciaux et dénominations commerciales, - à la protection contre la concurrence déloyale; et tous les autres droits afférents à l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique.

²⁰⁵ WIPO/GRTKF/IC/9/5, commentaire sur l'article 4.

²⁰⁶ WIPO/GRTKF/IC/3/9, paragraphe 25.

²⁰⁷ HU Wenjin, *Analyse de la notion de savoir traditionnel*, L'économiste, 2009, n°10, p.12. YAN Yonghe, *Les stratégies de protection et les cadres institutionnels des droits relatifs aux savoirs traditionnels au sens des minorités nationales en Chine - un exemple de médecine traditionnelle des minorités nationales*, Études ethniques, 2006, n°2, p.1. ZHANG Tao, *Preliminary Discussion on Conception and Domain of Traditional Knowledge of Chinese Medicine*, World Science and Technology/Modernization of Traditional Chinese Medicine and Materia Medica, 2005, Vol.7, n°3, p.77. LIU Yinliang, *La protection des savoirs traditionnels - Exclusion et sélection d'objets*, in, Étude sur le droit des brevets. Beijing :

notamment Srividhya Ragavan. Il dispose que le savoir traditionnel désigne les connaissances manifestées sous une ou plusieurs formes et possédées par les tribus traditionnelles d'une ou plusieurs communautés, connaissances dont la liste non limitative auraient trait à : l'art, la danse et la musique, les médicaments et les remèdes populaires, la culture, la biodiversité, la connaissance et la protection des ressources biologiques, l'artisanat, le dessin, la littérature²⁰⁸. Ainsi dans le passé, notamment dans le cadre des missions d'enquête de l'OMPI, le terme « savoirs traditionnels » était utilisé au sens large et couvrait aussi bien les expressions culturelles traditionnelles, le folklore, que les savoirs traditionnels au sens strict du terme²⁰⁹, et traite des connaissances traditionnelles.

80. Évolutions de la définition de l'OMPI au sens restreint. Mais dans les documents actuels, l'OMPI traite des savoirs traditionnels au sens précis ou strict du terme. Cette évolution peut être constatée à partir de 2004, notamment dans les documents WIPO/GRTKF/IC/7/6 et WIPO/GRTKF/IC/7/5 qui traitent des savoirs traditionnels au sens précis ou strict du terme, à savoir le contenu ou la substance du savoir-faire, des innovations, des informations, des pratiques, des compétences et de l'apprentissage traditionnels, plutôt que leur forme d'expression. Cette évolution a abouti à une démarche suivie régulièrement par le Comité Inter-gouvernemental (IGC) qui a consisté à aborder la protection des expressions culturelles traditionnelles ou des expressions du folklore en parallèle mais séparément de celle des savoirs traditionnels *stricto sensu*²¹⁰.

En cette même année 2004, le Comité Inter-gouvernemental (IGC) a adopté une nouvelle définition des savoirs traditionnels. Le terme « savoir traditionnel » s'entend alors du contenu ou de la substance d'un savoir qui résulte d'une activité intellectuelle et d'une sensibilité ayant pour cadre un contexte traditionnel, et comprend le savoir-faire, les techniques, les innovations, les pratiques et l'apprentissage qui font

édition Propriété Intellectuelle, 2006, p.141.

²⁰⁸ RAGAVAN Srividhya, *Protection of Traditional Knowledge*, Minnesota Intellectual Property Review, Vol. 2, Issue 2 (2001), p.4. *The term "traditional knowledge" refers to knowledge, possessed by indigenous people, in one or more societies and in one or more forms, including, but not limited to, art, dance and music, medicines and folk remedies, folk culture, biodiversity, knowledge and protection of plant varieties, handicrafts, designs, literature.*

²⁰⁹ Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders : WIPO Report on Fact - Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), Geneva, April 2001, p.26.

²¹⁰ WIPO/GRTKF/IC/7/6, paragraphe 16 et 17.

partie des systèmes de savoirs traditionnels, ledit savoir s'exprimant dans le mode de vie traditionnel d'une communauté ou d'un peuple, ou étant contenu dans les systèmes de savoirs codifiés transmis d'une génération à l'autre. Le terme n'est plus limité à un domaine technique spécifique, et peut s'appliquer à un savoir agricole, écologique ou médical, ainsi qu'à un savoir associé à des ressources génétiques²¹¹.

Alors, faut-il restreindre la sphère des savoirs traditionnels aux seules connaissances techniques ou doit-elle aussi inclure le folklore ? L'OMPI s'est lancé dans un processus de réflexion évolutif. Initialement, l'OMPI adoptait le savoir traditionnel au sens large pour englober les connaissances techniques et le folklore. Puis elle a fait une distinction entre les deux, en restreignant le savoir traditionnel à des connaissances techniques²¹². Dès lors, le concept de savoir traditionnel et celui de folklore deviennent progressivement plus précis, et adoptent une définition plus stable²¹³. Toutefois, le savoir traditionnel au sens de l'OMPI ne se limite pas aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Son champ d'application est plus large que celui retenu par la CDB²¹⁴.

Un troisième organisme majeur, l'OMC, s'est également attelé à la définir la notion de savoir traditionnel, mais dans un but essentiellement commercial.

C) La notion de connaissances traditionnelles en vertu de l'OMC

81. Le « savoir traditionnel » au sens de l'OMC. Dans sa proposition de 1999 concernant la protection des droits de propriété intellectuelle relatifs aux connaissances

²¹¹ WIPO/GRTKF/IC/7/5, Annexe I, page 6, article B3 : Portée générale de l'objet, alinéa 2.

²¹² WIPO/GRTKF/IC/6/4 Rev. Paragraphe 6. The irreducibly holistic quality of TK is often stressed, and from the point of view of indigenous and traditional communities, technical traditional knowledge or TK in the strict sense (stricto sensu) may be closely related to traditional cultural expressions (TCEs) or expressions of folklore (EoF). Some national and regional legal instruments aim to protect both EoF/TCEs and TK together. However, in line with the practice of the Committee, this document deals specifically with the protection of TK in the strict sense. Document WIPO/GRTKF/IC/6/3 deals with the protection of TCEs/EoF in a directly complementary fashion.

²¹³ WIPO/GRTKF/IC/9/5, commentaire sur l'article 3. Cela signifie qu'elles ne s'appliquent pas aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, qui font l'objet de dispositions complémentaires et parallèles (document WIPO/GRTKF/IC/8/4).

²¹⁴ XUE Dayuan, GUO Luo, *Notion et protection des savoirs traditionnels*, Biodiversity Science, 2009, 17(2), p.137.

traditionnelles des communautés locales et autochtones, l'OMC a donné la définition suivante : « *les connaissances traditionnelles sont constituées en grande partie d'innovations de créations et d'expressions culturelles conçues ou conservées par leurs dépositaires actuels qui peuvent être définis comme des individus ou des communautés entières, des personnes physiques ou morales qui ont des droits. La valeur aussi bien économique et commerciale que culturelle de ces connaissances traditionnelles pour leurs dépositaires justifie et alimente leur désir légitime qu'elles soient légalement reconnues comme objet de propriété intellectuelle* »²¹⁵.

Cette définition entérine pour l'OMC les connaissances traditionnelles comme un produit de propriété intellectuelle, et désigne une gamme de dépositaires potentiels. Elle est résolument orientée sur la valeur marchande, commerciale du produit « connaissances traditionnelles ». Dans cet esprit et afin de répondre à la *Convention sur la diversité biologique*, l'Organisation mondiale du commerce a mené pendant des années de nombreuses discussions sur les ressources génétiques et le savoir traditionnel dans le cadre de l'« Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce » (ADPIC)²¹⁶.

82. L'ADPIC confronté à la CDB. L'ADPIC concerne tous les domaines de la propriété intellectuelle. Non seulement il est plus strict au niveau de la protection de la propriété intellectuelle que la « *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle* » et que la « *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* », mais aussi il propose un mécanisme de résolution des litiges à l'OMC. Par ailleurs, l'article 27 de l'accord ADPIC autorise la délivrance des brevets basés sur les ressources biologiques ou génétiques et sur des connaissances traditionnelles, sans obliger la divulgation de l'origine des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles, et bien sûr, sans obliger le consentement préalable en connaissance de cause, ni l'accès et au partage des avantages²¹⁷. En effet, l'ADPIC ignore totalement ce thème de la divulgation d'origine des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles lorsqu'on dépose un brevet, et dont l'enjeu central tient à la question de

²¹⁵ WT/GC/W/362 de l'OMC, préparation de la Conférence ministérielle de 1999.

²¹⁶ XUE Dayuan, GUO Luo, *Notion et protection des savoirs traditionnels*, Biodiversity Science, 2009, 17(2), p.137.

²¹⁷ Article 27.1 de l'ADPIC. Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 et 3, un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle.

savoir si la demande de la divulgation d'origine des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles doit disposer d'une force contraignante en droit des brevets²¹⁸.

Sur le plan de la notion du savoir traditionnel, étant donné que l'article 27 de l'ADPIC porte principalement sur la délivrance des brevets, donc en rapport avec les matières biologiques, les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles, les connaissances traditionnelles de la littérature et de l'art folklorique n'interviennent manifestement pas dans sa substance principale. Ainsi le savoir traditionnel de l'ADPIC est confiné à celui de la CDB²¹⁹. Il se retrouve essentiellement dans les connaissances traditionnelles relatives aux ressources biologiques et génétiques, donc dans un sens restreint.

Une même notion traitée suivant trois approches, celle de la CDB pour la protection des ressources génétiques, de l'OMPI dans le cadre de sa notoriété en propriété intellectuelle, et l'OMC dans un cadre commercial. Ces notions définies internationalement sur le plan juridique et suivant les propres besoins de chaque entité, ne peuvent se réduire simplement via la précision ou l'uniformisation sémantique. Et d'ailleurs l'OMPI elle-même soutient qu'une définition unique et exhaustive pourrait ne pas être appropriée compte tenu de la nature dynamique et variée des savoirs traditionnels et des différences qui distinguent les législations nationales existantes sur les savoirs traditionnels²²⁰. Aussi l'OMPI prétend à ne pas vouloir définir l'expression « savoir traditionnel » dans l'absolu²²¹, d'autant que le fait de définir de manière générale les savoirs traditionnels n'entraîne pas la reconnaissance de droits opposables à ceux-ci, et cette démarche laissera toujours la possibilité de définir plus précisément des restrictions applicables à certains critères auxquels l'objet devrait satisfaire pour pouvoir bénéficier d'une protection²²².

Néanmoins ces dissensions en nourrissant des débats n'apportent pas moins une teneur

²¹⁸ XUE Dayuan, GUO Luo, *Notion et protection des savoirs traditionnels*, Biodiversity Science, 2009, 17(2), p.137. ZHU Xuezhong, *Study on the Legal Protection of Traditional Knowledge*, Journal of Central China Normal University (Humanities and Social Sciences), 2004, Vol.43, n°3, p.31.

²¹⁹ XUE Dayuan, GUO Luo, *Notion et protection des savoirs traditionnels*, Biodiversity Science, 2009, 17(2), p.137.

²²⁰ WIPO/GRTKF/IC/9/5, commentaire sur l'article 3.

²²¹ Les normes internationales de propriété intellectuelle renvoient généralement au niveau national pour la définition de la portée exacte de l'objet de la protection. L'OMPI suit une démarche comparable qui tient compte des différentes définitions et étendues de la protection des savoirs traditionnels qui s'appliquent déjà dans les législations nationales existantes sur les savoirs traditionnels et ne vise pas à appliquer une définition unique et exhaustive.

²²² WIPO/GRTKF/IC/3/8, paragraphe 36.

à la notion de savoir traditionnel qu'il nous sera possible de rapprocher de celle du savoir-faire traditionnel.

§3 : Du « savoir-faire » et du « savoir traditionnel », au « savoir-faire traditionnel »

83. Comment dans ce contexte juridique, aux textes fondateurs internationaux majeurs et essentiels pour la protection d'une part des savoir-faire et d'autre part des savoirs traditionnels, qui n'évoquent pas directement ou très rarement l'expression « savoir-faire traditionnel », est-il possible de les relier au savoir-faire traditionnel lui-même ?

La réponse nécessite plusieurs approches, la première est basée sur l'usage en France par les spécialistes utilisant la notion de « savoir-faire traditionnel », puis en comparant la notion utilisée dans notre étude avec le savoir-faire et le savoir traditionnel.

84. **La prépondérance du « traditionnel » dans l'expression savoir-faire traditionnel.** Une première approche du savoir-faire traditionnel (SFT) cité par des auteurs érudits en la matière nous permet de convenir que ce dernier est avant tout marqué par son aspect traditionnel. L'utilisation fréquente ou épisodique de l'expression SFT dans leurs écrits révèle que cette notion est bien plus proche dans leur esprit du savoir traditionnel (ST) que des caractéristiques du savoir-faire (SF)²²³.

²²³ Dans ce sens, voir MENDOZA-CAMINADE Alexandra, *Ethique et voyage : la circulation des savoir-faire traditionnels*, In: Variations juridiques sur le thème du voyage Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole- LGDJ, ISBN 978-2-36170-108-6, 2015. *Le voyage permet ainsi d'accéder à des savoir-faire jusque-là enfermés au sein des communautés qui les détiennent, d'autant que dans certaines communautés s'effectue une transmission orale des savoir-faire traditionnels qui apparaissent comme une valeur immatérielle.*

Voir aussi KOWOUVIH Sitsofé Serge, thèse : *Le savoir-faire traditionnel : Contribution à l'analyse objective des savoirs traditionnels*, Université de Limoges, 2007, p.88, n°101. *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 artistique. 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-*

Un autre argument en faveur de cet aspect préférentiellement traditionnel dans la notion du savoir-faire traditionnel utilisé dans cette étude provient de ce à quoi elle correspond effectivement. En effet cette recherche utilise à dessein cette expression pour désigner le savoir-faire de communautés autochtones réparties sur l'ensemble de la planète, et notamment dans ses coins les plus reculés voire sauvages. Dès lors ce savoir-faire traditionnel reste très éloigné des caractéristiques principales dévolues par le sens juridique du terme « savoir-faire » :

- Le SF s'attache à un détenteur ou titulaire bien déterminé, ce qui n'est souvent pas le cas pour notre expression retenue de SFT ;
- la protection première d'un SF vise à défendre des intérêts individuels, quand le SFT pourra nécessiter au contraire des mesures de protection d'intérêt général ou d'une communauté, et ce prioritairement à des intérêts individuels ;
- le cadre de protection du secret d'un SF peut être défini simplement car il est potentiellement liée à celui d'une entreprise, et non d'une communauté comme peut l'être celui d'un SFT, d'autant que la limite de cette communauté peut ne pas être précise ;
- le SF n'a de consistance que s'il est substantiel, qualité qui n'est pas imposée ni nécessaire dans le cadre d'un SFT.

Ce sont bien ces différences qui distinguent le SFT du SF. Or ces spécificités sont communes entre le savoir traditionnel et le savoir-faire traditionnel de notre étude. Cette comparaison est alors suffisante pour orienter notre étude du SFT sur le ST en priorité et sur les connaissances traditionnelles, en gardant une marge de prudence certaine vis-à-vis du SF.

85. Exclure le folklore dans le savoir-faire traditionnel. Le folklore est une composante issue du savoir traditionnel. Or le folklore n'est pas l'objet de notre étude qui s'intéresse au savoir traditionnel en médecine, mais ne cherche pas ce qui aurait trait au folklore en médecine. Le folklore n'est pas un savoir-faire car son caractère substantiel n'est pas avéré. Le folklore n'est pas non plus une connaissance

faire traditionnel » et elles sont principalement, mais pas toujours, relatives aux ressources génétiques de la biodiversité et à leur utilisation.

technique²²⁴. En utilisant l'expression « savoir-faire traditionnel » notre recherche peut ainsi exclure ce qui a trait au folklore, en s'écartant délibérément du savoir traditionnel au sens large.

Notre étude calée sur le ST pour étudier le SFT, s'écartant ainsi du chemin tracé par le SF, va s'intéresser plus en aval sur l'aspect lié à la médecine. Pour ce faire elle aborde une réflexion sur les nuances pouvant exister entre savoir en médecine traditionnelle et savoir traditionnel en médecine. Ce n'est qu'à l'issue de cette analyse que nous pourrons disposer d'une définition adéquate du savoir-faire traditionnel en médecine.

²²⁴ AN Shouhai, *Analyse sur le sujet et l'objet dans la protection des savoirs traditionnels - Du point de vue de la législation locale*, Intellectual Property, mai 2008, Vol.18, n°3, p.60. DONG Yanlin, SONG Bin, WANG Mingxu, *La détermination du contenu des savoirs traditionnels, de la médecine traditionnelle et de la médecine traditionnelle chinoise*, China Health Care Management, 2008, n°8, p.521.

SECTION 2 : CARACTÉRISER LE SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL EN MÉDECINE

86. En intégrant la notion de médecine au savoir traditionnel nous pourrions parvenir à définir le savoir-faire traditionnel en médecine (SFTM). Notre étude propose ensuite quelques remarques sur les caractéristiques communes aux SFTM que l'on retrouvera très généralement sur l'ensemble du globe.

§ 1 : Définition du savoir-faire traditionnel en médecine

87. En détaillant les différences ou les similitudes entre savoir en médecine traditionnelle et savoir traditionnel en médecine, nous serons amenés à considérer les nuances sous-jacentes à la notion de médecine traditionnelle, dont l'usage moderne détourne les fonctions ancestrales à des fins d'images commerciales. L'aspect ancestral rassure de par sa pérennité, mais l'usage pouvant s'avérer moderne nous distinguons la médecine traditionnelle « traditionnelle » de la médecine traditionnelle « moderne ».

A) Du savoir en médecine traditionnelle au savoir traditionnel en médecine

88. Il ressort de l'analyse précédente que le savoir traditionnel – dont fait partie le savoir-faire traditionnel - fait référence à un champ d'applications très large, et qu'il est difficile de le définir juridiquement avec précision²²⁵. Aujourd'hui encore ses

²²⁵ ZHOU Fang, *Etude sur la notion juridique des savoirs traditionnels*, *Electronics intellectual property*, 2005, n°8, p.18. AN Shouhai, *Analyse sur le sujet et l'objet dans la protection des savoirs traditionnels - Du point de vue de la législation locale*, *Intellectual Property*, mai 2008, Vol.18, n°3, p.59.

définitions font l'objet de multiples interprétations. Sur la base de ce constat il semble néanmoins possible d'affirmer la subordination de la médecine traditionnelle au savoir traditionnel²²⁶. Le savoir traditionnel est un concept plus large que celui de la médecine traditionnelle et celle-ci se retrouve comme étant une de ses composantes²²⁷. Il est également difficile de donner une définition précise et concrète de la médecine traditionnelle, notamment parce que le rapport à celle-ci diverge suivant les pays et souvent même suivant les régions à l'intérieur de ces entités nationales.

89. Expressions internationales pour médecine traditionnelle. Dans le vocable anglais, les expressions s'approchant de celle du savoir en médecine traditionnelle sont « traditional medical knowledge »²²⁸, « indigenous medical knowledge »²²⁹, « ethnobiological knowledge »²³⁰, « traditional biocultural knowledge »²³¹. Néanmoins, quelle que soit la formule utilisée une caractéristique fondamentale de la médecine traditionnelle s'y retrouve, la médecine traditionnelle est un concept opposé à celui de la médecine allopathique occidentale²³².

90. Définitions de la médecine traditionnelle suivant l'OMS. Une définition de la médecine traditionnelle susceptible de revêtir un caractère officiel serait celle de l'OMS, pour qui la médecine traditionnelle « s'entend de la somme des connaissances, compétences et pratiques fondées sur les théories, les croyances et l'expérience, nées dans différentes cultures qui, qu'elles soient explicables ou non, sont utilisées pour l'entretien de la santé ainsi que la prévention, le diagnostic, l'amélioration ou le

²²⁶ DONG Yanlin, SONG Bin, WANG Mingxu, *La détermination du contenu des savoirs traditionnels, de la médecine traditionnelle et de la médecine traditionnelle chinoise*, China Health Care Management, 2008, n°8, p.521.

²²⁷ DONG Yanlin, SONG Bin, WANG Mingxu, *La détermination du contenu des savoirs traditionnels, de la médecine traditionnelle et de la médecine traditionnelle chinoise*, China Health Care Management, 2008, n°8, p.521.

²²⁸ FIDLER David P., *Introduction to Written Symposium on Public Health and International Law*, Chicago Journal of International Law, Spring 2002, p.4-5.

²²⁹ TROTTI John L., *Compensation Versus Colonization : A Common Heritage Approach to the Use of Indigenous Medicine in Developing Western Pharmaceuticals*, Food and Drug Law Journal, 2001. 56(3), p.369.

²³⁰ STEVENSON Gelvina Rodriguez, *Trade Secret : the Secret to Protecting Indigenous Ethnobiological (Medecinal) Knowledge*, New York University Journal of International Law and Politics, Summer, 2000, p.119.

²³¹ JACOBY Craig D. and WEISS Charles, *Recognizing Property Rights in Traditional Biocultural Contribution*, Stanford Environmental Law Journal, January, 1997, p.82.

²³² OGUAMANAM Chidi, *Between Reality And Rhetoric: The Epistemic Schism in the Recognition of Traditional Medicine in International Law*, St. Thomas Law Review, Vol. 16, Iss. 1, 2003, p.59-108.

traitement des maladies physiques ou mentales. La médecine traditionnelle est également appelée médecine complémentaire, alternative ou non conventionnelle dans certains pays²³³ ». L'OMS donne également une autre définition de la médecine traditionnelle comme « comprenant diverses pratiques, approches, connaissances et croyances sanitaires intégrant des médicaments à base de plantes, d'animaux et /ou de minéraux, des traitements spirituels, des techniques manuelles et exercices, appliqués seuls ou en association afin de maintenir le bien-être et traiter, diagnostiquer ou prévenir la maladie²³⁴. »

91. Définition de la médecine traditionnelle : contribution d'experts. De nombreux experts²³⁵ apportent également leur contribution à la définition de la médecine traditionnelle. Pour Charles Good²³⁶, la médecine traditionnelle est « l'ensemble des connaissances, des techniques, de la préparation et de l'utilisation de substances [y compris les systèmes de croyance], les mesures et les pratiques en usage, qu'elles soient explicables [à la science occidentale] ou non, qui sont basées sur [...] l'expérience et les expériences personnelles [et communales] transmises [ou en

²³³ WHO General Guidelines for Methodologies on Research and Evaluation of Traditional Medicine Document WHO/EDM/TRM/2000. WIPO/GRTKF/IC/3/9, Annexe II, paragraph 2.6, p.11. WIPO/GRTKF/IC/1/3, Annexe 3, p.3.

²³⁴ Stratégie de l'OMS pour la Médecine Traditionnelle pour 2002-2005, Organisation mondiale de la Santé, Genève. www.who.int/publications/list/who_edm_trm_2001_1/zh/.

²³⁵ DONG Yanlin, SONG Bin, WANG Mingxu, *La détermination du contenu des savoirs traditionnels, de la médecine traditionnelle et de la médecine traditionnelle chinoise*, China Health Care Management, 2008, n°8, p.520-521. ZHANG Tao, *Preliminary Discussion on Conception and Domain of Traditional Knowledge of Chinese Medicine*, World Science and Technology/Modernization of Traditional Chinese Medicine and Materia Medica, 2005, Vol.7, n°3, p.77-79. WU Guimian, ZHANG Tao, *Research on the English Translation of Traditional Knowledge of Chinese Medicine*, World Science and Technology / Modernization of Traditional Chinese and Materia Medica, 2005, Vol.7, n°5, p.68-69. WANG Fenglan, HE Zhenzhong, *La protection du patrimoine culturel immatériel appliquée à la médecine traditionnelle*, Journal of NANJING University of TCM (Social Science), Mars 2015, Vol.16, n°1, p.2. ZHU Guo-ben, *Traditional Medicine and Protection of Intangible Cultural Heritage*, Journal of MUC (Natural Sciences Edition), août 2011, Vol.20, n°3, p.48. YAN Liang, *Overview of Traditional Medicine in the Asia-Pacific Region*, Feature Article, 2005, p.16. YAN Liang, WANG Shangyong, *La médecine traditionnelle à l'échelle internationale et son statut juridique contemporain*, Asia-Pacific Traditional Medicine, mai 2013, Vol.9, n°5, p.7. CHEN Ken, *Qu'est-ce que la médecine traditionnelle ?*, Science & Culture, Juin 2000, p.107. BAO Zhaorigtu, Hujiletu, BAO Feng-lan, *On The Importance of Comparative Study of Traditional Chinese and Ethical Medicine*, Journal of Medicine&Pharmacy of Chinese Minorities, Février 2006, n°1, p.2. MA Zhiguo, *On the Intellectual Property Strategy and Innovation of Traditional Chinese Medicine and Medical Art*, World Science and Technology / Modernization of Traditional Chinese Medicine and Materia Medica, 2008, Vol.10, n°5, p.76. TANG Xinhua, *La stratégie de protection de la médecine traditionnelle*, Chinese Journal of Law, Vol.31, 2015, n°1, p. 113. ZENG Xuan, LIU Zuoling, *On Intellectual Property Protection Of Traditional Medicine*, Journal of Law, 2011, n°10, p.52.

²³⁶ KOUMARE Mamadou, *Traditional Medicine and Psychiatry in Africa* (Section I), in Robert H. Bannermann, Johe Burton and Ch'en Wen-Chien. eds., *Traditional Medicine and Health Care Coverage: A Reader for Health Administrators and Practitioners*, Geneva: World Health Organization, 1983, at 25. [Traditional Medicine and Health Care Coverage].

évolution] de génération en génération, verbalement ou par écrit, et sont utilisées pour le diagnostic, la prévention ou l'élimination des déséquilibres dans le bien-être physique, mental ou social »²³⁷. Cet auteur comme d'autres éminents spécialistes contestent par ailleurs la nature « complémentaire à la médecine moderne » que donne l'OMS à la médecine traditionnelle, et nous retiendrons cette position. La définition de C. GOOD apporte un éclairage sur des singularités de la médecine traditionnelle par rapport à celle de l'OMS, en insistant sur celle de sa transmission qui par ailleurs peut être orale, et sur une construction potentiellement issue d'un collectif. Ces compléments n'ont toutefois pas de caractère indispensable pour définir le contour de la médecine traditionnelle, ils indiquent simplement une étendue non limitative dans certaines de ses caractéristiques. De fait il est utile de les noter mais pas nécessairement de les inclure dans une définition.

Dans un même ordre d'idée de compléments informatifs à la définition de la médecine traditionnelle, nous retenons ceux apportés par Barrett P. Brenton et Helen E. Sheehan, qui concèdent que les médecines traditionnelles peuvent se répartir globalement suivant trois modèles²³⁸ :

- une médecine traditionnelle couvrant un vaste territoire géographique : par exemple la médecine hindoue à base d'herbes, la médecine gréco-arabe unanime et la médecine traditionnelle chinoise,
- une médecine traditionnelle dont le rayon d'action est cantonné aux habitants des tribus indigènes dans les zones sous-développées,
- une médecine traditionnelle des paysans ou des habitants de régions rurales.

Ces précisions élargissent et précisent le champ géographique et humain à l'origine d'une médecine traditionnelle. Elles sont néanmoins utiles et nous les reprendrons, mais pas indispensables pour la mise au point d'une définition.

D'autres experts²³⁹ confirment à plusieurs endroits de la planète la définition de l'OMS.

²³⁷ Charle M. Good, *Ethnomedical Systems in Africa : Patterns of Traditional Medicine in Rural and Urban Kenya*, New York : Guilford Press, 1987, at.13-24.

²³⁸ SHEEHAN Helen E. and BRENTON Barrett P., *Preface*, The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science Series, SAGE Publications, Septembre 2002, p.6-11.

²³⁹ ZHU Guo-ben, *Traditional Medicine and Protection of Intangible Cultural Heritage*, Journal of MUC (Natural Sciences Edition), août 2011, Vol.20, n°3, p.48. BAO Zhaorigtu, Hujijiletu, BAO Feng-lan, *On The Importance of Comparative Study of Traditional Chinese and Ethical Medicine*, Journal of Medicine&Pharmacy of Chinese Minorities, Février 2006, n°1, p.2. TANG Xinhua, *La stratégie de protection de la médecine traditionnelle*, Chinese Journal of Law, Vol.31, 2015, n°1, p. 113. ZENG Xuan,

GANGULI, un expert indien en propriété intellectuelle, énonce que « la médecine traditionnelle représente une série de connaissances, compétences et actions formées sur la base des théories indigènes, des croyances et des expériences sous divers contextes culturels, explicables ou non, dans le but de maintenir la santé. Elles sont utilisées pour prévenir, diagnostiquer, améliorer ou traiter l'organisme ou les maladies mentales »²⁴⁰.

Une définition de la médecine traditionnelle chinoise donnée LUO Ronghan incarne sa culture : il estime qu'elle est une science issue d'un long parcours, à base de pratiques, de productions et de travail en Chine, qui doit son origine principale au peuple Han, une science qui utilise des méthodes telles que l'acupuncture, le massage, le Tao Yin, pour prévenir et traiter les maladies, et assurer la santé des bénéficiaires. Elle se décompose en deux disciplines essentielles : la médecine traditionnelle chinoise en elle-même et le médicament traditionnel chinois. Mais dans la culture traditionnelle de la médecine chinoise, la médecine et le médicament sont inséparables depuis les premiers jours de leur envol il y a de cela quelques des milliers d'années. Une fois séparés, ils deviennent l'arbre sans racine ou l'eau sans source²⁴¹. Cette définition fait un lien entre médecine et pharmacie, faisant écho à la deuxième définition de l'OMS plus axée sur le médicament.

92. Définition de la médecine traditionnelle : contributions nationales. La définition de la médecine traditionnelle varie aussi selon les pays. Par exemple, le Brésil indique dans sa législation que « la médecine traditionnelle désigne les informations de valeurs réelles ou potentielles ainsi que les pratiques personnelles ou collectives, en possession des communautés régionales locales »²⁴².

« la Loi sur la médecine traditionnelle et alternative » (TAMA) de 1997 des Philippines la définit ainsi : « la médecine traditionnelle couvre l'ensemble des connaissances, compétences et pratiques étroitement liées à la santé et établies sur la base de cultures, d'histoire, d'héritage et de la pensée, explicables ou non dans le cadre de la science

LIU Zuoling, *On Intellectual Property Protection Of Traditional Medicine*, Journal of Law, 2011, n°10, p.52.

²⁴⁰ GANGULI Prabuddha (auteur), SONG Jianhua (traducteur), *Intellectual Property Rights: Unleashing the Knowledge Economy*, éditions de la propriété intellectuelle, 2004, p.97.

²⁴¹ LUO Ronghan, *les efforts pour promouvoir la gloire de la médecine traditionnelle de la patrie*, Journal of Practical Traditional Chinese Medicine, 2000, (1), p.5.

²⁴² ZHANG Tao, *La relation entre la protection des savoirs traditionnels en médecine chinoises et la protection de la propriété intellectuelle*, Journal of Traditional Chinese Medicine Management, 2006 (1), p.8.

moderne, mais acceptables par les bénéficiaires, utilisées pour aider, maintenir et améliorer la santé plénitude de leur être, des communautés et de la société, dans une relation fondée sur la culture, l'histoire, le patrimoine et la conscience »²⁴³.

En complément il est intéressant d'évoquer l'Encyclopédie de Chine, pour qui la médecine traditionnelle en Chine est un terme générique pour la médecine de toutes les nationalités ethniques chinoises, y compris celles d'origine Han, Tibétaine, Mongole, Ouïgoure, dai, Coréenne, Zhuang, Dai, Yi, Miao, Laku, She, Elun, etc²⁴⁴. Si cette définition apporte des précisions utiles concernant la médecine traditionnelle chinoise, sa globalité pourrait paraître néanmoins incomplète.

93. Que nous apportent ces quelques définitions ? Elles sont choisies dans le cadre de cette étude parmi des milliers d'autres et contiennent un aspect représentatif qui de manière générale vient conforter la définition de l'OMS en lui apportant quelques précisions sur ses particularités géographiques, historiques, de pratique, de transmission, sans toutefois se révéler indispensables à la complétude de la définition. Mais pour préciser une telle définition il semble ensuite nécessaire d'approcher les utilisations et les adaptations modernes de ces médecines traditionnelles pour traiter dans sa complétude l'usage de l'expression « médecine traditionnelle ».

B) Médecine traditionnelle « traditionnelle » et médecine traditionnelle « moderne ».

94. **Lorsque la médecine traditionnelle est à la mode.** La médecine traditionnelle est très présente aujourd'hui encore à l'échelle de la planète²⁴⁵, et connaît

²⁴³ Traditional and Alternative Medicine Act (TAMA) of 1997, Section 4 (b). "Traditional medicine" - the sum total of knowledge, skills, and practice on health care, not necessarily explicable in the context of modern, scientific philosophical framework, but recognized by the people to help maintain and improve their health towards the wholeness of their being, the community and society, and their interrelations based on culture, history, heritage, and consciousness.

²⁴⁴ Encyclopédie de la Chine : la médecine chinoise traditionnelle, maison d'édition encyclopédie de la Chine, 1992, p.1.

²⁴⁵ YAO Miao, *Problèmes et solutions nouvelles pour la mise en œuvre de méthodes traditionnelles appliquées à la médecine traditionnelle chinoise*, Journal of Traditional Chinese Medicine Management,

des utilisations de par le monde de plus en plus prisées, tout au moins dans une vision commerciale, quand bien même, et parfois parce qu'elle conserve une réputation de « plus ou moins exacte ». Rien n'interdit à priori de la faire convoler avec les plus grands progrès scientifiques, y compris ceux relevant du domaine médical. Dès lors cette médecine traditionnelle qui peut bénéficier de la modernité, devient parfois par effet de mode une médecine traditionnelle « moderne ». qui finalement n'a de traditionnel que le nom²⁴⁶. Elle peut alors envisager une part de sa protection en suivant des voies identiques à celles qui protègent la médecine en générale, loin du cadre du droit de la propriété intellectuelle le cas échéant et parfois même aisément protégeable par le droit des brevets²⁴⁷. C'est sans nul doute un sujet passionnant à développer, mais ce n'est pas le propos de notre réflexion.

95. Savoir traditionnel en médecine et médecine traditionnelle. En effet la présente étude s'est attachée au thème du savoir traditionnel ayant trait à la médecine, ce qui confère de fait à ce savoir une ancienneté indispensable, une médecine traditionnelle « traditionnelle », à la différence d'une petite sœur qui bien que trouvant des sources sur une origine ancestrale ou des concepts anciens, s'autorise à emprunter des pratiques résolument modernes. Toutefois dans la confusion des termes qui sont parfois véhiculés par cette expression, « médecine traditionnelle », il n'en demeure pas moins que dans la plupart de ses définitions évoquées précédemment, une part de sa construction historique et de sa transmission de génération en génération lui est systématiquement attachée. C'est bien cette composante que nous retenons dans la présente étude, avec donc la nécessité d'attirer l'attention que la médecine traditionnelle n'a pas vocation à rester enfermée dans son passé, mais que c'est bien cette caractéristique qui guidera le sens que nous utiliserons dans le reste de l'étude. Dans ce cadre plus restreint nous retenons sous le vocable de « médecine traditionnelle » la représentation des pratiques médicales ancestrales étroitement liées avec les sociétés et les cultures anciennes. Cette expression ainsi cadrée s'oppose dès lors dans son utilisation aux pratiques modernes. Elle correspond globalement au résultat d'un long parcours d'améliorations issus de productions et de travail, notamment lorsqu'elle

février 2013, Vol.21, n°2, p.112.

²⁴⁶ SONG Xiaoting, HAO Kaili, *Comparaison entre deux innovations technologiques – suivant la vision d'une méthode moderne ou traditionnelle*, Journal of Chongqing Institute of Technology (Social Science), Dec.2008, Vol.22, n°12, p.15.

²⁴⁷ HUANG Yuye, *Stratégie de protection de la médecine traditionnelle chinoise*, Protection des ressources culturelles traditionnelles, 2005(3), p.98.

aborde la connaissance de l'efficacité des plantes par les communautés indigènes et traditionnelles²⁴⁸. En ce sens l'approche de l'expert indien GANGULI citée précédemment est une définition adaptée à ce contexte. Dès lors c'est bien « la médecine traditionnelle »²⁴⁹, sous ses aspects de savoirs et/ou de savoir-faire traditionnels qui est évoquée dans le reste de notre étude. Le savoir-faire traditionnel en médecine correspond ainsi au savoir-faire d'une médecine véritablement traditionnelle. Dans ce cadre, et c'est important de le souligner, le savoir (ou savoir-faire) traditionnel en médecine correspond au savoir (ou savoir-faire) en médecine traditionnelle. Sur cette même base nous sommes désormais en mesure de donner une définition du savoir-faire traditionnel en médecine.

96. Avant cela, et sur cette même base, il est possible d'afficher des points communs aux diverses « médecines traditionnelles » de par le monde.

§ 2 : Caractéristiques communes des SFT en médecine (traditionnelle)

97. **Concepts communs en médecine traditionnelle.** Il existe de nombreuses variétés de médecines traditionnelles à l'échelle mondiale²⁵⁰. Dans la plupart des cas, les savoir-faire traditionnels associés à ces médecines sont relativement indépendants d'une société à l'autre. Néanmoins, de nombreuses médecines traditionnelles présentent

²⁴⁸ SONG Xiaoting, HAO Kaili, *Comparaison entre deux innovations technologiques – suivant la vision d'une méthode moderne ou traditionnelle*, Journal of Chongqing Institute of Technology (Social Science), Dec.2008, Vol.22, n°12, p.15.

²⁴⁹ Nous l'utiliserons parfois par pure commodité sous le vocable « médecine »

²⁵⁰ SACURA, LI Hui-fang, Almas, PANG Zong-Ran, *Research on Intellectual Property Protection of Ethnic Traditional Medicine in China*, Journal of Minzu University of China, (Philosophy and Social Sciences Edition), 2015, Vol.42, n°2, p.99. YAN Liang, *Overview of Traditional Medicine in the Asia-Pacific Region*, Feature Article, 2005, p.16. WANG Zhihong, XIANG Xinwei, *Thought on the Protection, Inheritance and Development of the Traditional Medicine of Minorities*, Journal of Yunnan University of Traditional Chinese Medicine, avril 2012, Vol.35, n°2, p.1. YAN Liang, WANG Shangyong, *La médecine traditionnelle à l'échelle internationale et son statut juridique contemporain*, Asia-Pacific Traditional Medicine, mai 2013, Vol.9, n°5, p.7.

des points communs²⁵¹ :

1) De nombreuses médecines traditionnelles défendent l'idée que la santé est basée sur l'équilibre des antagonismes opposés du corps²⁵². C'est pourquoi l'apparition de maladies est souvent expliquée en invoquant un déséquilibre du corps ou du mental. L'origine de ces déséquilibres pourront être le changement climatique, la consommation d'un aliment spécifique, des raisons externes y compris une force mystique ou surnaturelle, un stress psychologique, des facteurs sociaux. Dans ce cadre la médecine traditionnelle va s'évertuer à rééquilibrer le corps ou l'esprit – et souvent les deux - suivant des méthodes thérapeutiques qui elles différeront notablement.

2) La médecine traditionnelle s'attache aux spécificités personnelles du malade²⁵³. Contrairement à une médecine moderne qui va chercher à collationner les patients souffrant de cette même maladie, la médecine traditionnelle attachera de l'importance à l'individu, et le traitement prescrit variera d'une personne à l'autre. La médecine traditionnelle est généralement convaincue que chaque être dispose d'un tempérament et d'un environnement social qui lui est propre à l'origine de réactions différentes aux causes réelles de la maladie et qu'il nécessite donc un traitement spécifique.

3) La médecine traditionnelle applique des méthodes holistiques de soins²⁵⁴. Puisque l'individu est en relation dans sa globalité avec l'environnement, il ne suffit plus de cibler uniquement la maladie apparente du corps. C'est pourquoi généralement, en plus du traitement, les médecins traditionnels donneront des conseils au patient pour faire évoluer son mode de vie et ses comportements sanitaires et pourront prescrire des traitements pouvant sembler hors de contexte.

4) Le développement des médecines traditionnelles est issu de méthodes ancestrales, dès lors la majorité des méthodes thérapeutiques traditionnelles n'ont pas été soumises à des évaluations rigoureusement scientifiques telles que connaît la médecine « moderne »²⁵⁵. La solidité de leurs références repose tout de même parfois sur des

²⁵¹ CHEN Ken, *Qu'est-ce que la médecine traditionnelle ?*, Science & Culture, Juin 2000, p.107.

²⁵² BAO Zhaorigtu, Hujijiletu, BAO Feng-lan, *On The Importance of Comparative Study of Traditional Chinese and Ethical Medicine*, Journal of Medicine&Pharmacy of Chinese Minorities, Février 2006, n°1, p.3.

²⁵³ CHEN Ken, *Qu'est-ce que la médecine traditionnelle ?*, Science & Culture, Juin 2000, p.107.

²⁵⁴ BAO Zhaorigtu, Hujijiletu, BAO Feng-lan, *On The Importance of Comparative Study of Traditional Chinese and Ethical Medicine*, Journal of Medicine&Pharmacy of Chinese Minorities, Février 2006, n°1, p.3.

²⁵⁵ YAN Liang, *Overview of Traditional Medicine in the Asia-Pacific Region*, Feature Article, 2005, p.16.
YAN Liang, WANG Shangyong, *La médecine traditionnelle à l'échelle internationale et son statut juridique contemporain*, Asia-Pacific Traditional Medicine, mai 2013, Vol.9, n°5, p.7.

expérimentations, parfois en zone locale, sur des milliers de personnes et sur des milliers d'années. Malgré cela cette différence donne à la médecine moderne une défiance certaine à l'égard de sa consœur traditionnelle.

5) Les médecines traditionnelles apportent des méthodes thérapeutiques qui varient sensiblement selon les pays, et couvrent largement de nombreux domaines²⁵⁶. En Chine, les méthodes thérapeutiques principales plébiscitent les herbes médicinales et l'acupuncture²⁵⁷. Bien que certains médecins traditionnels fassent appel aux forces mentales et aux prières pour soigner les troubles des patients, par exemple lorsque ces maladies sont supposées provenir d'une force mystique ou surnaturelle, beaucoup de médecines traditionnelles gardent une distance certaine avec ces pratiques.

6) Les médecines traditionnelles sont évolutives et non pas statiques. Ces évolutions se détectent suivant deux axes²⁵⁸ : une évolution dans le temps et une autre dans l'espace. La dynamique dans le temps d'une médecine traditionnelle évoque son évolution et son développement continus au travers des années, en se confrontant à des nouvelles propositions terminologiques, ou à des idées nouvelles, voire à la découverte de nouvelles matières médicales (plantes notamment), à l'invention de nouvelles méthodes thérapeutiques, et qui subissent le cas échéant l'élimination des anciennes terminologies, idées ou méthodes thérapeutiques devenues désuètes. La dynamique dans l'espace : un perfectionnement à l'origine géographiquement local d'une médecine ou d'un remède peut s'être répandu sur d'autres régions. Lorsqu'elle ou il est accepté dans un autre territoire il s'accommode parfois d'idées nouvelles, de doctrines et de techniques apportées par les connaissances et les expériences locales existantes, en créant une nouvelle particularité régionale et en changeant parfois aussi de nom. C'est ainsi que s'est diffusée la médecine gréco-arabe en Inde sous l'appellation « Unani » et dans les pays arabes sous celle de « médecine islamique ». En Chine, dans la province du Xinjiang, elle portera le nom de « médecine ouïgoure ». La médecine hindoue installée au Tibet est devenue la « médecine tibétaine » et celle arrivée en Mongolie

²⁵⁶ WANG Zhihong, XIANG Xinwei, *Thought on the Protection, Inheritance and Development of the Traditional Medicine of Minorities*, Journal of Yunnan University of Traditional Chinese Medicine, avril 2012, Vol.35, n°2, p.2.

²⁵⁷ YAO Miao, *Problèmes et solutions nouvelles pour la mise en œuvre de méthodes traditionnelles appliquées à la médecine traditionnelle chinoise*, Journal of Traditional Chinese Medicine Management, février 2013, Vol.21, n°2, p.112-116.

²⁵⁸ YAN Liang, WANG Shangyong, *Système mondial de la médecine traditionnelle et son statut juridique sous la forme contemporaine*, Asia Pacific Journal of traditional Chinese Medicine, Vol.9, N ° 5, mai 2013, p.7.

s'est appelée « médecine mongole ». La médecine traditionnelle chinoise s'est faite appeler « médecine coréenne » ou encore « médecine Dongui » en desservant la Corée du Sud ; celle localisée au Japon est devenue « médecine Kampo » et celle localisée au Viêt Nam « médecine Dongui ».

98. Dès lors, s'il est possible de distinguer différents types de médecines traditionnelles, celles-ci ne sont pas nécessairement caractérisées par une localisation géographique précise mais par des concepts élémentaires, des théories fondamentales et des méthodes pharmaceutiques distinctes. Quand une médecine traditionnelle s'est propagée d'une région à une autre, elle subit tôt ou tard effectivement des modifications mais elle conserve dans chacune de ces nouvelles implantations une base commune cohérente et constante. Cet aparté sur les points communs en médecine traditionnelle complète la réflexion pour la mise au point d'une définition du savoir-faire traditionnel en médecine.

CONCLUSION TITRE I

99. L'expression savoir-faire traditionnel et sa définition varient suivant le domaine dans lequel elles sont utilisées. Aucune définition officielle n'est entérinée à l'échelle mondiale, ce qui montre la complexité d'une telle démarche. Mais le savoir-faire traditionnel est avant tout un savoir traditionnel. La médecine traditionnelle est une partie intégrante du domaine des savoirs traditionnels. Le savoir-faire traditionnel en médecine est une composante hors folklore du savoir traditionnel en médecine traditionnelle. C'est pourquoi nous utiliserons la définition de la médecine traditionnelle pour construire celle du savoir-faire traditionnel en médecine.

100. **Définition du savoir-faire en médecine traditionnelle, le choix de l'OMS.** Dans ce cadre, l'OMS offre plusieurs définitions intéressantes de la médecine traditionnelle, d'autant qu'elles revêtent un caractère relativement officiel à l'international. Un savoir-faire en médecine traditionnelle est une composante de la médecine traditionnelle. Pour marquer cette appartenance nous supprimons la référence à la notion de « somme » dans la définition de l'OMS, ainsi que sa référence de subordination à la médecine moderne, sujette à juste titre à polémique. L'ensemble de ces synthèses nous conduisent sur la production suivante d'une définition du savoir-faire traditionnel en médecine :

Le savoir-faire traditionnel en médecine correspond à des connaissances, compétences et pratiques fondées sur les théories, les croyances et l'expérience, nées dans différentes cultures qui, qu'elles soient explicables ou non, sont utilisées pour l'entretien de la santé ainsi que la prévention, le diagnostic, l'amélioration ou le traitement des maladies physiques ou mentales.

101. **SFTM : duplicité des expressions utilisables.** Notre étude a permis de montrer qu'il est possible d'utiliser de nombreuses expressions pour exprimer le SFTM, et qu'en fait l'amalgame avec celles de *médecine traditionnelle, connaissance*

traditionnelle, ou *savoir traditionnel* n'est pas réhivitoire, y compris dans le domaine juridique. On note par ailleurs que indépendamment de l'expression utilisée, les spécificités des SFTM présentent souvent des spécificités basées sur l'équilibre des antagonismes du corps, une vision individualisée au malade et généralement holistique.

102. Le SFTM disposant d'une définition, son champ d'application, large, ayant été explicité, il est nécessaire d'en faire un bilan contextuel passé et présent, ainsi que de sa protection, au plan sociétal et juridique.

TITRE II : CONTEXTES SOCIÉTAUX

PASSÉS ET PRÉSENTS DES SAVOIR-FAIRE TRADITIONNELS EN MÉDECINE

103. Pour comprendre comment nous sont parvenues aux travers des siècles des pratiques ancestrales à vocation médicale, à l’instar de certains monuments, il faut disposer du travail consciencieux d’historiens, d’ethnologues, d’archéologues, de paléontologues, d’anthropologues, ..., de spécialistes passionnés et rémunérés qui ont choisi de consacrer une part de leur existence à comprendre le passé. Ces trésors de mémoire ne sont pas toujours disponibles lorsqu’ils concernent des tribus ancestrales qui sont restées isolées et qui parfois le sont aujourd’hui encore, mais il est possible d’en comprendre la complexité et la richesse potentielles en évoquant notamment l’histoire de la Chine dont certaines racines connues remontent à 3000 ans avant J.-C²⁵⁹. C’est pourquoi dans le chapitre 1 nous évoquerons dans un premier temps l’histoire de la médecine de la Chine, puis des facteurs qui menacent présentement la médecine traditionnelle de par le monde, et des enjeux qu’elle présente. Sur la base de cette anamnèse du savoir-faire traditionnel en médecine, il sera possible de compléter la compréhension de son environnement par un regard général sur le plan juridique international existant.

²⁵⁹ YAN Liang, *Overview of Traditional Medicine in the Asia-Pacific Region*, Feature Article, 2005, p.19.
HUANG Yuye, *Stratégie de protection de la médecine traditionnelle chinoise*, Protection des ressources culturelles traditionnelles, 2005(3), p.98.

CHAPITRE 1 : APERÇU GÉNÉRAL

CONJONCTUREL DU SAVOIR-FAIRE

TRADITIONNEL EN MÉDECINE

104. Les savoir-faire en médecine de la Chine ont connu une histoire longue et passionnante emprunte de guerres, de développements économiques, de volontés politiques et d'adaptations de l'intelligence humaine à son environnement²⁶⁰. L'évocation de cette histoire nous permettra de comprendre la situation actuelle des savoir-faire traditionnels en médecine de par le monde, ce qui les menace, ainsi que les enjeux et convoitises qui pèsent actuellement sur eux.

SECTION 1 : LE SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL

DE LA CHINE EN MÉDECINE : UNE

SOURCE ANCESTRALE

105. Dans une longue histoire de cinq mille ans, les ancêtres de la Chine, grâce à leur diligence et leur sagesse, ont créé une grande civilisation chinoise. La médecine traditionnelle chinoise est une perle précieuse de ce trésor de l'humanité. Son histoire personnelle a connu pour son essentiel cinq évolutions majeures : la médecine gréco-romaine, la médecine hindoue, la médecine égyptienne, la médecine assyro-babylonienne et la médecine chinoise²⁶¹. Les quatre premières sont tombées en

²⁶⁰ ZENG Xuan, LIU Zuoling, *On Intellectual Property Protection Of Traditional Medicine*, Journal of Law, 2011, n°10, p.52. HUANG Yuye, *Stratégie de protection de la médecine traditionnelle chinoise*, Protection des ressources culturelles traditionnelles, 2005(3), p.98. YAN Liang, *Overview of Traditional Medicine in the Asia-Pacific Region*, Feature Article, 2005, p.19.

²⁶¹ Certains auteurs défendent l'idée qu'il n'en aurait existé que trois : la médecine chinoise, la médecine

désuétude, ne reste que la médecine traditionnelle chinoise qui adopte des méthodes efficaces de traitement et de prévention, basées sur un système théorique complet et spécifique. Elle est parvenue jusqu'à aujourd'hui à se mettre au service de l'humanité pour l'amélioration de pratiques en matière d'hygiène et de santé. Aussi pour traiter de l'histoire du développement et de l'état actuel de la médecine traditionnelle, nous utiliserons préférentiellement la référence à la médecine traditionnelle chinoise. Aussi cette première section s'intéresse à l'histoire de la Chine en matière de médecine puis aux facteurs qui menacent actuellement la médecine traditionnelle chinoise, avant d'en dresser un bilan synthétique.

§ 1 : Anamnèse du savoir-faire traditionnel en médecine

106. Le développement de la médecine traditionnelle chinoise (MTC) se joue sur une période très longue de l'histoire. Il faut ainsi remonter en protohistoire pour trouver son origine. Le passé de la MTC est parvenu par étapes jusqu'à nos jours grâce à divers supports écrits durant sur ces milliers d'années. La MTC constitue une richesse précieuse accumulée par la nation chinoise en suivant des processus de lutte contre les maladies qu'elle a déployés. Au cours de son histoire, elle a permis aux êtres humains de mieux comprendre la vie ainsi que les mécanismes des maladies par une approche originale afin de s'en défendre et de s'en protéger. Elle est aussi le système médical traditionnel le plus complet conservé jusqu'à ce jour, dont l'influence s'est répandue à l'échelle mondiale. C'est également la plus utilisée à l'échelle planétaire.

107. Quatre phases dans l'histoire de la MTC. La MTC a pris sa source dans la terre culturelle de la Chine, elle en est par conséquent imprégnée de ses contextes humains et historiques. Avec un parcours de plusieurs milliers d'années, elle est fortement marquée par les époques. La compréhension de son développement pourrait

indienne ou, et la médecine Greco-Arabe. Voir ZHU Guo-ben, *Traditional Medicine and Protection of Intangible Cultural Heritage*, Journal of MUC (Natural Sciences Edition), août 2011, Vol.20, n°3, p.48. Voir aussi YAN Liang, WANG Shangyong, *La médecine traditionnelle à l'échelle internationale et son statut juridique contemporain*, Asia-Pacific Traditional Medicine, mai 2013, Vol.9, n°5, p.7. YAN Liang, *Overview of Traditional Medicine in the Asia-Pacific Region*, Feature Article, 2005, p.18.

se décomposer suivant quatre phases²⁶².

De l'époque de la société Shen Nongshi, qui verra le début des découvertes des herbes médicinales (environ 2528 - 2029 av. J.-C.), à celle de la société dite « esclavagiste » et qui sera le berceau du médicament et de la médecine traditionnelle chinoise (environ 2029 - 476 av. J.-C.), la MTC connaîtra dans une troisième période sa formation, son développement ainsi que celle de son industrie du médicament (environ 475 av. J.-C. – 1912 apr. J.-C.) au cours de l'époque féodale. Enfin, depuis la République de Chine (1912) jusqu'à nos jours, cette quatrième époque marque une marginalisation de la médecine traditionnelle chinoise dans un contexte mondial qui l'oppose à la médecine contemporaine.

A) Première période : époque de la société Shen Nongshi

108. Début de la découverte des herbes médicinales (environ 2528 - 2029 av. J.-C.). Bien que leurs histoires comportent un fond de légende, les neuf aiguilles fabriquées par Fu Xi, les centaines d'herbes découvertes et éprouvées par Shen Nong²⁶³, l'acupuncture et la pratique médicamenteuse déjà utilisées dans la société primitive chinoise sont parvenues jusqu'à nos jours. Dans sa recherche de nouveaux végétaux pour se nourrir plus que pour se soigner, Shen Nong en goûtant d'innombrables variétés d'herbes, se trouvait parfois empoisonné, parfois tonifié, et notait que certaines herbes avaient la faculté de traiter certaines maladies²⁶⁴. C'est ainsi que l'expérimentation des herbes suivant la méthode de Shen Nong, à l'origine prévue pour un usage alimentaire, est devenu une méthode médicale. De nombreuses personnes l'ont alors pratiquée, et leur savoir ainsi acquis s'est transmis de génération en génération, accumulant progressivement savoirs et expériences. Pour lutter contre la douleur, la maladie et

²⁶² HAN Yanan, XU Tunhai, *Understanding of the Historical Development of Chinese Medicine*, la pharmacie, 2010, Vol.26, n°5, p.25.

²⁶³ QIN Fang, *Un résumé de l'histoire et du développement de la médecine chinoise*, Chinese journal of ethnomedicine and ethnopharmacy, 2012, p.12. LIU Jing, *Histoire de la médecine traditionnelle chinoise*, Observations et réflexions, 01 aout 2007, p.20. HUANG Lanying et al., *Preliminary Discussion on Development Status of Folk Chinese Medicine in the Historical and Cultural Evolution*, Guide de médecine chinoise, Mars 2017, Vol.23, n°5, p.1.

²⁶⁴ TIAN Kan, SHAO Zhen, YU Xiaoyong, SHAO Chenjie, *Further discussion on some issues of TCM legislation*, China Health Law, janvier 2013, Vol.21, n°1, p.14.

tonifier l'organisme, ces ancêtres ont collecté voire récolté les plantes nécessaires, ébauchant ainsi un concept de « médicament ». Mais il faudra attendre la fin de la période de la dynastie des Shang (1559 – 1046 av. J.C.) pour que se forme concrètement ce concept.

B) Deuxième période : époque de la société esclavagiste

109. Berceau du médicament et de la médecine traditionnelle chinoise (env. 2029 - 476 av. J.-C.).

Cette période s'étend depuis la dynastie des Xia jusqu'à l'époque des Printemps et des Automnes, en passant par celle des Shang et des Zhou. Cette période de 1500 ans dite esclavagiste est marquée par le développement progressif du médicament et de la médecine traditionnelle chinoise²⁶⁵.

Aux premiers temps, durant la dynastie des Xia (environ 2029 - 1559 av. J.-C.), la population est imprégnée de fortes croyances aux diables et aux dieux. On est encore à l'aube des premières découvertes en matière d'herbes médicinales. Il n'existe d'ailleurs pas de trace écrite d'une médecine les utilisant, mais cette période voit surgir les premières techniques de production d'alcool à partir de céréales. L'alcool apporte non seulement des saveurs douces et moelleuses mais il procure aussi des états de somnolence potentiellement utiles.

Le niveau des connaissances médicales et des médicaments progresse ensuite de façon notable sous la dynastie des Shang (environ 1559 - 1046 av. J.-C.) par rapport à celle des Xia, mais il restera à un niveau modeste. De manière générale, la médecine et le médicament en tant que tels ne sont pas encore reconnus ou ne disposent pas d'un crédit de confiance significatif, il ne s'agit alors que d'embryons de recherches médicales. Mais c'est pourtant durant cette dynastie des Shang que l'on apprend à utiliser des herbes médicinales imprégnées d'alcool pour traiter certaines maladies, pour un usage personnel, mais aussi parfois pour être vendues, ce qui contribue à la genèse d'un

²⁶⁵ QIN Fang, *Un résumé de l'histoire et du développement de la médecine chinoise*, Chinese journal of ethnomedicine and ethnopharmacy, 2012, p.12. ZHOU Zhibin, *Réflexions sur la médecine traditionnelle chinoise et sur le patrimoine culturel immatériel*, thèse, Chengdu University of Traditional Chinese Medicine, 2008, p.10.

commerce dans ce domaine.

L'essentiel des traces écrites de cette époque que l'on a retrouvé proviennent de marques sur des os et des carapaces de tortues. Alors même que les mots «médecine» et «médicament» n'y apparaissent pas encore, il existe des preuves de leur utilisation implicite, par exemple pour le traitement contre les maux de ventre réalisés à base de poisson et contre le paludisme à base de jujube. Il s'agit des premières écritures qui relatent de traitements médicamenteux, bien que ciblées à l'origine sur des régimes alimentaires, et qui montrent que l'alimentation peut servir à usage médical²⁶⁶.

110. La naissance des premières structures médicales dans la dynastie des Zhou de l'Ouest (environ 1046 - 771 av. J.-C.).

Comme les peuples de la dynastie des Xia et des Shang, ceux de la dynastie des Zhou de l'Ouest croyaient également aux diables, aux dieux et en la fatalité du Destin. La sorcellerie occupe encore une place importante dans la prévention et le traitement des maladies²⁶⁷. Mais avec le temps, les connaissances médicales s'accumulent, se transmettent, et progressent, au point de permettre durant cette dynastie la création de la première structure impériale de protection de la santé et d'hygiène ouverte au peuple. Cette dernière constitue un progrès qui empreint l'histoire de la médecine et de la pharmacie chinoises, mais elle révèle également une victoire importante de la science médicale sur la sorcellerie et la superstition. Des médecins professionnels apparaissent, qui se catégorisent en quatre branches : des médecins spécialisés dans l'alimentation, des médecins spécialistes des maladies en général, d'autres spécialisés dans la chirurgie, et enfin ceux qui soignent les animaux. Puis d'autres structures médicales apparaissent ensuite qui gèrent des actes médicaux et pharmaceutiques, notamment la préparation, le stockage et la distribution des médicaments aux patients pour traiter leurs maladies.

Pendant l'époque dite des Printemps et des Automnes (environ 770 - 476 av. J.-C.), les peuples croient encore aux diables, aux dieux et à la sorcellerie, mais ces croyances sont généralement incapables de traiter les maladies à la racine, et portent les sociétés à chercher et multiplier des réponses plus médicales aux maladies. La médecine et le

²⁶⁶ TIAN Lijuan, *Research on Chinese modern history of pharmacy*, thèse, Shenyang Pharmaceutical University, Dec. 2006, p.10.

²⁶⁷ HAN Yanan, XU Tunhai, *Understanding of the Historical Development of Chinese Medicine*, la pharmacie, 2010, Vol.26, n°5, p.25.

médicament remportent ainsi des victoires importantes au détriment de la sorcellerie. Cinq exemples viennent illustrer cette évolution :

- la parution d'un ouvrage dénommé *Shan Haijing*²⁶⁸ dans lequel de nombreux médicaments sont répertoriés.
- la naissance de théories étiologiques basées sur les expériences cliniques, l'astronomie, les cinq éléments de Wuxing que sont l'or, la terre, l'eau, le feu, le bois. Ces théories qui recherchent et étudient les causes des maladies s'opposent aux concepts ancestraux de l'intervention des diables et dieux.
- la multiplication de structures médicales publiques au service du peuple, qui se répandent durant la période des Printemps et des Automnes dans l'ensemble des nombreuses royautes,
- la collecte et l'utilisation d'herbes médicinales par ceux qui justement se revendiquent sorciers,
- l'utilisation des herbes médicinales par les armées pour prévenir et traiter les maladies.

C) Une troisième phase : l'époque féodale

111. Formation et développement de l'industrie du médicament et de la médecine traditionnelle chinoise (environ 475 av. J.-C. – 1912 apr. J.-C.).

Cette période peut se concevoir en sept époques : l'époque des Royaumes Combattants, celle des Qin et des Han, celle des Trois Royaumes, des Deux Jin et des dynasties du Sud et du Nord, puis celle des Sui, des Tang et des Cinq Dynasties, celle des Song, des Jin et des Yuan, celle des Ming, et enfin celle des Qing.

112. L'époque des Royaumes Combattants (environ 475 - 221 av. J.-C.) : genèse de l'industrie de la médecine et du médicament.

Pendant cette période, grâce au déploiement de la technologie de la fonte, la société connaît de grandes évolutions qui favorisent le progrès social, le développement culturel et scientifique. La « médecine » et le « médicament » sont alors progressivement

²⁶⁸ LIU Jing, *Histoire de la médecine traditionnelle chinoise*, Observations et réflexions, 01 aout 2007, p.20.

développés suivant deux directions bien distinctes²⁶⁹.

Certains médecins deviennent célèbres : Bian Que est l'un d'entre eux. Il crée une méthode thérapeutique basée sur la prise du pouls, l'observation de l'apparence, l'écoute sonore, l'inspection générale de l'individu, l'utilisation des aiguilles et des herbes médicinales ». Il est connu comme étant l'inventeur de la prise du pouls à titre médical²⁷⁰.

L'élaboration des bases théoriques de ce qui sera la médecine traditionnelle chinoise, avec notamment l'apparition du premier ouvrage célèbre de théories médicales qui s'appelle *Huang Di Nei Jing* (Classique Interne de l'Empereur Jaune)²⁷¹. Cet ouvrage se divise en deux parties, le *Su Wen* et le *Ling Shu*. Le *Su Wen* récapitule essentiellement la physiologie, la cause des pathologies ainsi que des principes de diagnostic et de traitement, tandis que le *Ling Shu* traite en particulier des principes et des méthodes de l'acupuncture et de la moxibustion.

113. L'époque des Qin et des Han (environ 221 av. J.-C.- 220 apr. J.-C.) : les fondations de l'environnement médical.

En unifiant les six pays, la dynastie des Qin met fin aux guerres des pays vassaux. Après cette unification une économie nationale se développe à grande échelle, qui permet à la médecine clinique et à la pharmacie d'établir des bases durables. Cette évolution est incarnée par différents événements :

La parution de l'ouvrage *Shang Han Za Bing Lun* (Traité des attaques du froid et de diverses maladies) rédigé par Zhang Zhongjing, marque une étape cruciale dans le développement de la médecine clinique propre à la de la médecine traditionnelle chinoise²⁷². Bien que l'exemplaire original se soit perdu dans l'histoire, on le retrouve plus tard séparé en deux livres : *Shang Han Lun* (Traité des attaques du froid) et *Jin Kui Yao Lue* (Prescriptions Essentielles du Cabinet Doré). Ces deux manuscrits issus de

²⁶⁹ HAN Yanan, XU Tunhai, *Understanding of the Historical Development of Chinese Medicine*, la pharmacie, 2010, Vol.26, n°5, p.25.

²⁷⁰ HUANG Lanying et al., *Preliminary Discussion on Development Status of Folk Chinese Medicine in the Historical and Cultural Evolution*, Guide de médecine chinoise, Mars 2017, Vol.23, n°5, p.2.

²⁷¹ YAN Liang, WANG Shangyong, *La médecine traditionnelle à l'échelle internationale et son statut juridique contemporain*, Asia-Pacific Traditional Medicine, mai 2013, Vol.9, n°5, p.7. YAN Liang, *Overview of Traditional Medicine in the Asia-Pacific Region*, Feature Article, 2005, p.19. ZHU Guo-ben, *Traditional Medicine and Protection of Intangible Cultural Heritage*, Journal of MUC (Natural Sciences Edition), août 2011, Vol.20, n°3, p.48. TIAN Lijuan, *Research on Chinese modern history of pharmacy*, thèse, Shenyang Pharmaceutical University, Dec. 2006, p.11.

²⁷² HAN Yanan, XU Tunhai, *Understanding of the Historical Development of Chinese Medicine*, la pharmacie, 2010, Vol.26, n°5, p.25. FANG Wenxian, *Views on the Development History of TCM Research*, Shanxi JOF TCM, Dec. 2003, Vol.19, n°6, p.42.

Shang Han Za Bing Lun sont devenus des ouvrages de référence de médecine clinique que les praticiens en MTC ne peuvent ignorer. Leur étude sera d'ailleurs obligatoire par la suite et ce pendant des siècles pour prétendre au métier de praticien en médecine. Ces deux livres constituent les premiers ouvrages connus de médecine clinique résumant des expériences. En associant théorie, principes thérapeutiques et prescriptions médicamenteuses dans un seul et même ouvrage, ces derniers ont ouvert une voie nouvelle à la détermination du traitement adéquat en fonction d'un diagnostic différentiel des syndromes, et ont façonné durablement les bases cliniques de la médecine traditionnelle chinoise.

La parution du premier manuscrit chinois de pharmacologie, *Shen Nong Ben Cao Jing* (Traité de Produits Médicinaux de Shen Nong), est remarquable par son ancienneté et par le classement pharmacologique qu'il propose²⁷³. Dans cet ouvrage, les herbes sont répertoriées en trois catégories : une classe supérieure de produits non toxiques dénommée Royale ; une classe moyenne, légèrement toxique, était nommée Ministre ; la classe inférieure, fortement toxique, était nommée celle des Assistant et Guide. Les règles combinatoires des catégories « Royale », « Ministre », « Assistant et Guide » et celles de la collecte, la transformation et la préparation des herbes indiquées dans cet ouvrage ont joué un rôle important notamment pour guider la production ultérieure des médicaments traditionnels chinois.

114. L'époque des Trois Royaumes, des Deux Jin et des dynasties du Sud et du Nord (environ 220 - 589) : une effusion de célébrités dans le domaine médical et pharmaceutique.

À la fin de la dynastie des Han, la Chine entre dans une période de scissions et de guerres qui va durer plus de 370 ans, causant de graves dépressions économiques, des fortes épidémies et une recrudescence importante des maladies. S'en est suivi un foisonnement de praticiens médicaux célèbres et une augmentation sans précédent des œuvres médicales.

Parmi les médecins les plus renommés de cette période Hua Tuo, Wang Shuhe et Ge Hong ont conservé une notoriété qui nous est parvenue²⁷⁴. Hua Tuo par exemple a créé

²⁷³ LIU Jing, *Histoire de la médecine traditionnelle chinoise*, Observations et réflexions, 01 aout 2007, p.20.
²⁷⁴ HAN Yanan, XU Tunhai, *Understanding of the Historical Development of Chinese Medicine*, la pharmacie, 2010, Vol.26, n°5, p.25. HUANG Lanying et al., *Preliminary Discussion on Development Status of Folk Chinese Medicine in the Historical and Cultural Evolution*, Guide de médecine chinoise, Mars 2017, Vol.23, n°5, p.2.

et utilisé une forme de médecine anesthésique connue sous le nom de « ma fei san » pour rendre le patient inconscient et permettre ensuite de pratiquer une opération abdominale. Ce succès montre que le domaine chirurgical et celui de l'anesthésie sont déjà bien prononcés dès le deuxième siècle de notre ère. De même est resté célèbre le pharmacien Ge Hong qui a rédigé le livre *Zhou Hou Bei Ji Fang* dans lequel on trouve de façon inédite la création de prescriptions médicamenteuses prédéfinies.

De plus, les guerres de grande envergure durant cette période ont engendré des besoins colossaux en matière médicale et en médicaments, ce qui a grandement favorisé le développement et la prospérité d'une industrie et des commerces médicaux et pharmaceutiques. Non seulement les guerres mais aussi les épidémies à répétition ont généré des besoins urgents en médicaments pour guérir à temps de certaines maladies. Aussi les prescriptions prédéfinies ont pris encore plus d'importance. Celles-ci se sont alors vendues comme des marchandises à part entière, indépendamment des médicaments traditionnels chinois.

115. L'époque des Sui, des Tang et des Cinq Dynasties (environ 581 - 979), un développement majeur de la médecine clinique.

À l'époque des Sui, des Tang et des Cinq Dynasties, la cour impériale attache une grande importance à la médecine et organise la compilation de plusieurs œuvres importantes de médecine. Par exemple *Zhu Bing Yuan Hou Lun*, traitant de nombreux symptômes de maladies, sera parmi les ouvrages d'importance majeure en matière d'étiologie et de symptomatologie du pays.

Sun Simiao restera une figure emblématique de la médecine pendant la dynastie des Sui et des Tang, adulé dans son domaine, notamment au travers de ses ouvrages principaux *Qian Jin Yao Fang* (Prescriptions Essentielles Valant Mille Pièces d'Or) et *Qian Jin Yi Fang* (Supplément aux Prescriptions Essentielles)²⁷⁵. Le premier ouvrage traite du diagnostic et de la prévention des maladies inhérentes aux femmes et aux enfants, des prescriptions utiles, de diététique, d'acupuncture, de moxibustion,... Le *Qian Jin Yi Fang* est un livre complémentaire au précédent dans lequel l'auteur a notamment ajouté le contenu du *Shang Han Lun* (Traité des attaques du froid) écrit par Zhang Zhongjing

²⁷⁵ FANG Wenxian, *Views on the Development History of TCM Research*, Shanxi JOF TCM, Dec. 2003, Vol.19, n°6, p.42.

de la dynastie des Han. Ces deux livres de Sun Simiao recueillent des formules simples d'ordonnances et de recettes notoirement éprouvées. Leur contenu est très riche, et ils font figure à cette époque d'ouvrages majeurs sur le plan de la prévention et de l'hygiène.

Wai Tai Mi Yao (Arcanes Essentielles de la Bibliothèque Impériale) est également un ouvrage médical de référence de la dynastie des Tang. Il aborde les maladies internes, l'orthopédie, la gynéco-obstétrique, la pédiatrie, la psychiatrie, la dermatologie, l'ophtalmologie, la stomatologie, ... Il traite en détail certaines maladies infectieuses telles que la fièvre typhoïde, la wen bing (maladie de fébrilité due à la chaleur), le paludisme, la faiblesse, ..., et accorde une attention spécifique à l'acupuncture et à la moxibustion.

Durant la dynastie des Tang s'élargissent des régions productrices d'ingrédients employés en pharmacopée. Non seulement les quantités mais aussi les variétés de ces ingrédients augmentent, auxquels s'ajoutent de plus en plus nombreux les ingrédients en provenance d'autres pays. Le domaine de la pharmacopée est devenu très complexe. Afin de s'adapter à cette situation, un empereur de la dynastie des Tang ordonne une révision d'un ouvrage dénommé *Ben Cao Jing Ji Zhu* (Recueil de notes du Classique en Matière Médicale) pour le compléter et le recompiler en *Xin Xiu Ben Cao* (Nouvelle Révision de Matière Médicale), que l'on trouve également sous le titre de *Tang Ben Cao* (Matière Médicale Tang). Il s'agit d'un des plus importants recueils de pharmacopée officiellement compilés et publiés par la puissance impériale de Chine²⁷⁶.

116. L'époque des Song, des Jin et des Yuan (environ 960 - 1368), l'émergence des écoles de médecine et remises en cause des anciennes théories.

À partir de la fin du X^e siècle, la cour impériale de la dynastie des Song du Nord prête une attention spéciale à la médecine. Elle crée, améliore et missionne un institut spécifique qu'elle charge de collectionner, améliorer, réviser et compiler les livres médicaux. Durant cette période de nombreux ouvrages seront révisés et publiés, notamment ceux qui ont été cités précédemment²⁷⁷.

²⁷⁶ HAN Yanan, XU Tunhai, *Understanding of the Historical Development of Chinese Medicine*, la pharmacie, 2010, Vol.26, n°5, p.25.

²⁷⁷ HAN Yanan, XU Tunhai, *Understanding of the Historical Development of Chinese Medicine*, la pharmacie, 2010, Vol.26, n°5, p.25.

La dynastie des Song révisé la pharmacopée officielle de la dynastie des Tang, *Xin Xiu Ben Cao* (Nouvelle Révision de Matière Médicale) et étend son contenu pour parvenir à rédiger un nouvel ouvrage officiel de référence : *Tai Ping Hui Min He Ji Ju Fang*.

Durant cette dynastie, la médecine clinique et la médecine légale progressent à grands pas. Par exemple, *Xiao Er Yao Zheng Zhi Jue* écrit par le médecin pédiatre Qian Yi de la dynastie des Song du Nord résume le savoir acquis par l'expérience pédiatrique d'avant la dynastie des Song et complète celui-ci. *Xi Yuan Lu* rédigé par Song Ci sera un ouvrage de référence en matière de médecine légale.

C'est aussi à cette période que différents courants de pensée en matière médicale prennent naissance, notamment quatre courants antagonistes, qui par un phénomène de concurrence vont porter le savoir théorique et expérimental de la médecine traditionnelle à un niveau qualitatif jamais égalé jusqu'à alors²⁷⁸.

117. L'époque des Ming (environ 1368 - 1644), peu de nouveautés en médecine et en pharmacopée, mais beaucoup d'améliorations.

Le développement de la médecine traditionnelle chinoise dans cette période se caractérise par l'apparition d'un grand nombre d'œuvres intégrées :

Sur la base du *Zheng Lei Ben Cao*, l'hôpital impérial de la dynastie des Ming compile le *Ben Cao Pin Hui Jing Yao* contenant 1815 sortes d'herbes, avec des illustrations en couleur. Cet ouvrage sera une référence caractéristique de la dynastie des Ming en matière médicale.

Le cinquième fils de l'empereur Zhu Yuanzhang de la dynastie des Ming, Zhu Di (1361-1425), se passionnera pour les recherches médicales. Il mandate une dizaine de médecins célèbres pour rédiger un livre de médecine traditionnelle chinoise : *Pu Ji Fang* qui rassemble formules simples et éprouvées d'ordonnances issues de tous les temps et de toutes courants médicaux. Cette action a permis de conserver la majeure partie des ouvrages d'avant la dynastie des Ming. Par ailleurs il fera planter plus de 400 sortes d'herbes qu'il fera dessiner par des spécialistes et reproduire sur un ouvrage dénommé *Jiu Huang Ben Cao*.

Un large travail de collecte et de compilation est réalisé par le médecin Wang Kentang

²⁷⁸ HUANG Lanying et al., *Preliminary Discussion on Development Status of Folk Chinese Medicine in the Historical and Cultural Evolution*, Guide de médecine chinoise, Mars 2017, Vol.23, n°5, p.2.

qui produit le *Zheng Zhi Zhun Sheng*, un ouvrage de 40 volumes. Ce livre traite en détail symptômes et méthodes thérapeutiques. Son traité met l'accent sur l'interaction mutuelle entre le pouls et les syndromes, et sur des prescriptions qui varient en fonction du diagnostic différentiel, en tenant compte de diverses méthodes thérapeutiques. Ce médecin est également à l'origine d'un ouvrage nommé *Gu Jin Yi Tong Zheng Mai Quan Shu* qui compile 44 sortes de documents médicaux de tous temps. Pendant la dynastie des Ming, à mesure que la médecine s'est développée, la demande aussi, phénomène circulaire de progression qui conduira à prêter une attention particulière à la préparation des médicaments traditionnels chinois. Il existait déjà une grande diversité des méthodes de préparation. En résumant systématiquement la classification de ces méthodes, le *Ben Cao Meng Quan* compilé par Chen Jiamo a rendu la science des préparations de plus en plus perfectionnée.

Au XVI^{ème} siècle, le médecin et pharmacien Li Shizhen récupère une grande quantité de formules simples d'ordonnances. Il identifie et contrôle les matières médicales référencés sur plus de 800 livres médicaux ou autres issus de toutes périodes. Il en corrige les erreurs tant du point de vue du nom que de la propriété, du lieu de production et d'autres caractéristiques. Il mène par ailleurs auprès des populations un travail de recherche et de collecte d'herbes médicinales utilisées depuis la dynastie des Song et des Yuan, dans le but de rédiger et d'enrichir le *Ben Cao Gang Mu* (Compendium de la Matière Médicale)²⁷⁹.

118. L'époque des Qing (environ 1636 - 1912), période charnière de progression des connaissances puis de déclin avec l'arrivée de la médecine moderne.

Avec la fin de la dynastie des Qing s'éteindra le dernier empire féodal chinois. Pendant cette dynastie la médecine traditionnelle continue de se développer mais très lentement par rapport à la nouvelle médecine occidentale. Des développements intéressants ciblent particulièrement les maladies les plus courantes, comme par exemple la variole et la rougeole.

La publication des ouvrages pharmaceutiques dans la dynastie des Qing connaît pour sa

²⁷⁹ HAN Yanan, XU Tunhai, *Understanding of the Historical Development of Chinese Medicine*, la pharmacie, 2010, Vol.26, n°5, p.26. FANG Wenxian, *Views on the Development History of TCM Research*, Shanxi JOF TCM, Dec. 2003, Vol.19, n°6, p.24.

part une prospérité sans précédent. Les monographies pharmaceutiques les plus connues seront *Ben Cao Gang Mu Shi Yi* (Supplément au Compendium de la Matière Médicale) écrit par Zhao Xuemin et *Zhi Wu Min Shi Tu Kao* de Wu Qijun.

Avec la croissance de la population le corps médical augmente et permet à la médecine traditionnelle chinoise de la dynastie des Qing un développement de masse. La production et la variété des produits pharmaceutiques en médecine traditionnelle sont largement supérieures à celles de la dynastie des Ming²⁸⁰. Plus de 1600 variétés d'espèces sont couramment vendues sur le marché.

Mais après la guerre d'opium en 1840, les missionnaires américains créent le premier hôpital de médecine conventionnelle à Canton, hôpital d'ophtalmologie qui sert principalement aux marins étrangers et aux commerçants. Par la suite de nombreux hôpitaux d'origine ecclésiastique et de cliniques seront créés. À la fin de la dynastie des Qing, on compte dans la ville d'Harbin une trentaine de pharmacies allemandes, japonaises et russes. Avant la révolution de 1911, Shanghai compte 28 pharmacies de type occidental dirigées par des businessmen chinois, 27 à Canton, 20 à Wuhan et une à Kaifeng : l'industrie de la médecine conventionnelle gérée par des Chinois est en marche, elle manifeste sa vitalité et sa vigueur. À la fin de la dynastie des Qing, la médecine chinoise n'est plus accaparée par la médecine traditionnelle et se tourne résolument vers la médecine conventionnelle, contemporaine, fondée sur la science et la technologie²⁸¹.

D) Quatrième phase : de la République de Chine (1912) à aujourd'hui

119. La marginalisation de la médecine traditionnelle chinoise.

La révolution chinoise de 1911 conduite par Sun Yat-sen renverse la dynastie des Qing. Elle met fin aux gouvernements féodaux chinois de plus de 2000 ans et instaure la

²⁸⁰ HAN Yanan, XU Tunhai, *Understanding of the Historical Development of Chinese Medicine*, la pharmacie, 2010, Vol.26, n°5, p.26. FANG Wenxian, *Views on the Development History of TCM Research*, Shanxi JOF TCM, Dec. 2003, Vol.19, n°6, p.24.

²⁸¹ HUANG Lanying et al., *Preliminary Discussion on Development Status of Folk Chinese Medicine in the Historical and Cultural Evolution*, Guide de médecine chinoise, Mars 2017, Vol.23, n°5, p.2.

République de Chine. Dès lors, les sciences et les technologies occidentales entrent dans la vie quotidienne des Chinois. Elles apportent un confort qui peu à peu fait évoluer les pensées et les valeurs anciennes. Avec ces changements la médecine traditionnelle se retrouve progressivement marginalisée voire confrontée à un danger de disparition.

À l'inverse, l'industrie de la médecine conventionnelle se développe très rapidement. Les effets des médicaments occidentaux sont connus et acceptés par de plus en plus de Chinois, les partisans de la médecine conventionnelle sont de plus en plus nombreux. En parallèle on construit des usines pharmaceutiques à grande échelle qui stimulent le développement rapide de cette industrie médicale. Sur le plan politique, le gouvernement de Beiyang décrète en 1912 avec les *Nouveaux Décrets d'Éducation de la République de Chine* un programme exclusivement tourné vers la médecine conventionnelle, aux dépens de l'apprentissage de la médecine traditionnelle chinoise supprimé du programme, ce qui soulève malgré tout une réaction très vive dans le monde de celle-ci. Ce n'est que sous la contrainte de cette puissante opposition des collègues pro-médecine traditionnelle à l'échelle nationale que le gouvernement de Beiyang fait marche arrière et réintègre l'apprentissage de la MTC dans les programmes d'éducation médicale²⁸².

En février 1929, le Kuomintang qui remplace désormais le gouvernement de Beiyang, tient sa première réunion du Comité Central de l'Hygiène, et vote un projet de loi visant à abroger la médecine ancienne (médecine traditionnelle) afin de supprimer tout obstacle aux progrès de l'hygiène médicale. Ce comité préconise également de fermer officiellement les établissements qui enseignent la médecine ancienne. Ce projet de loi visant l'abolition de la médecine traditionnelle chinoise va profondément bouleverser l'univers de la MTC. Même si pour cette fois encore, face à la résistance au plan national, l'Institut Exécutif ordonne au Ministère de la Santé d'annuler ce projet de loi, sauvant ainsi une MTC déjà fragilisée, les retombées collatérales provoquent un déclin vertigineux de son statut à l'intérieur du pays, d'autant que ce Comité n'aura de cesse de faire obstacle à la MTC par d'autres voies détournées²⁸³.

²⁸² TIAN Lijuan, *Research on Chinese modern history of pharmacy*, thèse, Shenyang Pharmaceutical University, Dec. 2006, p.19.

²⁸³ HUANG Lanying et al., *Preliminary Discussion on Development Status of Folk Chinese Medicine in the Historical and Cultural Evolution*, Guide de médecine chinoise, Mars 2017, Vol.23, n°5, p.3. QIN Fang, *Un résumé de l'histoire et du développement de la médecine chinoise*, Chinese journal of ethnomedicine and ethnopharmacy, 2012, p.18.

Si la MTC traverse une crise existentielle en Chine, elle subit par et à l'étranger des attaques encore plus redoutables : ses savoirs sont massivement piratés et ses ressources naturelles pillées. Dopées par le succès des médicaments dits « naturels », de nombreuses recherches basées sur la médecine traditionnelle chinoise se développent rapidement. Il y aurait à ce jour plus de 700 entreprises de par le monde et une quarantaine de groupes d'étude qui exercent une activité visant à exploiter de nouveaux médicaments d'origine végétale, en particulier issus des herbes médicinales. En conséquence le nombre de brevets déposés à l'international sur des médicaments d'origine traditionnelle et sur des plantes explose²⁸⁴. Les entreprises étrangères à l'origine de ces agissements utilisent ces recettes chinoises qu'elles revendent sous forme de médicament non seulement dans le monde entier, mais aussi en Chine.

Au plan international, la Chine ne représente que 3 à 4% du marché international des médicaments à base d'herbes médicinales, détenu à 80% par le Japon. Et pourtant la Chine est le premier fournisseur mondial en herbes médicinales – la matière première du médicament - et notamment pour le Japon²⁸⁵. Depuis 1980, le Japon a exploité plus de 200 recettes issues des ouvrages traditionnels de médecine chinoise pour créer des nouveaux médicaments. En 1994, son chiffre d'affaires dans ce domaine atteint 15 milliards de yens (environ 130 millions d'euros), grâce notamment à ses pilules Jiu Xin, copies controversées des pilules Liu Shen chinoises, dont le chiffre d'affaire a dépassé les 100 millions de dollars (environ 90 millions d'euros). Autres exemples : la gelée royale de ginseng produite en Chine dans la province de Jilin à partir de recettes provenant de la MTC chinoise a été brevetée aux États-Unis, et c'est un Coréen du Sud qui a déposé en Chine le brevet des pilules Niu Huang Qing Xin pourtant issues du savoir de la MTC chinoise.

120. L'histoire de la Chine nous apprend comment a pu se développer la biopiraterie, qui portent notamment préjudice aux ressources génétiques de cet empire comme à celles d'autres pays en voie de développement. Néanmoins d'autres facteurs menacent désormais la médecine traditionnelle dans le pays du milieu, elles sont

²⁸⁴ CAI Zhongde, JIANG Tingyan, *les études sur la protection du brevet d'invention dans le domaine de la médecine traditionnelle chinoise*, Pharmacie Chinoise, n° 1, 1999, p. 1.

²⁸⁵ HONG Jing, *La protection de la propriété intellectuelle de la médecine traditionnelle chinoise*, Editions de la médecine traditionnelle chinoise, 2003, p. 15.

d'ordre structurel et proviennent pour l'essentiel de sa confrontation à la médecine dite conventionnelle.

§ 2 : Analyse des facteurs qui menacent la MTC

121. Avec le développement de l'économie sociale et l'élévation du niveau de vie, les exigences en matière d'hygiène et de santé sont en Chine en progression constante, et lancent un défi conséquent au développement de la MTC. La menace principale que doit affronter la MTC est causée d'une part de par son propre environnement : une culture traditionnelle qui a tendance à disparaître, une incursion massive de la médecine moderne, un système éducatif défavorable, une perte de compétences par défaut de transmission du savoir, une occidentalisation des recherches scientifiques médicales, et d'autre part de par un environnement extérieur agressif conforté par un défaut de protection juridique nationale et internationale adéquates. Il est donc intéressant d'examiner plus en détail cette multitude de causes qui confrontent la MTC à de grands dangers et portent atteinte à son développement.

A) Une disparition de la culture traditionnelle

122. **La tradition conspuée.** À partir de 1840, avec la guerre de l'opium, la Chine subit l'invasion et l'expansion des puissances étrangères sur son territoire. Son univers culturel éprouve de grands bouleversements dans le domaine de la pensée, de la culture, de la science et la technologie. Comment sauver la Chine, à partir de ses propres racines culturelles ? Face au choc de la culture occidentale, est-il préférable de l'intégrer ou d'y résister ? Ces questions interpellent nombre d'intellectuels chinois renommés.

Le Mouvement du 4 mai en 1919 joue alors un rôle important dans le processus de Révolution Démocratique de la Chine. Ce dernier prêche l'abandon par le pays de ses codes éthiques féodaux et de sa culture féodale. Dans le même temps, beaucoup d'intellectuels qui reçoivent une éducation scientifique et culturelle occidentales

adoptent une position sceptique, critique, voire négative envers la culture traditionnelle chinoise. Celle-ci décline peu à peu, victime dans une certaine mesure des influences défavorables d'un nihilisme national²⁸⁶.

Ainsi après le Mouvement du 4 Mai en 1919, de nombreux érudits proposent de supprimer les caractères chinois en faveur de l'écriture latine et d'abolir la MTC en faveur de la médecine conventionnelle. De tels projets échouent mais laissent parfois des séquelles. Cette nouvelle philosophie renie l'étude de la civilisation chinoise ancienne. Elle adopte des pensées tournées vers des concepts de démocratie, de droit, de connaissances scientifiques et technologiques de l'Occident plus contemporaines et « modernes ». Ces dernières décennies particulièrement ont vu s'accroître dans un contexte de mondialisation économique, de communication planétaire et d'uniformisation culturelle une suprématie économique, politique, et culturelle de l'Occident au détriment de la culture chinoise nationale et traditionnelle. Dès lors que la formation donnée aux Chinois se reporte principalement sur les connaissances de la science technologique occidentale, il devient de plus en plus difficile pour eux de conserver et disposer du contexte culturel propre à comprendre la MTC, et c'est naturellement qu'ils se tournent naturellement vers la médecine conventionnelle. On dit de la MTC qu'elle est capable de guérir, mais devant la difficulté nouvelle de bien la comprendre et d'appliquer ses doctrines, des doutes sérieux surgissent quant à sa véracité scientifique. Et quand bien même on reste en capacité de l'appliquer, il devient malaisé de la justifier et de l'expliquer à une population non érudite, d'autant qu'il reste souvent difficile de la légitimer clairement dans un langage scientifique moderne actualisé²⁸⁷.

B) Le choc de la médecine conventionnelle

123. Les progrès de la médecine moderne. Dans les années 1980, la médecine conventionnelle basée sur de la science technologique contemporaine est moderne, et

²⁸⁶ TIAN Lijuan, *Research on Chinese modern history of pharmacy*, thèse, Shenyang Pharmaceutical University, Dec. 2006, p.17.

²⁸⁷ XIAO He, *Pourquoi la MTC est en face du danger*, Revue de médecine et de santé, 2006, (24), p.6-7.

bien assise. Car avec deux siècles de développement des disciplines fondamentales telles que l'anatomie, la biologie, la physique, la chimie, de l'apport de techniques et d'instruments nouveaux, comme le stéthoscope, le sphygmomanomètre, l'injection hypodermique, les anesthésiques,..., la médecine conventionnelle a fait des progrès remarquables. Introduite progressivement au début du 19^e siècle en Chine, la médecine moderne occidentale est déjà enseignée et pratiquée dans bon nombre de grandes écoles de médecine et d'hôpitaux du pays dès la seconde moitié du 19^e siècle. Au début du 20^e siècle, l'anatomie, la physiologie, la pathologie, la bactériologie et le diagnostic clinique, matières typiquement occidentales, sont intégrées dans le nouveau système éducatif médical. Sur ces dernières décennies, les perspectives favorables de cette médecine moderne se sont élargies avec le développement rapide de disciplines d'avant-garde telles que la biologie moléculaire, la biologie du développement, l'ingénierie tissulaire et la cytologie pratique. Parallèlement avec le développement rapide du système éducatif chinois, des théories médicales, des effectifs médicaux, des méthodes de diagnostics et thérapeutiques nouvelles au détriment des méthodes traditionnelles, l'idée d'une suprématie de la médecine moderne sur la MTC s'est peu à peu imposée et généralisée, portant naturellement et durement atteinte à celle-ci²⁸⁸.

124. Le déclin de la médecine traditionnelle chinoise. À présent, beaucoup d'hôpitaux ou services des hôpitaux qui pratiquent la MTC sont en situation de déclin, ce qui se manifeste par une réduction inéluctable des contributions à leur financement annuel, de leurs champs opérationnels, de leurs qualités fonctionnelles et pratiquées. Les méthodes thérapeutiques de la MTC se veulent agir dans la simplicité, la commodité, l'efficacité et la modération²⁸⁹ ; modération dans le coût de la prestation, et c'est justement cette qualité qui aujourd'hui pourrait bien devenir son talon d'Achille. Des prestations rémunérées trop avantageusement pour le patient créent des difficultés de gestion aux petits et moyens hôpitaux qui les pratiquent. Pour subsister la plupart d'entre eux doivent également s'appuyer sur des techniques plus lucratives et se détournent progressivement de la MTC pour adopter les méthodes et les médicaments modernes. Avec une faible rémunération les médecins de talent en MTC font défaut, le

²⁸⁸ WANG Zhihong, XIANG Xinwei, *Thought on the Protection, Inheritance and Development of the Traditional Medicine of Minorities*, Journal of Yunnan University of Traditional Chinese Medicine, avril 2012, Vol.35, n°2, p.2.

²⁸⁹ La simplicité, la commodité, l'efficacité et le modéré signifient un diagnostic simple, un traitement et une prescription commodes, un traitement efficace et un prix de traitement modéré.

prix des soins est tiré vers le haut pour un niveau de traitement qui stagne. En découlent également des financements publics à la baisse, des études scientifiques publiques dans qui se développent lentement, situation aggravée par des effets cliniques de la MTC de plus en plus équivoques. Un exemple de cette évolution en Chine : alors pendant les années 60-80 du siècle dernier, 80% des fractures sont soignées par la technique du reboutement propre à la MTC, elles le sont aujourd'hui à plus de 80% par une opération chirurgicale. Aujourd'hui le reboutement de la MTC n'est désormais plus utilisé que dans les zones rurales, ou dans quelques rares établissements médicaux de taille modeste ou privés. Il est même très rarement utilisé dans les services de traumatologie des hôpitaux de la MTC²⁹⁰. Le reboutement n'est effectivement que peu lucratif et nécessite un savoir-faire devenu rare.

C) Les erreurs du système éducatif

125. De nombreux débats existent autour des méthodes éducatives pertinentes à la MTC. Il est souvent avancé que le modèle d'un enseignement directement emprunté à celui de la médecine moderne (conventionnelle) est en soi incompatible avec la MTC. Le pays se priverait ainsi de nombreux praticiens utiles, compétents, et correctement formés²⁹¹.

126. L'enseignement de la MTC hors de son contexte. Les méthodes actuelles d'enseignement de la MTC ont le défaut d'être en dehors du contexte culturel traditionnel chinois. Quand les apprenants achèvent leurs études au lycée pour intégrer en études supérieures des écoles en MTC, ils n'ont le plus souvent aucune base personnelle dans ce domaine. Ils n'ont généralement pas baignés dans l'univers philosophique traditionnel chinois, ni été confrontés aux modes de raisonnements adéquats et sont totalement perdus devant la multiplicité des ouvrages classiques de la

²⁹⁰ LIU Yanling, *La traumatologie de la MTC est en danger*, Journal de Santé, le 16 mai 2007.

²⁹¹ ZHENG Lanying, ZHOU Xiaoling, *Sans s'écarter de son naturel et se consacrer à l'innovation - la position moderne et la révolution de l'éducation supérieure de la MTC*, Journal de l'Université de la MTC de Nankin (version sociale et scientifique), 2001, Vo. 12, p.110-112.

MTC qui sont écrits dans des langues anciennes. Les apprenants se retrouvent la plupart du temps brutalement dans une ignorance totale et une complexité extrêmement déroutante. En effet la structure intellectuelle et le mode de raisonnements attachés au système moderne de la science naturelle qu'ils abordent à l'école secondaire ne peuvent se concilier correctement avec les concepts spécifiques de la MTC. Et les notions élémentaires de chinois ancien étudiées à l'école secondaire sont insuffisantes pour permettre la lecture des classiques de la MTC. C'est pourquoi même après 3 à 5 ans d'études spécialisées dans ces écoles de MTC, il est rare de trouver un praticien en médecine traditionnelle chinoise efficacement compétent.

127. Des manuels pédagogiques édulcorés. Sur le contenu même de l'enseignement de la MTC de nombreuses réserves sont omniprésentes. Les manuels anciens ont été recompilés, la médecine divisée par branches, spécialisée, l'importance des quatre manuels classiques de référence minorée. En effet l'histoire nous apprend que l'enseignement de la MTC, que ce soit celle de l'apprenti dans son initiation personnelle ou celle diffusée à l'école publique, s'appuie toujours sur les quatre manuels classiques comme étant les manuels les plus fondamentaux et les plus importants²⁹². De nos jours, malgré cette référence, les écoles supérieures en MTC utilisent souvent des manuels adaptés. Ainsi le *Huang Di Nei Jing* (Classique Interne de l'Empereur Jaune) est adapté en un manuel qui se nomme *Théorie de Base de la MTC*, le *Shang Han Lun* (Traité des Attaques du Froid), le *Jin Kui Yao Lue* (Prescriptions Essentielles du Cabinet Doré) et le *Wen Bing Tiao Bian* sont recompilés en un ouvrage qui s'appelle *Les Fondements Cliniques de la MTC*. Certains cours sont spécialisés à outrance, par exemple l'étude de l'acupuncture est divisée en étude des méridiens, des points d'acupuncture, de la moxibustion, de la thérapeutique adaptée, du recueil des œuvres d'acupuncture choisies,... Dans certaines écoles, même l'étude du manuel *Théorie de Base de la MTC* est morcelée : le Yin Yang et les Cinq éléments, l'étude des viscères, la pathologie, la prévention et les soins médicaux,... Or la MTC tire sa puissance dans l'étude globale et interactive des nombreux paramètres d'une situation.

128. La perte de la relation maître-élève. Au plan pédagogique les critiques fulminent : les élèves sont regroupés en classes bondées et suivent des cours centralisés,

²⁹² CHE Li, CHANG Cunku, *Convention et norme fixées par la culture traditionnelle envers l'éducation de la MTC - rapport général de l'étude des pensées éducatives de la MTC*, Education de la MTC, 1995, 14 (2), p.14-15.

loin de l'efficacité et de la pertinence de l'enseignement traditionnel basé sur la succession d'un maître à son disciple. Le Professeur n'est présent qu'au moment du cours, et quitte ses élèves une fois celui-ci terminé. Il n'entretient pas de relation étroite avec les apprenants que l'on trouvait dans les méthodes anciennes d'éducation individualisées. Dans ces processus d'enseignement, la théorie est séparée de la pratique clinique ; les élèves ne sont pas encore en contact avec les aspects cliniques lors des cours de théories fondamentales, et ne sont plus en retour sur ces derniers après leur le stage clinique. Ce hiatus organisationnel ne permet pas une bonne interface pourtant indispensable entre ces deux parties.

129. Un nivellement par le bas. Sur le plan des exigences qualitatives de l'enseignement de la MTC, certains déplorent un nivellement vers le bas. Il est à présent rare d'exiger des élèves la récitation de mémoire d'une grande quantité des textes anciens écrits en rimes justement pour mieux être mémorisés à propos des propriétés des médicaments ou des recettes ou d'extraits du texte original des classiques. Au contraire on a distingué dans le contenu des manuels les points « importants » ou non, les examens n'exigeant généralement que la simple maîtrise des points importants. Par exemple, la spécialité en MTC n'exige de pouvoir réciter qu'environ 200 cantilènes de prescriptions « importantes » et la spécialité acupuncture n'exige de ne connaître la position que d'une centaine de points importants. Et même si le contrôle des connaissances est sanctionné par des examens, les exigences de ceux-ci sont trop limitées pour sélectionner des praticiens véritablement qualifiés et compétents en MTC²⁹³.

D) Des difficultés pour succéder aux praticiens compétents

130. La transmission du savoir à l'ancienne se raréfie. La transmission de la MTC et son développement sont intimement dépendants de praticiens compétents. Mais

²⁹³ WANG Tianqi, *Problèmes du développement de la médecine chinoise*, World Latest Medicine Information (Electronic Version) , 2015, Vol.15, n°77, p.97.

la négligence à long terme de la transmission de la culture traditionnelle inhérente à la MTC et l'affaiblissement de sa position clinique ont pour conséquences une raréfaction de praticiens qui la maîtrisent réellement. L'instauration de titres et de qualifications dans ce domaine à l'opposé de son objectif est venue perturber une motivation nécessaire et interfère à son développement. Conséquence : les praticiens en MTC formés par les méthodes anciennes sont rares et généralement très âgés. Peu de praticiens actuels, désormais formés à la mode de la médecine conventionnelle ont acquis une renommée nationale. Et ces déficiences actuelles soulèvent de graves questions²⁹⁴.

131. Les méthodes ancestrales moins lucratives. Le cycle d'apprentissage ancestral des praticiens de la en MTC est long, il nécessite des études approfondies et des travaux pratiques pénibles sur plusieurs décennies pour disposer d'une certaine expérience clinique et atteindre une compétence technique adéquate. En comparaison d'efforts similaires voués à une médecine de type moderne, le rendement financier des méthodes thérapeutiques de la MTC sont très inférieures. Le revenu des praticiens est tel qu'il leur est difficile d'espérer une vie un tant soit peu aisée. Les avantages de l'apprentissage et de la rémunération de la médecine moderne sur la MTC lui sont donc particulièrement préjudiciables.

Ainsi le nombre d'établissements de soins en MTC est en baisse, contrairement à ceux appliquant la médecine moderne, et la demande du marché professionnel en diplômés de spécialité de la MTC est faible, bien inférieure à l'offre actuelle. Conséquence, de nombreux élèves formés à la MTC sont tentés de s'orienter vers médecine conventionnelle pour postuler aux concours d'aspirants-chercheurs ou de doctorants, une situation qui contribue à un défaut de personnel motivé susceptible de produire des études scientifiques de qualité en MTC. On recensait 276 000 médecins chinois en 1949 et 270 000 en 2004, une quasi-stagnation pendant 55 ans alors que pendant cette même période le nombre de médecins en pratique moderne a été multiplié par 17, passant de 87 000 à plus de 1 570 000. Actuellement, le corps médical chinois emploie plus de 5,2

²⁹⁴ WANG Zhihong, XIANG Xinwei, *Thought on the Protection, Inheritance and Development of the Traditional Medicine of Minorities*, Journal of Yunnan University of Traditional Chinese Medicine, avril 2012, Vol.35, n°2, p.2-3.

millions de personnes, dont environ 0,5 million pour la MTC, soit une proportion inférieure à 10%²⁹⁵.

E) Une modernisation à l'occidentale des recherches scientifiques

132. La recherche en MTC s'occidentalise. Depuis la fondation de la République populaire de Chine, les personnes investies dans la MTC ont entrepris de nombreuses recherches scientifiques, qui tantôt sont centrées sur les théories fondamentales, tantôt sur les documents historiques en médecine, la thérapeutique clinique, la préparation des médicaments traditionnels, les principes d'acupuncture,... avec une production opulente. Cependant, la plupart de ces études scientifiques sont en marge du système applicatif de la MTC qui permet de l'appréhender. C'est un peu comme vouloir parler une langue en utilisant son vocabulaire mais avec la grammaire et l'accent d'une autre²⁹⁶.

À titre d'exemple les médicaments traditionnels chinois, contrairement aux médicaments occidentaux qui sont disséqués, criblés en laboratoire, émanent d'un bilan et de la sublimation d'expériences cliniques acquises par les médecins traditionnels chinois sur plusieurs siècles. Pourtant la majorité des centres de recherche sur le médicament traditionnel chinois sont organisés sur le modèle de ceux du médicament moderne et se concentrent sur des activités de criblage, de séparation, de prélèvement et de purification des composants efficaces de médicaments traditionnels chinois. Cette méthode va pourtant à l'encontre des théories et des règles de la MTC. Les études portées par les recherches en MTC ne sont quasiment pas étudiées conformément à la philosophie propre de la MTC. Elles s'en écartent et adoptent le modèle de « l'étude génomique » ou de « l'étude protéinique » pour correspondre aux attentes des superviseurs du projet, et pour éviter que le financement de cette recherche ne leur

²⁹⁵ ZU Dingyuan, *La croissance zéro des travailleurs en MTC en Chine pendant 55 ans de la fondation du pays nous rend triste*, Weekend du Sud, le 14 avril 2005.

²⁹⁶ WANG Tianqi, *Problèmes du développement de la médecine chinoise*, World Latest Medicine Information (Electronic Version), 2015, Vol.15, n°77, p.96.

échappe²⁹⁷. Ces dernières années, plus de 95% des sujets de recherches fondamentales en MTC subventionnés par la Fondation Nationale des Sciences Naturelles de Chine ciblent des expériences dont le contenu concerne principalement un méthode pharmacologique pour traiter telle maladie par telle prescription, ou de méthodes de prélèvement des composants efficaces de tel médicament traditionnel chinois²⁹⁸. Logique antinomique de la philosophie de la MTC : l'expérimentation animale est aujourd'hui la plus utilisée des méthodes d'expérimentation en MTC. Dès lors que les recherches scientifiques en MTC se concentrent sur une expérimentation qui vise à vérifier, évaluer l'exactitude et la légitimité de ses théories et de ses expériences par des méthodes de recherche importées de la science médicale moderne, en négligeant celles conformes aux règles qui ont porté le développement de la MTC, aboutissant à une « occidentalisation » générale de cette recherche, elles y portent préjudice et en défavorisent le développement et la transmission de son héritage.

F) Un défaut de protection des savoir-faire de la MTC

133. La possibilité nouvelle de privatiser le savoir ancestral. Quand bien même l'histoire de la MTC remonte à la protohistoire, les lois qui en régissent et protègent le savoir-faire sont encore aujourd'hui en cours de construction. Dans son histoire, la Chine juridique ne considère pas le savoir-faire comme un droit privé, bien au contraire elle prétend depuis toujours que la connaissance est par tradition un bien public : une fois la connaissance découverte, il doit être permis tant à son auteur qu'aux autres personnes d'en disposer et de l'appliquer, l'auteur y gagne le respect de la société, et il est d'usage qu'il en soit satisfait. De plus, dans la philosophie de la MTC, un médecin est d'autant plus honorable qu'il diffuse son savoir le plus généreusement possible. Le médecin doit être avant tout un symbole de bienveillance et d'humanité. Cependant, le concept de privatisation des connaissances apporté par l'occident a poussé les bénéficiaires chinois potentiels à se l'octroyer massivement et à s'en faire

²⁹⁷ JIA Qian, *Les stratégies des médecins traditionnels chinois*, Beijing, Edition des anciens ouvrages de la MTC, 2007, p.104.

²⁹⁸ JIA Qian, *Les stratégies des médecins traditionnels chinois*, Beijing, Edition des anciens ouvrages de la MTC, 2007, p.135.

garantir la propriété par l’outil juridique. Dans notre société contemporaine, du bien corporel à l’espace informatique incorporel, les informations issues des connaissances sont devenues l’enjeu de compétitions et de convoitises majeures de l’économie de marché qui les transforment en richesse²⁹⁹. Ainsi ces dernières années, celles issues des savoir-faire traditionnels en médecine ont été massivement divulguées, jouant un rôle important dans la recherche et le développement des médicaments modernes, et sont âprement convoitées par les pays développés. D’autant que les différents systèmes en vigueur nationaux et internationaux du droit de la propriété intellectuelle promus et pratiqués par ces pays dits développés ont tendance justement à légaliser des comportements d’accapuration induite et d’exploitation destructrice³⁰⁰.

134. Ce bilan assez sombre de l’état actuel de la MTC est pourtant en contradiction avec l’appétence internationale à son égard. De par le monde un intérêt croissant se développe autour des savoir-faire traditionnels en médecine, pour des enjeux économiques et écologiques majeurs. Ce sera l’objet de cette section 2 d’en relever les caractéristiques générales et d’en donner des exemples.

²⁹⁹ ZHENG Chengsi (éds.), *Une série des propriétés intellectuelles*, Tome 10, Éditions Fang Zheng en Chine, 2004, p.1-24.

³⁰⁰ ZENG Xuan, LIU Zuoling, *On Intellectual Property Protection Of Traditional Medicine*, Journal of Law, 2011, n°10, p.54. HUANG Yuye, *Stratégie de protection de la médecine traditionnelle chinoise*, Protection des ressources culturelles traditionnelles, 2005(3), p.98. SACURA, *Recherche sur le système juridique de protection de la propriété intellectuelle pour la médecine traditionnelle chinoise*, Forum chinois de la science et de la technologie, Mars 2015, n°3, p.136.

SECTION 2 : ENJEUX ET CONVOITISES AUTOUR DU SFTM

135. Le savoir-faire traditionnel fait partie des cultures du monde, cultures qui doivent être préservées pour sauvegarder le patrimoine de la diversité et la liberté du savoir ancestral humain. La question de la protection des médicaments traditionnels est posée au fur et à mesure de leur commercialisation entreprise par des sociétés accaparatrices sans scrupules et notamment dans les pays occidentaux. Mais le fait que les pays occidentaux profitent des médicaments traditionnels pour développer de nouveaux médicaments n'est pas un concept nouveau³⁰¹, aussi pourquoi ce problème est-il devenu autant critique ? Deux raisons à cela : un intérêt commercial à progression constante sur les opportunités offertes par les médicaments traditionnels, avec en corollaire le développement du phénomène de la biopiraterie.

§ 1 : Un intérêt croissant pour les médicaments traditionnels

A) Des facteurs favorables au développement des SFT

136. **Un intérêt mondial pour le médicament traditionnel.** Le savoir-faire traditionnel en médecine est non seulement important pour les peuples autochtones et les communautés locales, mais il présente un intérêt commercial de plus en plus important pour quelques entreprises de pays développés, et attire des convoitises intéressées, accaparatrices et parfois destructrices sur les équilibres locaux et

³⁰¹ Par exemple, l'aspirine, la digitaline, la scopolamine sont issues de médicaments traditionnels européens, et la quinine est découverte sur la base des connaissances médicales des Amérindiens. Voir YANO Lester I., *Protection of the Ethnobiological Knowledge of Indigenous Peoples*, UCLA Law Review, December 1993, p.449.

biologiques. L'Organisation mondiale de la santé (OMS) estime que 80% de la population se fie à ce type de médecine dans certains pays asiatiques et africains³⁰². Par exemple, en Malaisie, la consommation par personne des médicaments traditionnels est deux fois plus importante que celle des médicaments modernes, alors qu'en Corée du Sud, celle-ci ne dépasse plus que d'un tiers celle des médicaments modernes³⁰³. En Inde, en Tanzanie et en Ouganda, 60 à 70% de la population se trouvant dans les régions rurales se soigne encore sur avec des médicaments traditionnels. En Chine, les médicaments traditionnels représentent 40% de la totalité des soins de santé³⁰⁴. Cependant, pour les habitants des régions pauvres et éloignées, les médicaments traditionnels y sont les seuls soins de santé abordables.

Avec le développement des médicaments dits « naturels » dont l'aspect commercial est en progression constante, les médicaments traditionnels présentent désormais un rôle intéressant pour les pays développés. Selon les statistiques, le marché du médicament végétal a déjà atteint 43 milliards de dollars, son taux de croissance annuelle est de 5% à 15%. En 1999, son marché européen s'est élevé à 11,9 milliards de dollars (dont l'Allemagne 38%, la France 21%, la Grande Bretagne 12%)³⁰⁵. Dans la plupart des pays développés, 70 à 80% de la population a déjà eu recours à des formes de médecine alternative ou complémentaire comme l'acupuncture³⁰⁶.

Trois raisons expliquent l'intérêt croissant pour les médicaments traditionnels : une évolution favorable dans la conception du soin pertinent, les limites de la médecine moderne, et une efficacité en baisse du développement des nouveaux médicaments issus de l'industrie chimique.

137. Une évolution favorable dans la conception du soin pertinent.

Depuis les années 1970, avec le développement de l'industrialisation et de la modernité, le rythme de vie des individus est de plus en plus rapide, la séparation forcée entre l'homme et la nature, et la dégradation de son environnement naturel engendrent une

³⁰² BANNERMAN R.H.; BURTON J.; CH'EN W.C, *Traditional medicine and health care coverage: a reader for health administrators and practitioners*, World Health Organization, 1983, p. 9-13.

³⁰³ Balasubramanian K, *Herbal Remedies: Consumer Protection Concerns*, Consumers International, Penang, 1997.

³⁰⁴ Xiong Changbiao, *Les trois défis en face du médicament traditionnel*, La science technologique mondiale - la modernisation du médicament traditionnel chinois, Vol.3, 2000, p.8.

³⁰⁵ WHO, *Strategy for Traditional Medicine 2000-2003*, Geneva.

³⁰⁶ Voir l'Aide-mémoire n°134 de l'OMS intitulé 'Médecine traditionnelle' (décembre 2008)

série de maladies modernes. La crainte de disparaître par cancer ou maladie cardiaque y est fondée. L'homme reprend conscience de l'importance de la nature, et certains patients préfèrent adopter un comportement visant à renforcer leur immunité et tendre à un «retour à la nature». Le modèle médical simplement basé sur un traitement biologique, se transforme progressivement en une combinaison de prévention, de veille et de priorité donnée à sa santé, et du traitement modéré préféré à l'intensif. Dans ce contexte les médicaments traditionnels ont trouvé des créneaux commerciaux porteurs dans le domaine de la prévention des maladies, du prolongement de la durée de vie, du traitement des maladies chroniques, incurables et gériatriques. Ils attisent ainsi fortement la convoitise des entreprises du médicament dans les pays développés occidentaux.

138. Les limites de la médecine moderne.

Il est indubitable que la médecine moderne a remporté de nombreux succès depuis deux siècles et qu'elle occupe présentement une place primordiale dans l'univers médical de la planète, mais elle a conservé cependant quelques lacunes. Elle est restée inefficace dans le traitement de certaines maladies incurables ou compliquées, son modèle médical est resté rigide. Mais on lui reproche également une relation du médecin au patient teintée d'indifférence, un coût onéreux des traitements, des abus dans l'utilisation de la pratique chirurgicale, des effets secondaires et toxiques. Toutes ces déceptions et contrariétés maintiennent ou orientent les Hommes vers les médicaments traditionnels et parfois vers des méthodes thérapeutiques plus naturelles.

139. Une efficacité en baisse du développement des nouveaux médicaments issus de l'industrie chimique.

Le taux de réussite dans le développement d'un nouveau médicament issu de la composition chimique est passé de 1/900 à 1/10 000, le coût d'investissement entre 30 et 45 millions d'euros et une période de développement d'environ 10 ans. À l'inverse, le développement de nouveaux médicaments issus de la pharmacopée traditionnelle souffre beaucoup moins de ces problèmes. Pour cette raison, de plus en plus de services de recherche se lancent dans la production de nouveaux médicaments à partir de médicaments d'origine naturelle et s'intéressent attentivement au développement de médicaments traditionnels.

Depuis les années 1970, les médicaments naturels centrés sur une origine végétale sont de plus en plus plébiscités par les pays développés, c'est d'ailleurs un argument

commercial largement utilisé pour leur vente. L'intérêt porté aux médicaments traditionnels par la médecine internationale est grandissant. Aujourd'hui, l'Organisation mondiale de la santé dispose de 20 centres de collaboration spécialisés sur la médecine traditionnelle³⁰⁷ et un panel permanent de 22 experts en médecine traditionnelle³⁰⁸. À contrario du scénario déclinant qu'elle connaît la Chine, la médecine traditionnelle trouve à l'international un écho prometteur et s'apprête à retrouver une place honorable aux côtés de la médecine moderne. Les besoins en médicaments « naturels » se renforcent et ceux-ci connaissent un développement et des applications commerciales à hauteur à hauteur d'un point de croissance économique.

140. Dès lors que des intérêts financiers majeurs apparaissent autour de la manne créée par la médecine traditionnelle, toute considération morale ou écologique qui lui est attachée est susceptible d'être mise à mal. Ce qui peut s'avérer préoccupant est alors l'ampleur des préjudices que subissent les peuples autochtones et les pays concernés. Le phénomène de biopiraterie s'impose désormais comme une menace tant envers les savoirs traditionnels qu'aux ressources qui leurs sont associées.

B) L'émergence du phénomène de la biopiraterie

141. Depuis les années 1980, et dès lors que la Cour Suprême Américaine autorise le brevet sur la matière végétale³⁰⁹, le phénomène de la piraterie biologique (biopiraterie) est venu soulever l'inquiétude des pays en voie de développement comme l'Inde. Le terme de « *biopiracy* » est proposé en 1994 par l'assistant du Directeur-Général du FAO Obaidullah Khana. Toutefois ce terme ne dispose toujours pas à ce jour d'une définition universellement acceptée³¹⁰. On dispose toutefois d'une définition

³⁰⁷ « Stratégie de l'OMS pour la médecine traditionnelle pour 2002-2005 », Annexe 1. <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Js2298f/9.html>

³⁰⁸ « Stratégie de l'OMS pour la médecine traditionnelle pour 2014-2023 », Organisation mondiale de la Santé, 2013, p.5.

³⁰⁹ Le cas *Diamond v. Chakrabarty* est le premier cas qui valide un brevet de microbe. La Cour de cassation américaine a trouvé brevetable le microbe dans ce cas (une bactérie transgénique qui peut décomposer la composition chimique du protopétrole), parce que cette décomposition ne peut être réalisée par aucune bactérie naturelle. La Cour explique que le microbe n'est pas « une manifestation naturelle », mais bien un « produit de l'intelligence humaine ». (voir 447 U. S. 303.)

³¹⁰ Les personnes ou organisations piratent les connaissances et les ressources ancestrales des communautés rurales et indigènes et cherchent une domination monopolistique exclusive sur ces ressources et connaissances (généralement les droits du brevet et du cultivateur des plantes) (voir Integrating

produite par le Parlement européen comme étant la « pratique consistant à déposer des brevets sur les savoirs traditionnels et les ressources génétiques de peuples autochtones et à commercialiser leur utilisation sans autorisation des pays d'origine »³¹¹. Dans les cas de piraterie biologique connus, les connaissances traditionnelles piratées se classent principalement en deux types de savoirs : connaissances médicales et connaissances agricoles. Mais parmi les considérations générales sur la biopiraterie, force est de constater qu'il s'agit d'une pratique « courante ».

142. Biopiraterie, une pratique très répandue. De nombreux médicaments actuels sont issus du système médical traditionnel, comme ce nouveau médicament anti-sida prometteur dont la mise au point s'est inspirée des connaissances arboricoles des habitants autochtones de Samoa³¹². Autre exemple en Australie occidentale, avec un long débat sur l'exploitation commerciale du cotinus (arbre à perruque) en tant que médicament contre le sida dont les vertus thérapeutiques avaient été recensées par son peuple indigène³¹³. Des nombreuses sociétés de produits pharmaceutiques, de biotechnologie et de cosmétiques ont centré leur activité et axé leur publicité sur les savoir-faire traditionnels en médecine dont les peuples autochtones avaient montré les propriétés bénéfiques. Elles ont ainsi économisé des sommes considérables qu'elles auraient dû dépenser pour obtenir ces connaissances si elles avaient effectué elles-mêmes les recherches, et le plus souvent au détriment des entités dépositaires de ce savoir à l'origine.

Disposant d'une médecine traditionnelle parmi les plus développée au monde, la Chine rencontre des problèmes similaires à ceux des autres pays en voie de développement. Avec le Japon par exemple. Ce dernier a développé le «Jiu Xin Wan» (pilule du sauvetage du cœur) sur la base de la prescription traditionnelle chinoise «Liu Shen Wan» (pilule de six esprits), et a bénéficié d'un chiffre d'affaires sur ce produit qui a

Intellectual Property Rights and Development Policy, Report of the Commission on Intellectual Property Rights, London, September 2002, p.83).

Elles emportent secrètement les ressources biologiques, soit à l'occasion d'une utilisation intentionnelle ou accidentelle, soit par transport direct à la dérobée, et déposent le brevet de ces plantes ou graines. (voir JAIN Meetal, *Global Trade and the New Millennium : Defining the Scope of Intellectual Property Protection of Plant Genetic Resources and Traditional Knowledge in India*, Hastings International and Comparative Law Review, Summer, 1999, p.791.)

³¹¹ Parlement européen, Séance plénière, Communiqué de presse 15 janvier 2013, www.europa.eu.

³¹² [Http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/fr/tk/920/wipo_pub_920.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/fr/tk/920/wipo_pub_920.pdf)

³¹³ BLAKENEY, *Protection of Traditional Medical Knowledge of Indigenous Peoples*, European Intellectual Property Review, 1997, p.298-302.

déjà dépassé les 10 millions d'euros. La Corée du Sud a reproduit le Niu Huang Qing Xin Wan (pilule de calculus bovis rafraichissant la chaleur pénétrant dans le péricarde) de la Chine, et en a engrangé une valeur de production annuelle supérieure à 6 millions d'euros. La minorité Miao dans la province de Guizhou dispose d'un bon remède contre le rhume, le « Guan Yin Cao », dont beaucoup d'entreprises coréennes ont essayé d'analyser sa composition moléculaire pour déposer un brevet³¹⁴. Aujourd'hui, le Japon et la Corée du Sud s'emparent de plus de 70% des parts de marché de spécialité pharmaceutique chinoise dans le monde entier et même exportent en Chine des «médicaments traditionnels chinois fabriqués à l'étranger»³¹⁵. De plus, due à l'exploitation spoliatrice, les réserves des ressources des médicaments traditionnels chinois se dégradent chaque année, certains sont au bord de l'extinction.

§ 2 : La biopiraterie en médecine traditionnelle par des exemples

143. L'histoire des médicaments et des crèmes dermatologiques regorge d'exemples de biopiraterie qui souvent dénotent d'un avantage certain et unilatéral en faveur de l'exploitant au détriment du fournisseur. Sans chercher l'exhaustivité les quelques exemples suivants accessibles à partir d'études sur la biopiraterie montrent que dans de nombreux cas le partage des avantages n'est en rien une règle communément appliquée. Un tour d'horizon sur les États-Unis, l'Europe et l'Asie permet de soulever par ailleurs que le phénomène est d'envergure mondiale.

³¹⁴ XIAO Yanping, Mémoire de master : *la protection légale internationale des droits de propriété intellectuelle des connaissances traditionnelles de médecine*, Université Normale de Hunan, 2004.

³¹⁵ CAI Zhongde, JIANG Tingyan, *les études sur la protection du brevet d'invention dans le domaine de la médecine traditionnelle chinoise*, Pharmacie Chinoise, n° 1, 1999, p. 1.

A) Biopiraterie aux États-Unis

1) LE CURCUMA

144. Biopiraterie : l'Inde se défend. Le curcuma (*Curcuma longa*) est un végétal de la famille du gingembre contenant des rhizomes de couleur safran, utilisés comme une épice pour aromatiser la cuisine indienne. Il possède également des propriétés qui en font un ingrédient efficace en tant que médicament, cosmétique ou encore teintures. À titre thérapeutique, il sert généralement à soigner les érythèmes et les blessures.

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 ».

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 États-Unis (US Patent and Trademark Office - USPTO) le réexamen du brevet. Le CSIR posait son argumentation sur le fait que le curcuma était utilisé depuis des milliers d'années pour soigner les blessures et les érythèmes et que son usage médicinal n'était donc pas nouveau. Cette revendication était appuyée par des preuves écrites attestant du savoir traditionnel, dont un texte ancien, écrit 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 donné raison aux objections du CSIR et a révoqué le brevet.

L'affaire du curcuma a eu un grand retentissement car pour la première fois la contestation d'un brevet fondé sur les savoirs traditionnels d'un pays en développement a obtenu gain de cause. Les frais de justice investis par l'Inde dans cette affaire, tels que l'affirme le gouvernement indien, s'élèvent à 10 millions de dollars (environ 9 millions d'euros)³¹⁶.

³¹⁶ 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.98. GANGULI Prabuddha, *Intellectual property rights: mothering innovations to markets*, World Patent Information, 2000, vol. 22, p.49.

2) L'AYAHUASCA

145. Biopiraterie : l'Équateur est lésé. Depuis plusieurs générations, les shamans de tribus autochtones du bassin amazonien traitent l'écorce de *Banisteriopsis caapi* pour produire une boisson cérémonielle appelée « ayahuasca ». Les shamans utilisent l'ayahuasca (littéralement, « vin de l'âme ») lors de cérémonies religieuses et curatives pour diagnostiquer et traiter des maladies, rencontrer les esprits et prédire l'avenir.

Un Américain, Loren Miller, a obtenu en juin 1986 un brevet de plante américain sous le numéro 5.751, lui octroyant des droits sur une prétendue variété de *Banisteriopsis caapi* qu'il avait appelée « Da Vine ». La description du brevet précisait que la « plante a été découverte poussant dans un jardin privé de la forêt ombrophile amazonienne d'Amérique du Sud ». Le titulaire du brevet affirmait que sa plante constituait une variété nouvelle et distincte de *Banisteriopsis caapi*, notamment de par la couleur de ses fleurs.

La Coordination des organisations autochtones du bassin de l'Amazone (Coordinating Body of Indigenous Organizations of the Amazon Basin - COICA), organe de coordination représentant plus de 400 groupes autochtones, a appris l'existence du brevet en 1994. Pour le compte de la COICA, le Centre pour les lois internationales de l'environnement (Center for International Environmental Law - CIEL) a déposé une demande de réexamen relative à ce brevet. Le CIEL avançait qu'une étude de l'état de la technique avait révélé que le Da Vine n'était ni nouvelle ni distincte. Il a également soutenu que la délivrance du brevet était contraire aux aspects publics et moraux de la loi américaine sur les brevets en raison du caractère sacré de *Banisteriopsis caapi* dans l'ensemble de la région amazonienne. Le CIEL a ensuite présenté de nombreuses preuves complémentaires de l'état de la technique relative à cette plante. Sur ces bases, en novembre 1999, l'USPTO a rejeté la revendication du brevet, admettant que Da Vine ne pouvait pas être distinguée de l'état de la technique présenté par le CIEL et que, par conséquent, le brevet n'aurait jamais dû être délivré. Puis de nouveaux arguments du titulaire du brevet ont persuadé l'USPTO de revenir sur sa décision et d'annoncer début 2001 que le brevet était valable³¹⁷.

³¹⁷ 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.99.

Le litige du brevet Ayahuasca a dès lors créé une tension considérable entre la législature de l'Équateur et celle des États-Unis, qui a généré un renoncement de l'Équateur à signer un accord bilatéral sur les droits de propriété intellectuelle avec les États-Unis³¹⁸.

B) Biopiraterie de l'Union européenne

1) LE MARGOUSIER (NEEM)

146. Biopiraterie : l'Inde se défend à nouveau. 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.

En 1994, l'OEB a délivré le brevet européen numéro EP0436257 à la société américaine W.R. grâce au ministère de l'Agriculture des États-Unis (US Department of Agriculture - USDA) sur 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 opposition en justice contre ce brevet. Ce groupe a présenté des preuves 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 que l'invention présentée dans la demande EP0436257 n'était donc pas nouvelle. Ce sera en 1999 que 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

³¹⁸ FECTEAU Leanne M., *The Ayahuasca Patent Revocation: Raising Questions about Current U.S. Patent Policy*, Boston College Third World Law Journal, Vol. 21, Issue 1, 2001, p.69-104.

donc réputé n'impliquer aucune activité inventive ».

Le brevet a été révoqué par l'OEB en 2000³¹⁹.

2) LE CACTUS HOODIA

147. Biopiraterie : l'Afrique obtient gain de cause. 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. Mais ce n'est que récemment que les scientifiques du Conseil sud-africain de la recherche scientifique et industrielle (South African Council for Scientific and Industrial Research - CSIR) ont découvert son rapport et lancé des études sur 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 auprès de Phytopharm, en tant que produit amincissant potentiel et de traitement éventuel de l'obésité (marché d'une valeur de plus de 7 milliards d'euros), pour un total de 32 millions d'euros en redevances et paiements d'étape.

Ayant appris l'exploitation possible de leur savoir traditionnel, les San ont menacé d'engager une action en justice contre le CSIR au motif de « biopiraterie ». Ils alléguaient que leur savoir 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 procède alors à des enquêtes approfondies, mais ne trouve aucun « détenteur du savoir » ; à 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 défendu l'idée qu'il avait prévu d'informer les San de ses recherches et d'en partager les avantages,

³¹⁹ 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.98-99. KRUGER Muria, *Harmonizing TRIPs and the CBD: A Proposal from India*, Minnesota Journal of Global Trade, Winter, 2001, p.169.

mais qu'il voulait auparavant s'assurer que le médicament se révélait efficace.

En mars 2002, Le CSIR et les San sont parvenus à un accord, selon lequel les San, reconnus en tant que dépositaires du savoir traditionnel associé au végétal hoodia, devront recevoir une part des redevances futures éventuelles. Toutefois les redevances que cette ethnie a gagnées ont été estimées à 0,003% des ventes au détail du produit commercialisé³²⁰, laissant à beaucoup d'observateurs la conviction que ce contrat est tout sauf équitable³²¹. Mais quand bien même ce pourcentage reste minime, la taille potentielle du marché est suffisamment importante pour que la somme concernée soit substantielle pour les San.

Cette affaire semblerait démontrer ainsi qu'il est possible de parvenir à des accords acceptables concernant l'accès et le partage des avantages. L'importance de la propriété intellectuelle dans l'obtention d'avantages futurs semble avoir été reconnue par toutes les parties, y compris les San³²².

3) UN TABLEAU D'EXEMPLES

148. Biopiraterie : l'Europe en exemple. Le tableau suivant reprend des exemples représentatifs de l'exploitation de produits biologiques ayant fait l'objet de brevets principalement par des pays de l'Union européenne, et pour lesquels le fournisseur n'a bénéficié d'aucun ou de peu de partage des avantages³²³. On précisera toutefois que dans ce domaine un tableau équivalent mais ciblé sur les États-Unis serait particulièrement plus fourni.

| Fournisseur d'origine | Brevet | Espèce végétale exploitée | Remarques |
|-----------------------|-----------------------------------------------|---------------------------|-----------------------------------------|
| Chine | Rhône-Poulenc Rorer (France), Glaxo (U.K.) | Artemisia annua | Utilisée contre la malaria cérébrale |
| Chine | Beaufour Labs (France), Schwabe (Germany) | Ginkgo Biloba | Utilisée contre l'asthme |
| Pacific | Sanofi (France) | Ochrosia elliptica Juss | Utilisée contre le cancer |
| Brésil | U.K. | Ocotea rodiael Aubl | Utilisée pour la contraception |

³²⁰ Ce qui représente donc 30 € pour un gain de 1.000.000 €.

³²¹ MCGOWN Jay, *Out of Africa : Mysteries of Access and Benefit Sharing*, Washington, USA : Edmonds Institute, 2006, p.8.

³²² 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.100.

³²³ GEORGE J. and VAN STADEN J., *Intellectual property rights: plants and phyto- medicinals - past history, present scenario and future prospects in South Africa*, South African Journal of Science. Vol. 96, Issue 8, Aug 2000, p437.

| Fournisseur d'origine | Brevet | Espèce végétale exploitée | Remarques |
|----------------------------------------------|------------------------------------|----------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------|
| Amérique du Nord | NCI (U.S.) Sandoz (Switzerland) | Podophyllum peltatum | Utilisée contre le cancer |
| Cameroun | France | Prunus africana | Utilisée contre le cancer de la prostate |
| Middle East | Bayer (Allemagne) | Spiraea | Anti-pyretic, anti-inflammatoire |
| Kenya | Bayer (Allemagne) | Actinoplanes | Médicament contre le diabète |
| Libye | Phytopharm (UK) | Artemisia judaica | Un traitement pour le diabète |
| Gambie | Glaxo SmithKline (UK) | Streptomyces | Antibiotique |
| Egypte | Acambis (UK) | Escherichia coli | Vaccin contre la diarrhée |
| West Africa | Max Planck Institut (Germany) | Archachatina | Antibiotics |
| Namibie, Afrique du Sud, Angola, et Botswana | CSIR, Phytopharm (UK) | Hoodia | Pour couper l'appétit (régime) A fait l'objet d'un partage des avantages |

Dans ce tableau, seul le cas « Hoodia » ci-avant a fait l'objet d'un contrat pour le partage des avantages. En 2002, un accord a été conclu dans lequel le CSIR s'est engagé à reverser une part des redevances qu'il reçoit de Phytopharm à l'ethnie africaine San.

C) Biopiraterie en Asie

1) LE DICHONDRA REPENS FORST

149. Biopiraterie : Le dichondra repens forst. Il sera plus difficile de présenter un tableau équivalent pour l'Asie, mais on citera pour la forme un exemple type d'exploitation de ressources pour laquelle le partage des avantages est inexistant, celui d'une plante dénommée le dichondra repens forst. Cet exemple illustre l'appropriation au sein du pays même de ressources pour le bénéfice d'entités nationales au dépend des communautés autochtones.

Le dichondra repens forst a largement été utilisé dans le traitement d'Hépatite B chronique par le peuple MIAO. Notoirement cité par des livres médicaux anciens, le dichondra repens forst permet de réduire l'inflammation, et peut être utilisé pour traiter

l'hépatite, la cholécystite, la néphrite ou encore l'hydropisie³²⁴. Suivant cette piste issue des connaissances médicales traditionnelles, des chercheurs scientifiques chinois ont extrait le composé actif de la plante par des procédés chimiques et ont confirmé qu'il était en mesure de lutter contre le virus de l'hépatite B, et ce sans toxicité évidente. Ces chercheurs ont ensuite trouvé une méthode pour élaborer chimiquement cette substance active³²⁵. Ce composant a fait l'objet d'une demande de brevet auprès de l'Office national de la propriété intellectuelle le 19 décembre 2002 par le laboratoire de chimie pour les produits naturels de la province de Guizhou et l'Académie chinoise des sciences³²⁶. Le brevet est approuvé et publié le 30 mars 2005³²⁷. Sur cette base l'entreprise pharmaceutique BAILING intervient en 2009 dans la recherche et le développement sur ce composé actif, programme de recherche qui porte le nom de « Tifentai Y101 ». Les médias chinois révéleront au grand public que l'entreprise BAILING a versé 30 millions de yuans au laboratoire pour le transfert du savoir-faire, des brevets, et des certificats administratifs sur ce produit³²⁸. Par la suite chaque étape de la publication des résultats positifs sur le développement de ce produit sera l'occasion pour BAILING de bénéficier d'une augmentation de sa valeur boursière importante³²⁹. Ce produit est encore en 2017 en période d'essai, mais sur un marché lié aux médicaments de l'Hépatite B qui dépasse les 300 milliards de yuans et qui progresse chaque année de 10 milliards de yuans, la perspective financière du Tifentai Y 101 est particulièrement prometteuse. Cet exemple illustre le cas d'un laboratoire ayant axé ses recherches sur des connaissances traditionnelles, et qui dépose ensuite un brevet pour protéger ses résultats et en récupère des bénéfices très substantiels. Pour autant le dépositaire à l'origine des connaissances médicales

³²⁴ Groupe de rédaction de Corpus d'herbes médicales chinoises, « Corpus d'herbes médicales chinoises », Vol.1, Pékin : édition d'hygiène du peuple, 1996, p.86. Bureau de gestion des herbes médicales chinoises du pays, « herbes médicales chinoises » (6ème volume). Édition de technologie et science de Shanghai, 1999, p.505-506.

³²⁵ QIU Jingying, HUANG Zhengming, PAN Weidong, CAO Peixue, LIANG Guangyi. *Composition des dérivés de Dichondra et activité du virus de l'hépatite B*, Journal académique de l'université du médicament de la Chine, 2012, 43(5), p.390-394. LIANG Guangyi, LIU Yuming, XU Bixue. Application du composé de phénamine d'alcool en matière de traitement de l'hépatite B et son mode de préparation : CN02160309.X[P], le 27 août 2003.

³²⁶ N° de brevet 02160309X, classiquement : A61K 31/165.

³²⁷ Publication CN 1194676 B

³²⁸ LI Xiang, *Le nouveau médicament de BAILING contre l'hépatite B sera bientôt au stade de l'essai clinique*, Journal de science de la Chine, le 26 février 2014.

³²⁹ LIU Xinlong, *Le médicament Tifentai Y 101 de BAILING sera prochainement au stade de test*, Journal des valeurs financières de la Chine, le 8 juillet 2013.

traditionnelles n'a bénéficié d'aucune demande d'approbation préalable, n'est sans doute même pas informé des avancées et utilisations qui sont issues de son savoir, et a fortiori n'a bénéficié d'aucune retombée sur les avantages dont ce ou ces laboratoires profitent désormais.

2) LA MÉDECINE DU CAFARD

150. Biopiraterie : du beurre avec des cafards. Dans l'histoire du développement de la médecine traditionnelle chinoise de plusieurs milliers d'années, on prend toujours les insectes pour médicament pour traiter les maladies. Selon les enregistrements les plus reculés de l'écriture *Zhou Li* : « Les cinq médicaments sont l'herbe, l'arbre, l'insecte, la pierre et le millet. » Les médicaments à base d'insectes collectés dans le *Shen Nong Ben Cao Jing* étaient au nombre de vingt-neuf et ceux dans le *Ben Cao Gang Mu* écrit par Li Shizhen de la dynastie des Ming croient au nombre de cent-six. Jusqu'à maintenant, les médicaments à base d'insectes utilisés dans la médecine traditionnelle chinoise clinique s'élève à plus de trois cents. La valeur pharmaceutique du cafard remonte très loin dans l'histoire. Selon les enregistrements dans les anciens ouvrages de la médecine traditionnelle chinoise, le cafard a pour fonction de rafraîchir la chaleur et de désintoxiquer, ainsi que de favoriser la circulation sanguine. Avec le temps et que généralement les insectes ont mauvaise réputation, le degré d'acceptation des médicaments à base d'insectes diminue, notamment pour le cafard qui appartient aux quatre parasites. Mais parmi le folklore, surtout dans les régions des minorités Bai et Yi, il en demeure encore des utilisations traditionnelles, par exemple, l'emploi du cafard pour traiter la blessure (notamment la plaie mal guérie), la pustule maligne, la tuméfaction inflammatoire innommée, la morsure de scolopendre, de serpent ou d'insecte.

En 1965, le Professeur Li Shunan était diplômé de l'université et habitait à Dali dans la province du Yunnan, près de la maison d'un vieil homme de minorité Bai. Ce vieil homme vivait comme porteur d'eau avec une planche. N'ayant pas été traité à temps après une chute inattentive, il fut atteint d'une tuberculose osseuse, provoquant l'apparition d'une fistule sur la peau et dont de temps à autres s'écoulait un liquide purulent. La couleur de la peau s'est colorée de noir. Pour y remédier, il a pris beaucoup de médicaments, mais malgré tout, cette situation ne s'est pas améliorée. Plus tard, un autochtone lui a donné une herbe médicinale à usage externe. Après utilisation, des pans

de chair de couleur rouge vive ont grandi dans la fistule tuberculeuse du vieil homme. Le tissu de chair neuve a vite poussé, et après une quinzaine de jours, cette fistule fut entièrement guérie. Comme Li Shunan était spécialiste en médecine, il savait que la fistule de la tuberculose osseuse était difficile à traiter autrement que par la chirurgie. Il s'est alors intéressé de plus près à cette herbe médicinale en profitant de l'occasion offerte par le vieil homme lorsqu'il réalisa son pansement pour conserver le résidu de décoction, résidu qu'il a apporté chez lui afin de l'étudier attentivement.

Dans ce résidu d'herbe médicinale, Li Shunan a découvert en plus des fragments végétaux, des morceaux d'une patte et d'aile d'un insecte. Après une étude soigneuse, il découvre que cet insecte était un cafard. Puis en consultant les ouvrages anciens de médecine traditionnelle chinoise, il a appris que le cafard avait la capacité d'améliorer la circulation sanguine, de favoriser la diurèse et de traiter le furoncle. Après dix ans d'efforts, Li Shunan et ses collaborateurs en sont venus à élaborer plusieurs milliers de compositions efficaces favorables à la guérison des plaies³³⁰ et ont déposé le brevet d'invention. Plus tard, l'entreprise pharmaceutique Sainuo à Kunming a bénéficié de cette technique brevetée pour produire la préparation de la médecine traditionnelle chinoise Kang Fu Xin³³¹. À usage interne, elle est utilisée pour traiter la rétention de sang stagnant, l'épigastrie et l'hémorragie gastrique, l'ulcère de l'estomac et du duodénum ainsi que la sécheresse pulmonaire due au vide de Yin et la tuberculose pulmonaire. À usage externe, elle est utilisée pour traiter la blessure d'arme blanche, les traumatismes, l'ulcère, la fistule, la brûlure du feu, la brûlure et l'escarre de décubitus.

Ces brevets proviennent de savoirs ancestraux et profitent à quelques finauds. Cet exemple montre ainsi que le principe de biopiraterie peut être notoirement exempt de complications juridiques.

3) LE NIU HUANG QING XIN WAN

151. Biopiraterie : la Chine et la Corée se confrontent. Le Niu Huang Qing Xin Wan (pilule de calculus bovis rafraichissant la chaleur pénétrant dans le péricarde) conservé dans la «Pharmacopée chinoise» utilise l'ordonnance originale du *Tai Ping*

³³⁰ JIANG Yingying, *Le cafard sale fabriqué en médicament - plusieurs milliers de compositions efficaces prélevées du cafard*, Journal de la science technologique de Beijing, (4), le 20 août 2007.

³³¹ La rubrique de la science technologique de CCTV, Le cafard magique (le 7 juillet 2008 en télévision).

Hui Min He Ji Ju Fang achevé à la fin de la dynastie des Song, vers 1076³³², il est alors connu sous l'autre nom de pilule « Ju Fang Niu Huang Qing Xin ». Il a pour fonction de rafraîchir le feu du cœur et résoudre le phlegme, ainsi que d'arrêter les convulsions et expulser le vent. Il est utilisé pour traiter le vertige dû au blocage du vent-phlegme, l'accumulation du phlegme et la confusion de conscience ainsi que la convulsion et l'épilepsie, etc.

L'histoire de ce médicament débute ainsi. La période des Printemps et des Automnes et des Royaumes Combattants (environ 770 - 221 av. J.-C.) a jeté les bases de la médecine traditionnelle chinoise qui a vécu encore deux périodes fastes durant la dynastie des Han (environ 221 av. J.-C.- 220 apr. J.-C.) et de celle des Song (environ 960 - 1368). Pendant la période précédant et suivant la dynastie des Song où les échanges entre la Chine et les pays voisins se sont multipliés, la médecine traditionnelle chinoise s'est répandue dans les pays voisins. Wang Wu (1105-1122 en règne), empereur de la seizième génération de la dynastie Gao Li de la Corée du Nord, pour renforcer les relations entre la dynastie des Song du Nord, a envoyé l'ambassadeur pour y payer le tribut et a tissé des liens continuels. Il a aussi envoyé cinq personnes comme le lettré Jin Rui pour faire des études dans l'Académie impériale de la dynastie des Song du Nord. À la même époque, plusieurs personnes ont appris la médecine traditionnelle chinoise à l'hôpital impérial et sont allés transmettre leur savoir en Corée du Nord. Dans la dynastie des Ming (environ 1368 - 1644), le médecin célèbre coréen Xu Jun a écrit en 1610 une monographie pharmaceutique *Dong Yi Bao Jian* qui fut publiée officiellement en 1613. Dans le *Dong Yi Bao Jian*, en deuxième volume du chapitre des diverses maladies, était enregistré le Niu Huang Qing Xin Wan. En indications était précisé :

³³² Le Niu Huang Qin Xin Wan est le plus ancien, enregistré dans le Tai Ping Hui Min He Ji Ju Fang compilé par le bureau impérial de médecine de la dynastie des Song. Le Tai Ping Hui Min He Ji Ju Fang était l'un des traités célèbres de la dynastie des Song, mais aussi la première pharmacopée de prescriptions préparées de la Chine. Sa formation est le fruit d'un long processus, depuis sa création jusqu'à sa consolidation, après adaptations, ajouts et retraits à plusieurs reprises, elle a connu trois phases. Tai Ping Hui Min He Ji Ju Fang a traité spécialement de l'ordonnance et de la forme galénique, et a possédé les caractéristiques et les fonctions de la pharmacopée, il y a lieu de la considérer comme la première pharmacopée des prescriptions préparées dans l'histoire chinoise. Dans cet ouvrage, toute ordonnance était enregistrée en détail, les syndromes, la composition, la préparation du médicament simple, les méthodes de productions des prescriptions préparées, les moyens de prise, les contraintes, etc. Surtout l'exposé détaillé de la production des formes galéniques jouaient un rôle très important sur l'unification du processus de production des prescriptions préparées et sur l'assurance de la qualité des médicaments. Le Tai Ping Hui Min He Ji Ju Fang faisait autorité non seulement dans la dynastie des Song, jusqu'à la période de la dynastie des Jin et des Yuan, il était un critère obligatoire à suivre par les autorités pour gérer les affaires pharmaceutiques. En raison d'une excellente sélection des ordonnances, de nombreuses ordonnances étaient prouvées vraiment efficaces après les pratiques répétées et étaient citées largement par les traités derrière la dynastie des Song.

rafraîchir la chaleur et désintoxiquer, réanimer et calmer l'esprit. Il était utilisé pour traiter la syncope due à l'apoplexie, l'accumulation du phlegme, les comas et délires, la déviation de la bouche et de l'œil ainsi que la paralysie des mains et des pieds, etc. La comparaison entre le Niu Huang Qing Xin Wan enregistré dans le *Dong Yi Bao Jian* et celui dans le *Tai Ping Hui Min He Ji Ju Fang* permet d'établir un caractère quasi-identique entre les ingrédients de ces deux prescriptions ainsi que de leurs effets³³³. À partir de 1992, un habitant de la Corée du sud dénommé Jin a déposé successivement le brevet d'invention sur le Niu Huang Qing Xin Ye (liquide de calculus bovis rafraîchissant la chaleur pénétrant dans le péricarde) et le Niu Huang Qing Xin Jiao Nang (capsule de calculus bovis rafraîchissant la chaleur pénétrant dans le péricarde), en Corée du Nord, en Chine, au Japon et aux États-Unis, etc., afin d'occuper le marché national et international.

Dans le milieu des recherches scientifiques, deux idées s'opposent sur le comportement de ce Jin : l'une défend le principe que la Corée du Sud possède le Niu Huang Qing Xin Wan, cette prescription découlant du *Dong Yi Bao Jian* compilé par les Coréens qui ont raison de l'innover et de l'améliorer pour élever l'effet thérapeutique, et vouloir en augmenter les parts de marché est un comportement de concurrence légitime. L'autre expert démontre en référence à l'histoire de la médecine de la Corée du Sud et de la Chine que le Niu Huang Qing Xin Wan n'est pas originaire de la Corée du Sud, car la prescription notée dans le *Dong Yi Bao Jian* est issue du *Tai Ping Hui Min He Ji Ju Fang* en Chine. Même si monsieur Jin développe un médicament issu du *Dong Yi Bao Jian*, il profite quand même des connaissances traditionnelles chinoises en matière de médecine traditionnelle. Or ce brevet qui est approuvé, limite depuis les entreprises chinoises dans la production et la vente des produits améliorés comme la solution buvable Niu Huang Qing Xin et les gélules Niu Huang Qing Xin. Dans cet exemple c'est la Chine qui est lésée.

152. Il ne s'agit que de quelques exemples précis et notoires, un buisson dans la forêt de phénomènes particulièrement difficiles à combattre. Des affaires qui ont eu un retentissement à l'échelle internationale, dans un contexte législatif international donné. C'est pourquoi il convient d'évoquer cet environnement juridique international dans lesquels baignent les savoirs traditionnels.

³³³ Par rapport au Niu Huang Qing Xin Wan du *Tai Ping Hui Min He Ji Ju Fang*, celui du *Dong Yi Bao Jian* avait un jin boyi en plus et *Ampelopsis japonica*, l'alcool bornylique et l'arsenic rouge en moins.

CHAPITRE 2 : ENVIRONNEMENT JURIDIQUE INTERNATIONAL

153. À l'échelle internationale, plusieurs organismes ont été mobilisés pour parvenir à proposer des accords destinés à protéger les savoirs traditionnels et les ressources génétiques qui leurs sont dédiées, ou au contraire pour favoriser la protection individuelle des industries les utilisant, par le biais notamment des brevets. Il est de fait que l'ONU est à l'origine des principaux organismes qui ont œuvré chacun dans leur domaine à établir des règles susceptibles de protéger les savoir-faire traditionnels. Ces protections apportées par les accords qui en ont résulté seront examinées en détail dans la deuxième partie de cette étude, mais il est pertinent de disposer dans un premier temps, en section 1, d'un aperçu général de ces organismes de l'ONU, et de préciser en section 2 le rôle de l'OMC qui a défini par ailleurs des règles relatives à la propriété intellectuelle. Ce panorama nous permettra de cibler l'antagonisme qui résulte des deux accords majeurs que sont la CDB et l'ADPIC.

SECTION 1 : LES INSTANCES DE L'ONU ET LEURS TRAVAUX

154. La nécessité de protéger les ressources biologiques et les savoir-faire traditionnels associés est d'ordre international, un aperçu du contexte existant dans ce domaine est donc indispensable avant d'envisager des mesures de protections. L'essentiel de ces mesures protectrices internationales a été développé par l'ONU au travers de ses différents organismes pour aboutir sur des conventions, lignes directrices, protocoles et déclarations. L'impact de ces derniers est repris en détail dans la seconde partie de cette étude, notamment en ce qui concerne le partage juste et équitable des avantages, néanmoins la présentation générale de ces travaux peut se concevoir autour d'une part des apports de la Convention sur la diversité biologique (CDB) et des accords dérivés, et d'autre part de ceux d'autres organismes qui se sont également intéressés à la protection de la matière « traditionnelle ».

§ 1 : La Convention sur la diversité biologique et les pactes connexes

155. La CDB est à l'origine de travaux successifs pour la protection des ressources biologiques dont notamment des Lignes directrice de Bonn et du Protocole de Nagoya.

A) Le PNUE et la Convention sur la diversité biologique

156. ONU-1992 : la CDB. En 1992, la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement s'est tenue à Rio de Janeiro sous les auspices du

PNUE (Programme des Nations unies pour l'Environnement) et a débouché sur l'adoption de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, qui a institué la *Convention sur la diversité biologique* (CDB) chargée de promouvoir la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses composantes et le partage loyal et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques. Les dispositions relatives au respect et à la reconnaissance des savoirs traditionnels sont un élément essentiel de la CDB, et des activités importantes sont en cours de réalisation dans le cadre de la Convention pour donner effet à ces dispositions. La convention a largement été acceptée par les Parties de l'ONU, tant et si bien que les gouvernements de plus de 150 pays ont signé ce document lors de la réunion à Rio Janeiro. En juin 1992, le gouvernement chinois a signé cette convention du congrès de l'environnement et du développement de l'ONU de Rio Janeiro, et a adhéré à cette convention en janvier 1993 par le biais de la délibération et de la ratification du Comité Permanent de l'Assemblée Nationale Populaire. Le gouvernement français a signé cette convention en même temps que la Chine, et l'a ratifié en juillet 1994³³⁴.

157. CDB : forme et contenu. La Convention est divisée en trois parties : introduction, texte et annexes. Le texte comporte 42 articles dont le premier fixe l'objectif principal de la convention ; le deuxième article définit les termes. Les articles 6 à 21 peuvent être considérés comme substantiels, et abordent des règles concrètes sur la protection, l'utilisation et le partage des avantages des ressources biologiques. Ces règles portent essentiellement sur les aspects suivants :

- (1) les mesures et les moyens d'encouragements pour protéger et utiliser durablement les ressources biologiques ;
- (2) l'éducation et l'attention du public ;
- (3) l'évaluation des influences ;
- (4) l'acquisition ordonnée des ressources génétiques ;
- (5) l'acquisition et le transfert techniques ;
- (6) l'échange informatique et la coopération scientifique ;
- (7) la répartition des avantages et l'apport des fonds.

Les autres articles définissent les relations entre cette convention et les autres conventions internationales, les structures d'organisation et certains sujets procéduraux.

³³⁴ <https://www.cbd.int/information/parties.shtml>

Les annexes 1 et 2 portent respectivement sur les écosystèmes et les habitats, les espèces et les biocénoses, la constatation et la surveillance des génomes et des gènes à valeur sociale, scientifique ou économique, l'arbitrage des différends.

La Convention de 1992 a trois objectifs : la conservation de la diversité biologique ; l'utilisation durable de ses éléments ; et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques. La réalisation de ces objectifs sera effective notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des techniques pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux techniques, et grâce à un financement adéquat³³⁵. La convention prescrit aux Parties les devoirs de protection et également aux pays développés de fournir aux pays en voie de développement les fonds et les techniques indispensables pour remplir les objectifs de la convention.

Quant aux questions de la protection des connaissances traditionnelles, du point de vue de l'innovation systématique, la convention a obtenu des résultats considérables. La convention adoptée en 1992 a avant tout pour objectif de protéger la biodiversité et de réaliser la répartition équitable des avantages provenant des utilisations des connaissances traditionnelles afin de promouvoir le développement durable de l'écologie et de la société humaine. La précision du contenu de la protection des connaissances traditionnelles et des ressources génétiques se manifeste principalement dans les dispositions de l'article 8(j)³³⁶ et l'article 15³³⁷.

La Convention développe plus le sujet des connaissances traditionnelles que ne le fait la « Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones », elle propose avant tout l'idée que les connaissances indigènes constituent une extension des biens intellectuels et qu'elles ont le droit d'obtenir une protection équitable et urgente³³⁸. Les dispositions dans la Convention sont déjà devenues le fondement législatif de beaucoup

³³⁵ Voir article 1 de la «Convention sur la diversité biologique».

³³⁶ Article 8(j) : Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, 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;

³³⁷ Article 15 : Étant donné que les États ont un 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. [...] 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. ...

³³⁸ RAMANI Rekha, *Market Realities V. Indigenous Equities*, Brooklyn Journal of International Law, 2001, p.1163.

de pays en voie de développement. Mais par rapport à l'ADPIC, la Convention manque de force exécutoire. De nombreux experts mettent en doute les fonctions de la Convention. Par exemple, aux yeux de certains d'entre eux, bien que l'article 8(j) confirme les droits du détenteur sur ses connaissances, innovations et actions, le fait de savoir si ces droits peuvent être protégés par les droits de propriété intellectuelle est décrit vaguement. De plus, les demandes juridiques concrètes des parties sont difficiles à déterminer. L'article 8(j) n'exige pas que les parties doivent le respecter et prête ainsi le flanc à une réaction opposée. D'autre part, cet article reporte cette responsabilité sur la législation nationale des pays membres. Dès lors si des pays membres n'ont pas mis en œuvre une législation nationale pour l'application de cet article, ils peuvent eux-mêmes prétexter cette carence pour disposer de la possibilité de ne pas l'appliquer³³⁹. Le but écrit de la Convention manque d'instrument de réalisation et ne fournit malheureusement qu'un cadre imprécis sur l'interaction internationale, peut-être à cause de l'opposition antagoniste entre le Sud et le Nord sur les relations entre les communautés indigènes et les exploitants des ressources génétiques³⁴⁰. Toutefois il faut reconnaître que la CDB a permis de grands progrès dans ce domaine de la protection du savoir traditionnel car elle a lui offert un espace potentiel de protection.

158. CDB : en proie aux différends. Depuis son entrée en vigueur et jusqu'à présent, le Congrès des Parties convoqué par la convention a lancé d'importantes discussions sur l'écosystème, la protection et l'utilisation durable de la biodiversité, l'acquisition des ressources génétiques, le partage juste et équitable des bénéfices, le transfert et la coopération technologiques, l'article 8(j) de la convention, le partage des avantages découlant des questions connexes (connaissances traditionnelles). Selon les circonstances de chaque réunion, les intérêts des parties participantes s'opposent. Les antagonismes entre les pays en voie de développement et les pays développés sont marqués dans le domaine du développement environnemental. Ils concernent notamment tenue des engagements donnés par les pays développés en matière de transfert technologique, de soutien financier et de renforcement des moyens. Les contradictions dans le domaine des ressources biologiques deviennent le nœud du débat.

³³⁹ AGUILAR Grethel, *Access to Genetic Resources and Protection of Traditional Knowledge in the Territories of Indigenous Peoples*, Environmental Science & Policy (4), 2001, p.244. <https://www.cbd.int/doc/articles/2002-IA-00390.pdf>

³⁴⁰ SARMA Lakshmi, *Biopiracy: Twentieth Century Imperialism in the Form of International Agreements*, Temple International and Comparative Law Journal, Spring 1999, p.120-121.

À cause de la difficulté d'arriver à l'unanimité des parties participantes, beaucoup de sujets avancent lentement, entre autre «l'acquisition des ressources génétiques et l'établissement du système de partage des avantages» qui génère d'innombrables débats³⁴¹.

B) Les « Lignes directrices de Bonn »

159. CDB-2002 : les Lignes directrices de Bonn. En avril 2002, la Conférence des Parties³⁴² à la Convention lors de sa sixième réunion a adopté, avec quelques modifications, les « Lignes directrices de Bonn » sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation³⁴³. Les *Lignes directrices de Bonn* ont pour objectif de mettre en pratique le principe d'un meilleur accès aux ressources génétiques et un partage juste et équitable des avantages et d'encourager à le mettre à exécution que ce soit entre les pays, les organisations internationales ou les personnes physiques.

Les « Lignes directrices de Bonn » ont enrichi les procédures et les exigences du consentement informé préalable, concrétisé le partage des avantages selon des modalités mutuellement convenues qui est indiqué dans l'article 15 (7) de la CDB. Elles établissent une liste directrice des conditions de concertation communes typiques et souligne qu'il faut, conformément aux circonstances concrètes de la réalisation juste et équitable, se consulter concernant les conditions, les obligations, les procédures, les types, l'échéancier, la distribution et les mécanismes relatifs aux avantages à partager³⁴⁴. Elle a aussi établi le système national du contrôle et du rapport³⁴⁵.

³⁴¹ Greenpeace a souligné et déplore que les gouvernements ne cherchent pas à résoudre en urgence le problème de la biopiraterie. L'élaboration d'un système d'acquisition et de partage équitable des avantages est urgente, car il est difficile d'entraver la biopiraterie. «L'analyse et les conseils de Greenpeace sur les questions majeures dans les 8 Congrès des parties (COP-8) de la Convention sur la diversité biologique (CDB)»
http://www.greenpeace.org/china/Global/china/_planet-2/report/2007/11/cbd-cop8-overview-briefing.pdf

³⁴² La Conférence des Parties est l'organe directeur de la Convention sur la diversité biologique. Cette instance supérieure est composée de tous les gouvernements qui ont ratifié le traité (les Parties) et se réunit tous les deux ans pour examiner les progrès accomplis, établir des priorités et décider de plans de travail.

³⁴³ La VI/24 décision de la «Convention sur la diversité biologique» est délibérée dans la réunion spéciale à Bonn le 20 octobre 2001 et adoptée lors du 6 Congrès des parties. «Bonn Guidelines on Access to Genetics Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization».

³⁴⁴ « Lignes directrices de Bonn », IV. ETAPES DU PROCESSUS D'ACCES ET DE PARTAGE DES

Un champ d'application est également défini dans le texte des « Lignes directrices de Bonn » : cette norme doit couvrir « Toutes les ressources génétiques 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 de ces ressources [...], à l'exception des ressources génétiques humaines ». Par conséquent, les dispositions des « Lignes directrices de Bonn » s'appliquent aussi aux connaissances traditionnelles.

Les Lignes directrices ont été reconnues comme une première étape utile d'un processus évolutif de mise en œuvre des dispositions pertinentes de la Convention concernant l'accès aux ressources génétiques au partage des avantages³⁴⁶. Pourtant leur plus gros écueil est qu'elles n'ont pas de force légale contraignante mais qu'elles constituent simplement un document directeur volontariste. Dès lors, bien que ratifié à l'unanimité par environ 180 pays, ce consensus affirmé et en apparence incontestable n'a pas en réalité obtenu de résultats probants durant les 10 années qui l'ont suivi. Dépourvue de force législative, cette norme ne joue encore qu'un rôle de promotion et de guide pour les Parties dans l'élaboration des stratégies connexes et dans la fixation des mesures à prendre.

C) Le Protocole de Nagoya

160. CDB-2010 : le Protocole de Nagoya. De par l'absence d'une force de contrainte légale des « Lignes directrices de Bonn », les pays en voie de développement ont cherché à élaborer un protocole plus réaliste pour accomplir les trois principaux objectifs de la Convention, à savoir la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments, et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques. Afin d'arriver à cet objectif, les

AVANTAGES, D. Conditions convenues d'un commun accord, p.12 -14.

³⁴⁵ Article 55 : « Suivant les conditions d'accès et de partage des avantages, le suivi national peut porter sur : a) La question de savoir si l'utilisation des ressources génétiques est conforme aux conditions d'accès et de partage des avantages ; b) Le processus de recherche et de mise en valeur ; c) Les demandes de droits de propriété intellectuelle relatifs au matériel fourni. »

L'article 56 : « La participation des parties prenantes concernées, en particulier des communautés autochtones et locales, aux différentes étapes de l'élaboration et de la mise en œuvre des arrangements concernant l'accès et le partage des avantages, peut contribuer beaucoup à faciliter la surveillance de leur mise en œuvre.

³⁴⁶ <https://www.cbd.int/abs/bonn/default.shtml>

pays développés et les pays en voie de développement ont engagé des négociations longues et difficiles dans l'espoir d'établir un système international apte à réaliser le partage juste et équitable des avantages provenant des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles connexes³⁴⁷. Dès lors jusqu'au dernier jour du Congrès des Parties de la *Convention sur la diversité biologique* d'octobre 2010, les parties ne sont pas parvenues à trouver un accord sur le partage des avantages. C'est alors que la médiation du pays organisateur, le Japon, a permis de redresser cette situation entrée dans une impasse³⁴⁸. Elle aboutit sur la ratification du *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation à la Convention sur la diversité biologique*, ci-après dénommé le *Protocole de Nagoya*.

Cet accord définit un système international sur l'accès des ressources génétiques et du partage des avantages. Le 12 octobre 2014, 51 pays ou régions ont ratifié ou adhéré au *Protocole de Nagoya*, qui entre ainsi officiellement en vigueur suivant les termes de son article 33.

Selon l'article 1 du *Protocole de Nagoya* : « L'objectif est le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des technologies pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux technologies et grâce à un financement adéquat, contribuant ainsi à la conservation de la diversité biologique et à l'utilisation durable de ses éléments constitutifs ». Ainsi le protocole a le même objectif que la Convention, à savoir le partage juste et équitable des bénéfices découlant des ressources génétiques.

Les connaissances traditionnelles sont donc intégrées dans le champ d'application du *Protocole de Nagoya*. L'article 3 du Protocole précise : « Le présent Protocole s'applique aux ressources génétiques qui entrent dans le champ d'application de l'article 15 de la Convention ainsi qu'aux avantages découlant de l'utilisation de ces ressources... ». De plus, son article 5(5) relatif au partage juste et équitable des avantages stipule également : « Chaque Partie prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon qu'il convient, afin que les avantages

³⁴⁷ XUE Dayuan, *L'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages : contexte, développement et défi*, Revue de Biodiversité, 2007, 5(15), p. 563-568.

³⁴⁸ XUE Dayuan, *Le contenu principal du Protocole de Nagoya et ses influences potentielles*, Revue de Biodiversité, 2011, 19 (1), p. 113-119.

découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques soient partagés de manière juste et équitable avec les communautés autochtones et locales détentrices de ces connaissances. Ce partage s'effectue selon des conditions convenues d'un commun accord ».

Le *Protocole de Nagoya* est un système international sur l'accès et le partage des bénéfices d'une portée historique³⁴⁹. Après bien des tentatives des pays en voie de développement, la population indigène et les communautés locales, les connaissances traditionnelles relatives aux ressources génétiques sont enfin intégrées dans le champ d'application du *Protocole de Nagoya*. L'accès aux connaissances traditionnelles de la population autochtone et des communautés locales ainsi que leurs utilisations doivent obtenir leur consentement préalable en connaissance de cause et partager justement et équitablement avec eux après concertation commune les bénéfices découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles. Le *Protocole de Nagoya* a donc établi des dispositions effectives de partage des avantages avant les autres organisations internationales pourtant férues en la matière telles que l'OMPI et l'OMC. Ce protocole défend les intérêts des pays en voie de développement et notamment des populations indigènes et des communautés locales. Il permet de promouvoir la protection, l'utilisation et le partage équitable des avantages des connaissances traditionnelles créées et héritées par les nationalités et les communautés locales³⁵⁰.

161. D'autres travaux d'organismes de l'ONU ont également vocation à protéger les connaissances traditionnelles par des accords et conventions internationaux

§ 2 : Autres production des organismes onusiens pour les savoirs traditionnels

162. Un panel représentatif de ces accords et conventions internationaux de l'ONU est composé des travaux résultant de l'OMS, de l'ONU également avec la

³⁴⁹ HARROP Stuart R., 'Living In Harmony With Nature'? Outcomes of the 2010 Nagoya Conference of the Convention on Biological Diversity, *Journal of Environmental Law*, Volume 23, Issue 1, 1 March 2011, p.117-128.

³⁵⁰ XUE Dayuan, *Le contenu principal du Protocole de Nagoya et ses influences potentielles*, *Revue de Biodiversité*, 2011, 19 (1), p. 113-119.

« Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones », de l'OMPI, de la CDB, et de l'Unesco.

L'OMS ouvre la voie de la mise en œuvre d'un environnement juridique approprié à la protection des savoirs traditionnels.

A) Les travaux de l'Organisation mondiale de la santé

163. OMS-1970 : la déclaration d'Alma-Ata. À partir du milieu des années 1970, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a mis en place une équipe spécialisée dans l'étude de l'utilisation de la médecine traditionnelle. En 1978, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a évoqué pour la première fois l'importance de la médecine traditionnelle en tant que source de soins de santé primaire dans la Déclaration d'Alma-Ata³⁵¹. L'OMS a déclaré que cette étude pour fonction de généraliser la reconnaissance de la médecine traditionnelle, de soutenir son affiliation au système de santé national, conformément à l'utilisation de la médecine traditionnelle dans tous les pays, et d'apporter les guides techniques et les informations nécessaires sur l'utilisation en toute sécurité et efficace de cette médecine, ainsi que de maintenir et de protéger les ressources de plantes médicinales et les connaissances traditionnelles médicales pour en promouvoir l'utilisation durable.

164. OMS-1991 : Une stratégie pour la médecine traditionnelle pour 2002-2005. En 1991, la 44^{ème} Assemblée mondiale de la santé de l'OMS a déterminé la ligne directrice du développement de la médecine traditionnelle, en proposant d'affilier la médecine traditionnelle au système de soins de santé de tous les pays et d'établir une norme internationale afin d'apprécier les herbes médicinales et l'acupuncture, et de promouvoir le développement de la médecine traditionnelle³⁵².

³⁵¹ OMS : Déclaration d'alma-Ata sur les soins de santé primaires ; 12 septembre 1978 ; http://www.who.int/topics/primary_health_care/alma_ata_declaration/fr/

³⁵² Résolution de l'assemblée mondiale de la santé, WHA44.34, le 16 Mai 1991. Voir aussi XU Junhong, GUO Hong, Développement dynamique de la médecine traditionnelle du monde et celui de la médecine traditionnelle chinoise internationale, Journal de l'Institut de médecine de Hainan, 2001, no 3, p. 184.
"Aware of the accepted critical place of traditional medicine in many societies; Recognizing the important contribution of traditional medicine to the provision of essential care; Acknowledging the role of traditional medicine in the treatment of illness by informed self-medication; Cognizant of the potential medical and economic value of plant substances; Mindful of the fact that many species of medicinal

Le 16 février 2002, l'OMS a publié pour la première fois la politique générale de la médecine traditionnelle, intitulée « Stratégie de l'OMS pour la médecine traditionnelle pour 2002-2005 ». L'OMS souhaite en appliquant cette stratégie mondiale atteindre les quatre objectifs suivants :

1. Politique : intégrer la MTR (médecine traditionnelle) /MCP (médecine complémentaire et parallèle) aux systèmes nationaux de soins de santé, de manière appropriée, en développant et en mettant en œuvre des politiques et programmes de MTR/MCP ;
2. Innocuité, efficacité et qualité : promouvoir l'innocuité, l'efficacité et la qualité de la MTR/MCP en étendant la base de connaissances relatives à la MTR/MCP et en conseillant sur la réglementation et les normes d'assurance de la qualité ;
3. Accès : augmenter la disponibilité et l'abordabilité de la MTR/MCP, de manière appropriée, en portant un effort spécifique sur l'accès des populations pauvres ;
4. Usage rationnel : promouvoir un usage thérapeutique judicieux de la MTR/MCP appropriée, par les prestataires et les consommateurs³⁵³.

À ce stade, le travail essentiel de l'OMS consiste à déployer une gestion normalisée de la médecine traditionnelle, elle n'a pas encore formulé d'idée directrice sur la protection des droits de propriété intellectuelle de la médecine traditionnelle.

165. OMS-2003 : La résolution de l'OMS. Pour répondre à ces quatre objectifs, en 2003, la 56^{ème} Assemblée mondiale de la santé de l'OMS adopte une résolution dans laquelle elle prie instamment les États membres, conformément à la législation et aux mécanismes nationaux en vigueur³⁵⁴ :

- 1) *D'adapter, d'adopter et de mettre en œuvre, le cas échéant, la stratégie de l'OMS pour la médecine traditionnelle, qui servira de base aux programmes ou aux plans de travail nationaux portant sur la médecine traditionnelle ;*
- 2) *le cas échéant, de formuler et mettre en œuvre des politiques et réglementations nationales sur la médecine traditionnelle, complémentaire ou parallèle pour favoriser*

plants are threatened by ecological and environmental changes; ... Urges Member States: (1) to intensify activities leading to cooperation between those providing traditional medicine and modern health care, respectively, especially as regards the use of scientifically proven, safe and effective traditional remedies to reduce national drug cost; (2) to introduce measures for the regulation and control of acupuncture methods; ”

³⁵³ WHO/EDM/TRM/2002.1, « Stratégie de l'OMS pour la médecine traditionnelle pour 2002-2005 », OMS, Genève, p.6.

³⁵⁴ Résolution de l'assemblée mondiale de la santé, WHA56.31, le 28 mai 2003,

l'utilisation adéquate de la médecine traditionnelle et son intégration dans les systèmes nationaux de soins de santé, en fonction de la situation de chaque pays ;

3) de reconnaître le rôle de certains tradipraticiens en tant qu'importante ressource des services de soins de santé primaires, notamment dans les pays à faible revenu et en fonction de la situation nationale ;

4) de mettre sur pied un système national de contrôle de l'innocuité des médicaments applicable aux plantes médicinales et à d'autres pratiques traditionnelles ou de développer et de renforcer les systèmes existants ;

5) d'apporter un soutien adéquat à la recherche sur les remèdes traditionnels ;

6) de prendre des mesures afin de protéger, de préserver et d'améliorer, le cas échéant, le savoir médical traditionnel et les ressources phytothérapeutiques dans l'optique d'un développement durable de la médecine traditionnelle, selon la situation propre à chaque pays ; ces mesures pourront porter, le cas échéant, sur les droits de propriété intellectuelle des tradipraticiens concernant les formules et les textes de médecine traditionnelle, comme prévu aux termes de la législation nationale en conformité avec les obligations internationales et sur la participation de l'OMPI à la mise en place de systèmes nationaux de protection spéciaux ;

7) de promouvoir et d'apporter un soutien, le cas échéant et en fonction de la situation nationale, la formation et, si nécessaire, le perfectionnement des tradipraticiens et d'instaurer un système de qualification, d'accréditation ou d'autorisation d'exercer des tradipraticiens ;

8) de fournir des informations fiables sur la médecine traditionnelle, complémentaire ou parallèle aux consommateurs et aux prestataires afin de promouvoir sa bonne utilisation ;

9) le cas échéant, d'assurer l'innocuité, l'efficacité et la qualité des médicaments à base de plantes en établissant des normes nationales ou en publiant des monographies concernant les matières premières végétales et les formules de médecine traditionnelle ;

10) d'encourager, le cas échéant, l'inscription des médicaments à base de plantes dans les listes nationales de médicaments essentiels, en s'attachant particulièrement aux besoins de santé publique avérés des pays et à l'innocuité, la qualité et l'efficacité vérifiées de ces médicaments ;

11) de promouvoir, le cas échéant, l'enseignement de la médecine traditionnelle dans les écoles de médecine ;.

Le travail de l'OMS sur la médecine traditionnelle a donc débuté en 1970. En 2003, la

56^{ème} assemblée adopte une résolution dont la mise en œuvre n'est pas suivie d'accords internationaux. Mais d'autres conventions et accords sur le savoir traditionnel vont compléter cet environnement juridique en friche.

B) La Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones

166. ONU-2007 : Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones.

En 1982, la Sous-Commission de la Commission des droits de l'homme a constitué un groupe de travail sur les populations autochtones, qui a étudié les faits nouveaux se rapportant aux droits des peuples autochtones et œuvré à l'instauration de normes internationales concernant leurs droits. Le groupe de travail a élaboré un projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones³⁵⁵. Un autre groupe de travail de la Commission des droits de l'homme³⁵⁶ l'a ensuite retravaillée de 1995 à 2006. Le 29 juin 2006, le Conseil des droits de l'homme (successeur de la commission) a adopté la « Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones » dès sa première session. Le 13 septembre 2007, Après plus de vingt ans de gestation, cette Déclaration sur les droits des peuples autochtones (ci-après la Déclaration) a été entérinée par l'Assemblée générale des Nations unies³⁵⁷.

Dans la « Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones », de nombreux articles concernent la protection des connaissances autochtones et de la médecine traditionnelle. La Déclaration affirme aussi les droits dont les peuples autochtones bénéficient sur les connaissances traditionnelles. Par exemple, l'article 24 de la Déclaration est stipulé ainsi³⁵⁸ :

« 1. Les peuples autochtones ont droit à leur pharmacopée traditionnelle et ils ont le droit de conserver leurs pratiques médicales, notamment de préserver leurs plantes

³⁵⁵ Human Rights Council Res. 2006/2, Working group of the Commission on Human Rights to elaborate a draft declaration in accordance with paragraph 5 of the General Assembly res. 49/214 of 23 December 1994 (2006), <http://hrlibrary.umn.edu/hrcouncil2-2006.html>

³⁵⁶ WICK Raidza Torres, Commentaries on Raidza Torres, *The Rights of Indigenous Populations: The Emerging International Norm*, The Yale Journal of International Law, Summer 2000, p.293. Voir aussi <http://www.gitpa.org/Processus%20GITPA%202000/gitpa200-2marieleger.pdf>

³⁵⁷ <http://www.un.org/fr/rights/overview/themes/indigenous.shtml>

³⁵⁸ http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_fr.pdf

médicinales, animaux et minéraux d'intérêt vital. Les autochtones ont aussi le droit d'avoir accès, sans aucune discrimination, à tous les services sociaux et de santé.

2. Les autochtones ont le droit, en toute égalité, de jouir du meilleur état possible de santé physique et mentale. Les États prennent les mesures nécessaires en vue d'assurer progressivement la pleine réalisation de ce droit. »

La Déclaration montre pleinement sa volonté à ce que les peuples autochtones qui le souhaitent puissent protéger leurs connaissances traditionnelles. Il peut être regretté que cette Déclaration ne soit pas un document contraignant et ne joue qu'un rôle limité dans la protection de la médecine traditionnelle. Malgré tout, il constitue à minima une déclaration internationale consensuelle qui préconise que les entités traditionnelles ont des droits de contrôle sur la médecine traditionnelle.

C) Les travaux de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

167. OMPI-2009 : l'IGC. Initié par les discussions menées plus tôt par la CDB, le sujet de la protection des connaissances traditionnelles a suscité l'attention de la communauté internationale. En tant qu'institution spécialisée dans la propriété intellectuelle, l'OMPI s'est alors intéressé à la protection des connaissances traditionnelles. Créé en 2000, le Comité inter-gouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC) de l'OMPI est une instance où les États membres de l'OMPI débattent des questions de propriété intellectuelle qui se posent dans le contexte de l'accès aux ressources génétiques et du partage des avantages ainsi qu'en ce qui concerne la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles.

Depuis 2009, « l'Instance à caractère exploratoire » s'est transformée en un véritable organe de négociation, doté d'un calendrier clair et de méthodes de travail éprouvées. Il a néanmoins été à l'origine d'acquis majeurs, par exemple pour fournir des précisions sur les aspects de propriété intellectuelle des conditions convenues d'un commun accord en matière de partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques. L'OMPI a mis sur pied et actualise régulièrement une base

de données en ligne des pratiques contractuelles pertinentes en la matière. Elle a également établi un projet de principes directeurs concernant les clauses de propriété intellectuelle pour les accords relatifs à l'accès et au partage des avantages³⁵⁹.

Bien que la protection des connaissances traditionnelles et leurs sujets connexes n'aient pas encore connu de résultats probants via l'OMPI, les pays membres manifestent tout au moins un intérêt et un certain respect à leur égard et à celui du partage des avantages et intérêts.

D) La Convention de l'Unesco

168. Unesco-2003 : la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.

De son côté l'Unesco œuvre en parallèle de la CDB pour la sauvegarde du patrimoine. En octobre 2003, la « Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel » a été adoptée par l'Unesco, qui reconnaît que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus jouent un rôle important dans la création, la protection, le maintien et l'innovation du patrimoine culturel immatériel. Les objectifs de cette Convention sont le respect du patrimoine culturel immatériel des communautés, des groupes et des individus concernés³⁶⁰ et la sensibilisation aux niveaux local, national et international à l'importance du patrimoine culturel immatériel et de son appréciation mutuelle³⁶¹.

Selon la Convention, « sauvegarde » se réfère aux mesures visant à assurer la viabilité du patrimoine culturel immatériel, y compris l'identification, la documentation, la recherche, la préservation, la protection, la promotion, la mise en valeur, la transmission, essentiellement par l'éducation formelle et non formelle, ainsi que la revitalisation des différents aspects de ce patrimoine³⁶². La Convention met l'accent sur une étude de conservation et de sauvegarde conforme aux lois du développement objectif du patrimoine culturel immatériel. Selon les besoins de conservation et de

³⁵⁹ http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/wipo_pub_tk_2.pdf

³⁶⁰ Article 1(b) de la « Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel ».

³⁶¹ Article 1(c) de la « Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel ».

³⁶² Article 2, alinéa 3 de la « Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel ».

sauvegarde, il faut non seulement penser à la menace potentielle de disparition, mais aussi à la prise en compte de l'utilisation et de son développement durable.

169. L'Unesco et le patrimoine culturel immatériel. La Convention définit le « patrimoine culturel immatériel » comme les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire - ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés - que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine³⁶³.

Le patrimoine culturel immatériel se manifeste notamment dans les domaines suivants³⁶⁴ :

- « (a) les traditions et expressions orales, y compris la langue comme vecteur du patrimoine culturel immatériel ;
- (b) les arts du spectacle ;
- (c) les pratiques sociales, rituels et événements festifs ;
- (d) les connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers ;
- (e) les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel. »

La médecine traditionnelle entre dans la quatrième catégorie, celle des connaissances et des pratiques concernant la nature et l'univers. En raison de ses spécialités régionales et transmissibles, ainsi que de sa transmission et de son développement fondés sur la tradition, la médecine traditionnelle relève du patrimoine culturel immatériel défini par l'Unesco.

Le préambule de la « Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel » stipule que la présente convention est élaborée en « se référant aux instruments internationaux existants relatifs aux droits de l'homme, en particulier à la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 ». Ce préambule manifeste ainsi les relations étroites entre la

³⁶³ Article 2, alinéa 1 de la « Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel »

³⁶⁴ Article 2, alinéa 2 de la « Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel »

convention et le droit international relatif aux droits de l'Homme. La sauvegarde de la diversité des expressions culturelles et du patrimoine culturel immatériel se conçoit ainsi via la protection des droits de l'Homme. Les préceptes des droits de l'Homme constituent alors un fondement du patrimoine culturel immatériel, et aussi une manifestation du droit collectif. La relation étroite entre la convention et les droits de l'homme coïncide parfaitement avec les objectifs de sauvegarde de la médecine traditionnelle.

Unesco-2005 : la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. Après la « Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel » de 2003, l'Unesco adopte en 2005 la « Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles ». Ces conventions déterminent la définition, la connotation et les critères de déclaration du patrimoine culturel immatériel. Le principal objectif de la protection du patrimoine culturel immatériel est de maintenir la diversité culturelle afin de stimuler davantage la créativité des êtres humains.

Dans cette « Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel », le terme de « sauvegarde » désigne les mesures visant à assurer la viabilité du patrimoine culturel immatériel, comprenant : l'identification, la documentation, la recherche, la préservation, la protection, la promotion, la mise en valeur, la transmission, essentiellement par l'éducation formelle et non formelle, ainsi que la revitalisation des différents aspects de ce patrimoine³⁶⁵.

Les listes du patrimoine culturel immatériel ont été établies en 2008, lorsque la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel a pris effet. Chaque année, le Comité se réunit pour évaluer les candidatures et décider d'inscrire ou non les pratiques et expressions culturelles au patrimoine immatériel proposées par les États participants à la Convention de 2003. La Chine a eu 39 éléments inscrits sur les listes, dont 31 sur la liste représentative du patrimoine culturel immatériel de l'humanité, 7 sur la liste du patrimoine culturel immatériel nécessitant une sauvegarde urgente, et 1 sur le registre de bonnes pratiques de sauvegarde³⁶⁶. L'acupuncture et la moxibustion de la

³⁶⁵ Article 2, alinéa 3, « Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel ».

³⁶⁶ Les Listes du patrimoine culturel immatériel et le Registre des meilleures pratiques de sauvegarde, 20/12/2016, <http://www.unesco.org/culture/ich/fr/listes?display=default&text=&inscription=0&country=00045&multinational=3&type=0&domain=0&display1=inscriptionID>

médecine traditionnelle chinoise ont été inscrites en 2010 sur la liste représentative du patrimoine culturel immatériel de l'humanité, ce sont les seuls éléments concernant la médecine traditionnelle chinoise inscrits sur les listes.

Ainsi donc dans ce premier tour d'horizon sur l'univers juridique qui borde la protection des savoirs traditionnels émerge la CDB. Elle fut donc très plébiscitée par les pays dont les ressources génétiques étaient convoitées. À l'opposé quelques pays développés ont souhaité rester à l'écart des engagements de cette convention et se sont appuyés pour cela sur l'ADPIC.

SECTION 2 : LE SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL

FACE À L'OMC

170. Des avancées majeures en propriété intellectuelle mais surtout dans échanges commerciaux ont été obtenues par la ratification de l'ADPIC, mais il présente ostensiblement une frontière aux efforts déployés par la CDB en faveur des savoirs traditionnels.

§ 1 : L'Organisation mondiale du commerce et l'ADPIC

171. **OMC-1994 : l'ADPIC.** L'ADPIC correspond à la troisième partie de l'accord du GATT signé à Marrakech le 15 avril 1994. Son but est d'harmoniser la propriété intellectuelle à l'échelle mondiale sur un niveau de protection conséquent afin de promouvoir le développement économique, par un rôle d'accroissement du transfert et de la diffusion de la technologie. Le traité couvre la protection de l'ensemble des domaines de la propriété intellectuelle : marques de fabrique et de commerce, droits d'auteur, droits voisins, indications géographiques, dessins et modèles industriels,

brevets, ainsi que les connaissances non divulguées³⁶⁷. En tant qu'organisations internationales pour le commerce, l'OMC et le Conseil de l'ADPIC ne prennent pas véritablement une position en faveur de la protection des connaissances traditionnelles. La signature de la CDB en 1992 a déterminé les politiques sur la protection de la biodiversité et des connaissances traditionnelles, mais l'ADPIC signé plusieurs années plus tard n'a pas traité de ces deux questions que sont la protection de la biodiversité et les connaissances traditionnelles, ce qui a directement engendré bon nombre de phénomènes de biopiraterie et de génépiterie. Dans la réunion préliminaire de la Conférence ministérielle de l'OMC à Seattle en 1999, beaucoup de pays étaient d'avis d'adopter un système de protection spécifique pour protéger les connaissances traditionnelles, mais finalement, pour une multitude de raisons, cette proposition n'a pas été mise en pratique. Par la suite, en raison du rôle de plus en plus important joué par les connaissances traditionnelles dans le développement durable de la société humaine, la Conférence ministérielle de l'OMC a désigné dans la Déclaration Doha en 2001 le Conseil d'ADPIC compétent pour examiner les questions sur la protection internationale de l'art et la littérature folkloriques et des connaissances traditionnelles. À la suite de quoi, les questions sur la protection des connaissances traditionnelles sont dès lors mises à l'ordre du jour³⁶⁸. Bien des États membres de l'OMC prétendent qu'il faut modifier le contenu connexe dans l'ADPIC pour correspondre à la *Convention sur la diversité biologique* (CDB). Par exemple, dans la *Convention sur la diversité biologique*, il est réclamé au dépositaire de la demande de brevet une révélation de la région d'origine des connaissances traditionnelles utilisées dans son invention et une détention du certificat de la source d'origine des connaissances traditionnelles. Bien qu'il y ait aussi des dispositions relatives à cette révélation dans l'ADPIC, le contenu concret soumis à révélation diffère, car les États membres de l'OMC ne précisent pas que le candidat du brevet soit obligatoirement tenu de publier la source d'origine des connaissances traditionnelles.

³⁶⁷ CHRETIEN François, 10 ans d'ADPIC, Propriété industrielle, n° 3, Mars 2005, alerte25.

³⁶⁸ YAN Yonghe, *La protection de la propriété intellectuelle des savoirs traditionnels*, Éditions juridique, 2006, p. 102.

§ 2 : Antagonisme entre CDB et ADPIC

172. Pour comprendre la position des parties prenantes dans cet antagonisme entre CDB et ADPIC il faut dans un premier temps préciser la vision de l'ADPIC sur les connaissances traditionnelles, ce qui permet d'expliquer la divergence qui en résulte entre pays.

A) L'approche des connaissances traditionnelles par l'ADPIC

173. L'OMC est actuellement la seule organisation à l'échelle internationale qui s'occupe du contrôle de l'exécution des accords commerciaux des États membres et des entités économiques. Les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) composent les trois piliers du cadre de la loi de l'OMC.

174. **ADPIC et connaissances traditionnelles.** Les articles dans l'ADPIC qui concernent le plus la protection des connaissances traditionnelles sont ceux relatifs à la protection de la propriété intellectuelle. L'article 27.1 de l'ADPIC stipule que l'invention dans tous les domaines technologiques a la possibilité d'être breveté, à condition de répondre à l'originalité, la créativité et la fonctionnalité. Toutefois, quand il est vraiment probable que l'invention est issue de ressources génétiques et / ou de connaissances traditionnelles, l'ADPIC n'évoque aucunement le principe du consentement préalable en connaissance de cause et du partage des avantages.

Aussi lors de l'application des accords de l'ADPIC et de la CDB, de nombreuses interprétations divergentes sont apparues. Par exemple, la CDB appuie le principe de la souveraineté nationale sur les ressources génétiques, sur la protection des connaissances traditionnelles et sur le consentement préalable en connaissance de cause ainsi que sur le partage des avantages, tandis que l'ADPIC au contraire insiste spécifiquement sur le fait que les droits de propriété intellectuelle font partie du domaine du droit privé. Lorsqu'une invention est brevetée, elle n'est pas/plus publique pendant une période

définie, et seul l'ayant a le droit d'en disposer. Cette règle est potentiellement applicable quand bien même elle se fait au détriment de la protection des connaissances traditionnelles.

Par conséquent, les pays en voie de développement cherchent à faire intégrer dans l'ADPIC les dispositions relatives aux connaissances traditionnelles de la CDB. Mais les divergences de points de vue rendent difficiles les actions concertées et homogènes à cette fin. La position de la CDB est que lorsqu'un produit ou un procédé a existé dans une culture pendant une longue période, il est protégé en vertu du droit de la propriété intellectuelle. En revanche, selon l'ADPIC, s'il n'est pas breveté, il n'est pas détenu et donc pas protégé en tant que tel. Dès lors le savoir-faire qu'il représente le cas échéant peut entrer ou faire partie du patrimoine commun mondial disponible pour être exploité par toute personne qui le souhaite³⁶⁹.

Parallèlement des pays en voie de développement signalent de nombreux cas de brevets illégitimes sur des connaissances traditionnelles. La raison principale en est que le dispositif actuel du brevet n'est pas en mesure d'éviter cet écueil. Par exemple, lors de l'examen d'originalité, de nombreux pays ne reconnaissent pas les technologies popularisées à l'étranger comme relevant de technologies existantes. D'autant que les connaissances traditionnelles existent plutôt sous forme orale et sont difficiles à connaître par les organismes d'examen des autres États membres.

B) Les avis divergents entre pays

175. ADPIC et CDB : deux entités juridiques autonomes. Puisque l'ADPIC ne fait pas référence à la CDB et que la CDB ne mentionne pas l'ADPIC, nombreux sont ceux qui défendent l'idée qu'il n'existe donc pas de conflit entre ces deux textes. Il est même parfois avancé que l'ADPIC complète la CDB dans le sens où le brevet engendre souvent une commercialisation qui elle-même génère les avantages qui seront la condition préalable de tout accord potentiel de partage. D'autres contestent cet

³⁶⁹ BODEKER Gerard, *Traditional Medical Knowledge, Intellectual Property Rights and Benefit Sharing*, Symposium: Traditional knowledge, intellectual property, and indigenous culture, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Summer 2003, p.790. Essentially, the CBD takes the view that if a product or process has existed in a culture for a long period of time, it is owned and hence protected under intellectual property law. By contrast, the view under TRIPS is that if it is not patented it is not owned. If it is not owned, it represents knowledge that is part of a global commons available for exploitation by all who so wish.

argument en précisant que puisque le brevet fondé sur l'utilisation des ressources génétiques est autorisé aux termes de l'ADPIC sous réserve de satisfaire aux critères de brevetabilité, celui-ci ne répond pas aux objectifs de la CDB car ces critères de brevetabilité n'incluent pas le consentement préalable donné en connaissance de cause ni de modalités mutuellement convenues pour le partage des avantages. De plus, si la CDB affirme la souveraineté nationale sur les ressources génétiques, aucune disposition dans ce sens n'apparaît dans l'ADPIC. L'ADPIC ne parle pas des obligations stipulées par la CDB quand il permet à des sociétés étrangères d'obtenir des droits privés dérivés de ressources nationales³⁷⁰.

De fait, la position des pays en voie de développement est diamétralement opposée à celle des pays développés sur l'analyse des liens entre ADPIC et CDB. Les pays en voie de développement ont compris qu'il existe des conflits de fond entre l'ADPIC et la CDB. L'ADPIC est fondé sur un concept restreint de l'innovation. De ce fait, l'ADPIC aurait besoin d'être modifié pour que sa notion de l'innovation soit compatible avec les principes de la CDB. Ces pays cherchent donc à faire modifier l'article 27.3(b) de l'ADPIC pour prescrire aux États membres de ne pas donner de protection aux brevets relatifs à toute forme vivante ou de l'une de ses parties. Et si ces pays ne parviennent pas ou difficilement à un consensus sur ce point, elles œuvrent tout au moins à ce qu'au moins les inventions basées sur des connaissances traditionnelles ou celles dérivées des produits et des méthodes concernant les connaissances traditionnelles ne puissent pas être brevetées. Certains pays recommandent lors des discussions que lorsqu'une invention est soumise à une demande de brevet qui ne répond pas à l'accès légitime et au partage des bénéfices stipulés dans l'article 15 de la CDB, elle non plus ne doit pas pouvoir être brevetée. Mais la position défendue par quelques pays développés avec à leur tête les États-Unis reste ferme³⁷¹. Ils soutiennent que la CDB et l'ADPIC sont en phase sur l'essentiel. L'ADPIC et la CDB ne divergent que sur des buts et des problèmes à régler. D'ailleurs, le décernement du brevet aux inventions utilisant les

³⁷⁰ 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.110. http://www.iprcommission.org/graphic/French_Intro.htm

³⁷¹ HOLWICK Scott, *Developing Nations and the Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, 2000, p.56. "The developed nations' negotiating position has not wavered. They claim that indigenous peoples' common knowledge is already protected by the CBD. They further contend that the CBD and the TRIPS Agreement are essentially in accord. Finally, they urge that any developing nation choosing to create a sui generis national intellectual property system should base such a system on the internationally "accepted" UPOV model."

connaissances traditionnelles n'empêche pas les Parties de la CDB d'exercer une souveraineté sur leurs ressources génétiques et à légiférer sur l'accès aux connaissances traditionnelles et sur le partage des avantages. Ces pays affirment que le savoir commun des peuples autochtones est déjà protégé par la CDB, et que la CDB et l'ADPIC doivent être exécutés dans les environnements qui leurs sont propres. En conséquence, aucune modification n'est nécessaire. Ils refusent une application dans le cadre de l'ADPIC en faveur des connaissances traditionnelles.

176. À ce jour, les dissensions potentielles entre l'ADPIC et la CDB n'ont pas été corrigées, limitant de fait les possibilités d'amélioration de la situation. Dès lors, quelques pays souhaitant s'équiper juridiquement d'une protection plus avancée pour leurs ressources génétiques et leurs connaissances traditionnelles ont développé des législations sui generis, et se sont parfois associés avec d'autres pour une meilleure efficacité. De nombreuses stratégies ont été explorées y compris en matière de propriété intellectuelle. Un des objectifs de la deuxième partie de cette étude est de les explorer.

CONCLUSION TITRE II

177. La présente étude utilise la référence à la médecine traditionnelle chinoise pour illustrer les évolutions au cours de l'histoire et les difficultés actuelles que connaissent les médecines traditionnelles de par le monde. L'histoire de la MTC est en effet caractéristique des événements rencontrés par les SFT durant ses évolutions millénaires : les médecines traditionnelles se renforcent parfois au gré des guerres et des épidémies, de l'intérêt que leur portent les dirigeants, et subissent des destructions majeures notamment depuis quelques décennies lorsqu'elles se sont confrontées aux médecines conventionnelles qui apparaissent bien plus modernes, efficaces, scientifiques, rigoureuses, accessibles, et surtout plus lucratives. Les efforts pour contraindre la médecine traditionnelle à s'adapter aux méthodes de la médecine moderne lui sont particulièrement préjudiciables, la dénature et la vide de sa substance fondamentale. Parallèlement la qualité de l'apprentissage de ces MT périclite au profit de la médecine moderne, les bons médecins potentiels en MT pouvant disposer pour de moindres efforts d'une meilleure carrière, d'une meilleure rémunération, d'un meilleur soutien de l'État s'ils suivent les préceptes de la médecine moderne ou s'ils les adaptent à la MT.

178. Toutefois l'attrait commercial de la valeur « traditionnelle » et dans certains cas les échecs que rencontre parfois la médecine chimique, ont ouvert des perspectives financières intéressantes sur des produits estampillés « traditionnels » qui rapprochent les clients des tendances naturelles. En outre les scientifiques espèrent trouver dans les savoirs du bout du monde des remèdes à des maladies incurables. Dès lors de nombreux cas de biopiraterie ont émaillé l'histoire des pays en voie de développement. Ces derniers ont cherché protection dans la mise au point d'accords et de lois internationaux, dont les plus probants restent la *Convention sur la diversité biologique* et le *Protocole de Nagoya*, qui se heurtent encore à l'heure actuelle à l'ADPIC moins restrictif et surtout notoirement plus favorable aux brevets prédateurs des SFT, notamment parce qu'il est interprété de façon différente selon les pays.

CONCLUSION PARTIE

PREMIÈRE

179. L'analyse sémantique de l'expression « savoir-faire traditionnel en médecine » en France, en Chine et à l'international a permis de poser une définition proposée en conclusion du Titre I³⁷², mais également de comprendre qu'elle n'est pas rigoureusement importante pour traiter du sujet de sa protection, et que dans ce domaine de nombreuses largesses vocables existent y compris dans l'univers juridique sans être directement préjudiciables à la recherche de protection. Par ailleurs l'étude présentée au Titre II nous donne un aperçu global de l'environnement passé et présent des savoir-faire traditionnels en médecine et de leur protection.

180. Il ressort également de notre approche que le fondement principal du droit international destiné à garantir des droits aux entités traditionnelles sur les ressources génétiques dont ils disposent et sur leurs connaissances traditionnelles, et donc sur leurs savoir-faire, se base en grande partie sur la *Convention sur la diversité biologique* (CDB) et sur les travaux de l'ONU. Néanmoins cette Convention se heurte au dictat de

³⁷² Le savoir-faire traditionnel en médecine correspond à des connaissances, compétences et pratiques fondées sur les théories, les croyances et l'expérience, nées dans différentes cultures qui, qu'elles soient explicables ou non, sont utilisées pour l'entretien de la santé ainsi que la prévention, le diagnostic, l'amélioration ou le traitement des maladies physiques ou mentales.

l'OMC qui part l'ADPIC favorise le développement des brevets aux dépens des connaissances traditionnelles.

181. Cet état des lieux réalisé, il devient accessible d'approfondir et d'analyser celui de la protection effective et potentielle des savoir-faire traditionnels en médecine.

**PARTIE SECONDE : LES
VOIES DE PROTECTION DU
SAVOIR-FAIRE
TRADITIONNEL EN
MÉDECINE**

182. La première partie de cette étude a permis de cerner les notions et de proposer une définition du savoir-faire traditionnel en médecine en apportant des précisions sur le choix des termes, puis de présenter un état des lieux de son environnement passé et présent, notamment juridique.

La seconde partie va s'attacher à préciser les possibilités de protection de ce savoir-faire traditionnel en médecine, en s'appuyant d'une part sur les législations nationales existantes au sein de différents pays, puis dans le second Titre sur les accords internationaux et conventions internationales en vigueur.

TITRE I : LES VOIES NATIONALES DE PROTECTION DU SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL EN MÉDECINE

183. Pour aborder les possibilités de protection des savoir-faire traditionnels en médecine à l'échelle d'une nation, nous étudierons dans un premier chapitre les possibilités et impossibilités que présente le droit de la propriété intellectuelle, puis en chapitre second les voies accessibles hors du champ de la propriété intellectuelle. En matière de terminologie nous emploierons indifféremment les expressions savoir-traditionnel, connaissance traditionnelle, savoir-faire traditionnel, de par les résultats de la première partie de cette étude qui offre dans ce domaine une liberté non préjudiciable à l'étude des possibilités de protection.

CHAPITRE 1 : PROTECTION PAR LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

184. Protéger les savoirs traditionnels par de droit de la propriété intellectuelle, controverse d’experts. Certains experts³⁷³ soutiennent que la protection des connaissances traditionnelles doit s’appuyer sur les mêmes moyens de protection que ceux des connaissances techniques en utilisant les mécanismes actuels de la propriété intellectuelle, afin de proposer des champs d’application similaires. Ils considèrent que les savoirs traditionnels peuvent être protégés par le droit de la propriété intellectuelle affirmant qu’ils répondent aux conditions de la nouveauté³⁷⁴, de la créativité³⁷⁵ et de l’application industrielle.

Cependant une telle orientation modifie, altère voire même désavoue les mécanismes actuels de protection de la propriété intellectuelle, notamment certains principes importants du droit des brevets. Par ailleurs elle suscite quelques questions auxquelles il convient de porter attention. Une telle proposition :

- est-elle en mesure de réguler les intérêts entre les différentes parties dans le cadre de l’utilisation des connaissances ?
- est-elle susceptible de favoriser le développement du progrès technique et des savoir-faire ?
- peut-elle réellement être mise en œuvre en pratique ?

³⁷³ YAN Yonghe, *Les stratégies de protection et les cadres institutionnels des droits relatifs aux savoirs traditionnels au sens des minorités nationales en Chine - un exemple de médecine traditionnelle des minorités nationales*, Études ethniques, 2006, n°2, p.4-5. ZHANG Dong, *l’orientation de la législation sur la protection des savoirs traditionnels - un exemple de l’internationalisation de la médecine traditionnelle chinoise*, Propriété intellectuelle, 2011, n°4, p.76. FU Ying, FENG Xiaoqing, *Justification of Protecting Traditional Knowledge by Intellectual Property Law*, Journal of Xiangtan University (Philosophy and Social Sciences), Mars 2005, Vol.29, n°2, p.115. LI Zuming, *Étude de la protection des indications géographiques sous l’angle des savoirs traditionnels*, Intellectual Property, Janvier 2009, Vol.19, n°109, p.10-15. YAN Yonghe, Zhang Jin, *Une vision internationale de la sauvegarde des connaissances traditionnelles : exploration, confusion et perspective*, dans TANG Guangliang (éds.), *Les études de propriété intellectuelle*, Tome 17, Éditions Fang Zheng en Chine, 2005.

³⁷⁴ GU zuxue, *On the Ability of Traditional Knowledge to Obtain Intellectual Property*, Journal of Xiamen University (Arts & Social Sciences), 2006, n°2, p.13.

³⁷⁵ MA Yan, *Protection de la propriété intellectuelle du patrimoine culturel immatériel – Réflexions sur la protection juridique de la médecine autochtone*, Economic Research Guide, 2014, n°28, p.299.

- est-elle véritablement en mesure d'atteindre les objectifs de protection au plan législatif ?

L'étude des spécificités de protection apportées par le droit de la propriété intellectuelle nous permettra d'apporter quelques réponses.

Toutefois dans le cadre de notre recherche, pour appréhender la protection de ces connaissances traditionnelles par le droit de la propriété intellectuelle, il convient de se rapprocher des bases utilisées pour la protection conventionnelle d'une création intellectuelle, comme le brevet, ce qui sera fait dans cette première section, puis d'analyser les sources de protection issues des droits dérivés dans une seconde section.

SECTION 1 : PROTECTION DES SFT PAR LE BREVET ET LE SECRET COMMERCIAL

185. Les deux piliers qui configurent les bases de la protection par le droit de la propriété intellectuelle sont les brevets et le secret commercial lui-même renforcé récemment en France au titre du secret d'affaires.

§ 1 : Le droit des brevets

186. Une présentation du système de protection offert par les brevets nous permettra ensuite de relever les difficultés que rencontreraient les SFT et connaissances traditionnelles à chercher une sécurisation dans ce domaine.

A) Présentation du système de protection

187. Les conditions de la brevetabilité. Le système de protection des brevets défini dans le cadre de l'ADPIC est issu de privilèges remontant au moyen-âge. Suivant les dispositions de l'article 27 alinéa 1 de cet accord international³⁷⁶, « un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle »³⁷⁷. Il faut donc que le produit ou l'invention dans un domaine technologique soit nouveau, implique une activité inventive et soit susceptible d'application industrielle pour pouvoir disposer du droit d'être breveté. Le « Droit des brevets » dans les institutions juridiques modernes

³⁷⁶ Suivant les dispositions des paragraphes 2 et 3 de l'ADPIC

³⁷⁷ Article L611-10 du Code de la propriété intellectuelle.

prévoit que pour son invention un demandeur dépose le brevet au bureau des brevets, et qu'après examen et ratification par cet organisme appliquant la loi de son pays, il obtienne un droit exclusif sur cette invention et qu'il en dispose suivant un cadre déterminé. Le principe fondamental du droit des brevets repose sur l'acquisition d'une exclusivité à mettre en pratique son brevet. Mais la sauvegarde des connaissances traditionnelles par l'intermédiaire de ces institutions liées aux brevets poserait de nombreuses difficultés.

B) Breveter les connaissances traditionnelles

1) LA DÉTERMINATION DU TITULAIRE DE DROIT

188. Brevet et SFT : la détermination du titulaire. Il est généralement admis que l'une des caractéristiques les plus notables des connaissances traditionnelles réside dans sa composante de création et de modification collective³⁷⁸. Les connaissances et les savoir-faire maîtrisés aujourd'hui par une tribu autochtone résultent de conclusions communément puisées parfois dans des expériences perpétrées sur des milliers d'années, et réalisées par toute la tribu³⁷⁹. L'apprentissage, l'application et la transmission de ces connaissances et savoir-faire sont parfois étroitement liés aux sacrifices individuels d'innombrables membres de la tribu³⁸⁰. Lorsque les individus consentaient à titre personnel ou individuel à de telles expériences, ils n'avaient pas en principe l'intention de se séparer de leur tribu. Puis, de générations en générations, les caractéristiques de ces contributions personnelles ont disparu, rendant impossible la séparation et à plus forte raison l'attribution individuelle de ces contributions personnelles³⁸¹. En plus de cette origine basée sur des sacrifices individuels à la fois indissociables de l'entité globale de la tribu, impossibles à individualiser ni même à

³⁷⁸ ZHENG Chengsi, *Les œuvres artistiques et littéraires folkloriques ainsi que les conseils sur leur mode de sauvegarde en Chine*, dans ZHENG Chengsi (éds.), *Les études de propriété intellectuelle*, Tome 3, Éditions Fang Zheng en Chine, 1997, p. 86.

³⁷⁹ XU Jiali, *On Legal Protection of Traditional Knowledge*, *Journal of South-Central University for Nationalities (Humanities and Social Sciences)*, Mars 2006, Vol.26, n°2, p.95.

³⁸⁰ LI Changjian, XU Haiping, *La justification de la protection des savoirs traditionnels par le droit de la propriété intellectuelle - la communauté en tant que titulaire du droit*, *Presentday Law Science*, Juin 2007, Vol.5, n°3, p.12.

³⁸¹ AN Shouhai, *Analyse sur le sujet et l'objet dans la protection des savoirs traditionnels - Du point de vue de la législation locale*, *Intellectual Property*, mai 2008, Vol.18, n°3, p.61.

vérifier, les mœurs, les habitudes, l'ordre social et la structure de la société traditionnelle engendrent également l'impossibilité de définir l'appartenance de droits suivant des principes individualistes³⁸².

Sur la base de ces considérations, de nombreux experts³⁸³ soutiennent que la protection des connaissances traditionnelles doit s'établir sur un modèle de propriété commune. Toutefois ce modèle se trouve souvent contesté, notamment par la théorie de la « tragédie des biens communs », qui démontre qu'un bien commun peut être menacé par les surexploitations individuelles au détriment de l'intérêt général de ce bien³⁸⁴.

Or un modèle de propriété commune reste plus réaliste, bien plus que celui d'une propriété qui serait répartie individuellement entre tous les membres du groupe.

Il convient de noter que de nombreuses communautés conservent la tradition de partager et d'utiliser par tous ses membres des savoirs traditionnels et des ressources génétiques, mais que cela ne signifie pas pour autant sur le plan juridique que ces savoirs et ressources sont une propriété commune.

Par exemple de nombreuses tribus permettent à tous leurs membres d'utiliser librement les connaissances traditionnelles de la tribu, de les transmettre librement à d'autres personnes, même à des personnes en dehors de la tribu³⁸⁵. Si la loi attribue un droit de propriété collective communautaire à la tribu, les habitudes de vie des membres de communauté sont modifiées et doivent alors se barder de restrictions : les membres de communauté sont obligés de considérer leurs connaissances ou savoir-faire comme un bien propre appartenant à la tribu, ils n'ont plus le droit d'en disposer librement. Tout au moins, ils ne peuvent plus transmettre librement ces connaissances en dehors de la communauté, ou permettre à d'autres personnes extérieures à la tribu d'utiliser ces

³⁸² ZHU Xuezhong, *Study on the Legal Protection of Traditional Knowledge*, Journal of Central China Normal University (Humanities and Social Sciences), 2004, Vol.43, n°3, p.33.

³⁸³ AN Shouhai, *Analyse sur le sujet et l'objet dans la protection des savoirs traditionnels - Du point de vue de la législation locale*, Intellectual Property, mai 2008, Vol.18, n°3, p.61. LI Changjian, XU Haiping, *La justification de la protection des savoirs traditionnels par le droit de la propriété intellectuelle - la communauté en tant que titulaire du droit*, Presentday Law Science, Juin 2007, Vol.5, n°3, p.14. YANG Ming, *La protection juridique des savoirs traditionnels : Sélection du mode et système*, Studies in law and business, 2006, n°1, p.118.

³⁸⁴ Tragedy of the commons : La tragédie des biens communs est un modèle proposé en 1968 par Garrett Hardin (1915-2003) et qui a eu un très grand retentissement parmi les économistes et les écologistes (il s'agit d'un des textes scientifiques les plus cités). Reprenant un exemple présenté en 1833 par un mathématicien, Lloyd, il suppose l'existence d'un pré communal partagé entre plusieurs éleveurs, c'est-à-dire d'un bien non approprié (bien commun ou bien collectif). Pour gagner plus, un éleveur a intérêt à augmenter le nombre de bêtes qu'il place sur le pâturage. Cependant, cet intérêt individuel est contraire à l'intérêt commun puisqu'il conduit à un phénomène de surpâturage qui détruit la ressource.

³⁸⁵ XU Jiali, *L'exploitation des savoirs traditionnels et la protection de la propriété intellectuelle*, China Legal Science, 2005, n°6, p.113.

savoir-faire. Cette transformation prive de fait les membres de la communauté de leur droit coutumier. Elle réforme alors la structure de la communauté en se référant à un modèle d'entreprise – les membres de la communauté s'apparentant alors à des employés de l'entreprise « tribu » - Ils ne doivent pas divulguer ou autoriser aux tiers l'utilisation des connaissances et savoir-faire de cette communauté sans autorisation. Un tel changement doit-il et peut-il être véritablement imposé et accepté par les membres de la communauté ?

Il est par ailleurs tout à fait possible de compliquer ce développement.

La possession et l'utilisation en communauté de savoir-faire traditionnels n'est qu'une représentation simplifiée de la question. Dans de nombreuses communautés traditionnelles, les relations sociales qui commandent la pratique culturelle et les savoir-faire traditionnels sont nettement plus compliquées que dans ce modèle simplifié³⁸⁶.

Ainsi le droit coutumier de certaines communautés traditionnelles s'apparente sur de nombreux aspects à celui de la propriété intellectuelle moderne. Il permet à leurs membres de disposer d'un droit ressemblant au droit d'auteur en matière de musique traditionnelle, danse, sculpture, et autres aspects artistiques développés par les membres. Le droit coutumier peut également emprunter des similitudes aux principes du droit des marques pour la production de vêtements, production agricole, ouvrages artisanaux. Enfin ce dernier peut également retenir des principes inhérents au droit des brevets pour des techniques plus compliquées comme l'exploitation ou la création de pirogues, d'instruments musicaux, d'outillage, d'engins de tissage, de pratiques médicales.

Autre exemple, certaines communautés donnent le droit à certains membres de créer des œuvres d'art mais dont l'interprétation doit être impérativement partagée entre et par d'autres membres de la communauté. Quelques membres disposent ainsi de certains droits, d'autres bénéficient d'autres droits. Ainsi la tribu possède des droits qu'elle ne peut répartir équitablement à tous ses membres. Tous les membres ne disposent pas des mêmes droits³⁸⁷.

Face à tant de traditions coutumières locales complexes, le modèle de propriété

³⁸⁶ LI Changjian, XU Haiping, *La justification de la protection des savoirs traditionnels par le droit de la propriété intellectuelle - la communauté en tant que titulaire du droit*, Presentday Law Science, Juin 2007, Vol.5, n°3, p.12-13.

³⁸⁷ Anne Barron, No Other Law? Author-ity, Property and Aboriginal Art, dans BENTLEY Lionel et MANIATIS Spyros (eds.), *Intellectual Property and Ethics*, London, Sweet & Maxwell, 1998, p.37-72.

commune pour laquelle la communauté est titulaire des droits peut être un choix, mais il n'est pas nécessairement opportun et n'est pas l'unique possibilité.

L'idée est alors utopique que la communauté internationale puisse trouver un modèle de propriété adapté à toutes les situations. Elle doit bien favoriser la protection des savoir-faire traditionnels, mais attribuer l'appartenance de ce droit reste un problème qui n'est pas résolu dans le respect des droits coutumiers inhérents à nombre d'ethnies³⁸⁸.

2) LE CRITÈRE DE NOUVEAUTÉ

189. Brevet et SFT : critère de nouveauté. Afin de pouvoir être brevetée, l'invention doit être nouvelle. Une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique³⁸⁹. L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt ou de priorité de la demande de brevet. Si une invention ou une technique équivalente a déjà été divulguée avant la date de dépôt de la demande de brevet, elle ne peut plus bénéficier de la protection du brevet. Lors de la vérification du critère de nouveauté d'une invention, l'institut d'examen via le droit des brevets prend en compte la date, le lieu, le moyen et la forme de cette présentation au public. L'étude de cette disposition pour les SFT, en s'appuyant sur le modèle contextuel de la Chine, est significative.

La première loi destinée à protéger les brevets en République populaire de Chine (RPC) a été adoptée en mars 1984. Elle a subi trois modifications en 1992, 2000, et 2008. En vertu de la loi première sur les brevets adoptée en 1984, la nouveauté signifie que avant la date de dépôt de la demande, le dessin, modèle ou invention identique n'a pas été révélé publiquement dans une publication nationale ou étrangère, n'a pas été utilisé publiquement et ne s'est pas fait connaître du public par tout autre moyen, et qu'aucune demande n'a été déposée par autrui auprès de l'Office des Brevets pour un dessin, modèle ou invention identique qui aurait été enregistré dans les documents de demande

³⁸⁸ CUI Guobin, *L'inextricable protection des savoirs traditionnels*, Journal du droit des brevets, 2002, p.230.

³⁸⁹ Article L611-11 du Code de la propriété intellectuelle.

de brevet mais publiée après la dite date de dépôt³⁹⁰.

Cette disposition est restée valable plus de 20 ans jusqu'en 2008. La troisième révision de la *Loi sur les brevets* étend son approche à l'échelle mondiale et apporte la modification suivante : La nouveauté signifie que le dessin et modèle ou invention ne sont pas compris dans l'état de la technique ; et qu'avant la date de dépôt de la demande, aucune demande antérieure n'a été déposée par autrui auprès de l'Office des Brevets pour un dessin et modèle ou invention identique qui a été enregistré dans les documents de demande de brevet mais publiée après la dite date de dépôt. L'état de la technique mentionné dans la présente loi est constitué par les techniques connues du public à la fois dans le pays et à l'étranger avant la date de dépôt de la demande³⁹¹.

Ainsi donc à partir de 2008 la *Loi sur les brevets* en Chine révoque le caractère de nouveauté dans trois cas différents :

- 1- Une connaissance technique a été publiée quelque part dans le monde entier avant la date de dépôt. Elle intègre alors l'état de la technique.
- 2- Une connaissance technique s'est fait connaître du public dans le pays par une utilisation ou par tout autre moyen autre qu'une publication.
- 3- Une connaissance technique s'est fait connaître du public à l'étranger par une utilisation ou par tout autre moyen que par publication. « S'est fait connaître du public par une utilisation » signifie que le contenu technique se trouve dans un état à la portée du public, accessible au public. Il n'est pas nécessaire que la connaissance de cette technique soit connue du public.

Dans les deux premiers cas, ces connaissances doivent intégrer l'état de la technique suivant la loi première sur les brevets et ses révisions. Dans le troisième cas, cette connaissance n'intégrait pas l'état de la technique selon la loi première sur les brevets de 1984, mais elle l'intègre bien suivant la troisième révision à partir de fin 2008.

³⁹⁰ PATENT LAW OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, article 22, Adopted on March 12, 1984. Novelty means that, before the filing date of the application, no identical invention or utility model has been publicly disclosed in domestic or foreign publications or has been publicly used or made known to the public by any other means in the country, nor has any other person previously filed with the Patent Office an application describing an identical invention or utility model which was recorded in patent application documents published after the said date of filing.

³⁹¹ PATENT LAW OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, article 22 du droit des brevets, amended on December 27, 2008. Novelty means that the invention or utility model is not an existing technology, and prior to the date of application, no entity or individual has filed an application heretofore with the patent administrative department of the State Council for the identical invention or utility model and recorded it in the patent application documents or patent documents released after the said date of application. The term "existing technology" as mentioned in this Law refers to the technologies known to the general public both at home and abroad prior to the date of application.

Les connaissances techniques publiées par la presse dans le monde sont considérées comme l'état de la technique dès lors qu'elles l'ont été antérieurement au jour de la demande du brevet. Les techniques utilisées ouvertement à l'intérieur d'un pays, mais pas publiées sous forme écrite, sont aussi considérées comme l'état de la technique à l'intérieur de ce pays. La connaissance de ces techniques par le public n'est pas nécessaire. Mais pour les techniques utilisées ouvertement à l'étranger mais non publiées par la presse, si elles sont considérées comme l'état de la technique même dans les pays où les techniques n'ont pas été utilisées, certaines dispositions diffèrent alors suivant le pays. Ainsi, selon le droit du brevet en Chine de 1985, elles ne relèvent pas de l'état de la technique. Il faudra attendre la modification de cette loi en 2008 entrée en vigueur en 2009, pour qu'elles le deviennent.

Il convient dès lors de s'interroger si les connaissances traditionnelles peuvent répondre à la condition de la nouveauté. Comme évoqué précédemment, les savoirs traditionnels peuvent revêtir des formes d'existence complexes qui seraient susceptibles d'être réparties en trois catégories :

- 1 - Les savoirs traditionnels qui sont déjà divulgués à l'extérieure de la communauté par écrit ou par tout autre moyen,
- 2 - Les savoirs traditionnels qui circulent librement au sein de la communauté traditionnelle mais ne sont pas divulgués à l'extérieur de communauté,
- 3 - Les savoirs traditionnels qui sont détenus par quelques membres seulement de la communauté traditionnelle et sont restés à l'état de secret au sein de la communauté traditionnelle.

Pour les savoirs traditionnels de la troisième catégorie, il reste envisageable qu'ils puissent être protégés par le droit de la propriété intellectuelle et notamment le secret d'affaires, nous y reviendrons. Une analyse précise est nécessaire pour les savoirs traditionnels relevant des deux premières catégories : font-ils partie de l'état de la technique et donc hors de ce champ de protection ?

Aujourd'hui encore la protection de ces deux catégories des savoirs traditionnels fait l'objet de discussions soutenues au sein de la communauté internationale.

190. Brevet et SFT : savoirs partagés des communautés vs domaine public.
Suivant les exigences des droits des brevets en vigueur, les savoirs traditionnels de la première catégorie (déjà divulgués à l'extérieure de la communauté par écrit ou par tout autre moyen) font partie du domaine public, tout le monde peut les utiliser librement et

sans frais³⁹². La médecine traditionnelle chinoise modelée sur plusieurs milliers d'années entre dans ce contexte, ainsi que de nombreuses techniques et connaissances en médecine traditionnelle telles que la préparation de médicaments chinois en grillant les ingrédients, les techniques de culture et d'élevage, de fabrication des pilules médicales chinoises, qui ont été enregistrées dans des livres anciens de médecine chinoise mais aussi dans des livres médicaux modernes. De nombreuses méthodes anciennes ont été découvertes grâce aux écrits, certaines ont été mises sur le marché au titre de médicament ou utilisées au stade du développement préclinique, et de nombreuses entreprises produisaient ou vendaient déjà ce type de médecine traditionnelle chinoise. Ces techniques et ces savoirs faire de la médecine traditionnelle chinoise relèvent du domaine public, elles ne reflètent pas de caractère de nouveauté, elles ne peuvent donc pas être protégées par le droit des brevets³⁹³.

Toutefois une telle conclusion est contestée. En effet certaines tribus traditionnelles qui se sont exprimées à l'OMPI³⁹⁴ ne partagent pas ce point de vue, et pensent qu'il faut aborder le problème de la propriété de ces connaissances en suivant le droit des biens. Ils espèrent pouvoir récupérer les savoirs traditionnels perdus au même titre qu'on pourrait le faire pour des biens matériels.

D'autres spécialistes³⁹⁵ s'opposent à ce système de propriété intellectuelle, sur l'argument que le système de la propriété intellectuelle moderne est élaboré par les pays développés, en opposition avec les intérêts des pays en développement et de leurs ethnies. Ils défendent donc l'idée que les savoirs traditionnels doivent appartenir éternellement aux tribus traditionnelles, et qu'ils ne soient jamais versés dans le domaine public³⁹⁶. Cette opinion est contraire à la pertinence reconnue du domaine public dans son rôle de progrès social.

Lorsque des connaissances jusqu'alors tenues secrètes, surtout celles d'une grande

³⁹² YANG Ming, *La protection juridique des savoirs traditionnels : Sélection du mode et système*, Studies in law and business, 2006, n°1, p.114. ZHU Xuezhong, *Study on the Legal Protection of Traditional Knowledge*, Journal of Central China Normal University (Humanities and Social Sciences), 2004, Vol.43, n°3, p.31.

³⁹³ Article L611-10 du Code de la propriété intellectuelle.

³⁹⁴ WIPO/GRTKF/IC/2/16.

³⁹⁵ XUE Dayuan, GUO Luo, *Notion et protection des savoirs traditionnels*, Biodiversity Science, 2009, 17(2), p.139. CHENG Gong, WANG Cheng, XUE Dayuan, *L'attitude des organisations internationales vis-à-vis des savoirs traditionnels et les réponses de la Chine*, Biodiversity Science, 2012, 20(4), p.508.

³⁹⁶ MA Yan, *Protection de la propriété intellectuelle du patrimoine culturel immatériel – Réflexions sur la protection juridique de la médecine autochtone*, Economic Research Guide, 2014, n°28, p.299. GU zuxue, *On the Ability of Traditional Knowledge to Obtain Intellectual Property*, Journal of Xiamen University (Arts & Social Sciences), 2006, n°2, p.13.

valeur, sont ouvertes au public, cela donne l'opportunité à de nombreuses personnes d'en faire usage, usage d'autant plus aisé qu'il est gratuit. Mais si la loi permet alors à l'ancien propriétaire de récupérer l'exclusivité des droits sur une connaissance déjà divulguée dans le domaine public, elle est susceptible de provoquer un désordre économique majeur et incontrôlable. De plus, il serait difficile pour l'ensemble de la société d'accepter un tel comportement de récupération des savoirs traditionnels qui seraient déjà entrés dans le domaine public. En conséquence, il n'est pas raisonnable d'envisager le basculement de ces savoirs traditionnels du domaine public au domaine du droit privé. Faut-il donc unilatéralement au regard de cette opinion dépouiller les communautés au profit du bien public ?

Le problème de savoir si les savoirs traditionnels de la deuxième catégorie³⁹⁷ relèvent du domaine public est toujours un point sensible pour chaque pays. De nombreux pays en développement défendent l'idée à l'OMPI que ces savoirs ne relèvent pas du domaine public accessible le cas échéant à la planète entière, mais sont considérés comme des savoirs privés³⁹⁸, qui devraient faire l'objet d'une protection spéciale³⁹⁹. Un problème notable émerge de cette proposition : pourquoi l'utilisation publique au sein de la communauté traditionnelle ne peut-elle pas s'apparenter à celle en usage dans la société toute entière ? En d'autres termes, sur le plan du Droit des brevets, la communauté traditionnelle est-elle considérée comme une société, une entreprise ou une entité commerciale ?

191. Brevet et SFT : une communauté traditionnelle est-elle une entreprise ?

Généralement, le pays, la société peut être considéré comme une unité de base du domaine public d'après le droit des brevets, une technologie est entrée dans le domaine public à condition qu'elle soit utilisée et répandue dans la société. Mais pour les entreprises ou les entités commerciales, par exemple, les entreprises multinationales, même si elles sont de grande envergure, sont considérées comme un individu selon le Droit des brevets. Le fait qu'une technologie circule librement dans les entités commerciales ne signifie pas qu'elle soit entrée dans le domaine public, si les entités

³⁹⁷ Les savoirs traditionnels qui circulent librement au sein de la communauté traditionnelle mais ne sont pas divulgués à l'extérieur de communauté.

³⁹⁸ GU zuxue, *On the Ability of Traditional Knowledge to Obtain Intellectual Property*, Journal of Xiamen University (Arts & Social Sciences), 2006, n°2, p.15. ZHANG Chenguo, *La construction d'un système sui generis des savoirs traditionnels - la définition du détenteur des savoirs traditionnels documentés*, Political Science and Law, 2015, n°1, p.90.

³⁹⁹ MA Yan, *Protection de la propriété intellectuelle du patrimoine culturel immatériel – Réflexions sur la protection juridique de la médecine autochtone*, Economic Research Guide, 2014, n°28, p.299.

commerciales prennent des mesures pour éviter qu'elle soit répandue vers le monde extérieur. Le mode d'échange d'informations entre les sociétés est très différent de celui des entreprises. Dans une société ouverte, en général, si les membres de la société ont accès aux ressources de connaissances, les membres de la communauté étrangère bénéficient aussi en bénéficiant. Au cours des pratiques du passé, en effet, les communautés traditionnelles ont été considérées comme des sociétés, les individus étrangers ont eu accès à toutes les connaissances comme les individus internes dès lors qu'ils intègrent cette société. Dès lors, si la loi modifie le statut juridique des communautés traditionnelles pour en faire des entités refermées sur elles-mêmes, celles-ci vont devoir établir un système de protection et de police autour de ce savoir, comme le ferait une entité commerciale ordinaire⁴⁰⁰. De plus, il devient interdit aux membres internes de diffuser leurs connaissances sans autorisation dont les modalités d'obtention resteraient à définir. Outre le fait que ce système de contrôle soit lourd, potentiellement onéreux voire insupportable pour la communauté autochtone, il constitue une atteinte à la liberté d'expression des membres de cette communauté, et s'oppose à l'objectif de progrès reconnu à l'échelle mondiale établi sur le partage des connaissances⁴⁰¹.

Assimiler une communauté ethnique, voire un peuple à une entité commerciale peut lui poser des contraintes d'adaptation antinomiques avec sa nature traditionnelle, que ce soit au plan organisationnel, technique, pratique, mais surtout cela peut changer sa nature profonde et la détourner de ses savoir-faire.

3) LE CRITÈRE DE CRÉATIVITÉ ET DE DÉPENDANCE

192. Brevet et SFT : critère de créativité. En France, une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique⁴⁰². En Chine, la créativité signifie que, par rapport à l'état de la technique, l'invention possède des caractéristiques essentielles remarquables et des progrès notables⁴⁰³.

⁴⁰⁰ JACOBY Craig D and WEISS Charles, *Recognizing Property Rights in Traditional Biocultural Contribution*, Stanford Environmental Law Journal, January, 1997, p.74.

⁴⁰¹ CUI Guobin, *L'inextricable protection des savoirs traditionnels*, Journal du droit des brevets, 2002, p.235.

⁴⁰² Article L611-14 du code de la propriété intellectuelle de France.

⁴⁰³ Article 22, alinéa 3 de « la Loi sur les Brevets de la République Populaire de Chine ». Creativity means that, compared with the existing technologies, the invention possesses prominent substantive

Une invention présente des caractéristiques essentielles remarquables signifie que pour un homme de métier elle n'est pas évidente compte tenu de l'état de la technique. Si l'homme de métier est en mesure d'obtenir l'invention par simple analyse logique, par déduction ou par une expérimentation limitée sur la base de l'état de la technique, l'invention est évidente, et par conséquent n'a pas de caractéristique essentielle remarquable⁴⁰⁴.

Qu'une invention présente un progrès notable signifie que l'invention peut produire un effet technique avantageux par rapport à l'état de la technique. Par exemple, l'invention a surmonté les défauts de la technologie existante, ou a fourni une solution technique différente pour résoudre un problème technique spécifique ou présente une nouvelle voie de développement technique⁴⁰⁵.

Suivant ce critère de créativité, le titulaire est supposé par la suite pouvoir bénéficier d'une protection liée à la dépendance à son brevet, c'est le principe du brevet dépendant.

Le brevet dépendant dont la définition est rappelée par l'AIPPI⁴⁰⁶ lors du Comité Exécutif de Barcelone du 30 septembre au 5 octobre 1990 : « *Un brevet dépendant est un brevet qui ne peut, en vertu de la loi, être mis en œuvre sans tomber dans le champ de protection d'un autre brevet. Ce dernier brevet sera dénommé brevet dominant* »⁴⁰⁷ impose aux brevets qui en dépendent d'obtenir l'autorisation préalable du titulaire et donc d'en partager les bénéfices. Mais cette règle s'applique difficilement dans le cas du savoir-faire traditionnel.

193. Brevet et SFT : brevet dominant. En effet, les savoirs traditionnels ne représentent qu'une matière première de la connaissance, le premier maillon dans beaucoup des cas, ceci parce que le potentiel de recherche des communautés

features and indicates remarkable advancements...

⁴⁰⁴ « Lignes directrices pour l'examen des brevets », state intellectual property office of the people's republic of China, 2010, p.193, Partie 2, chapitre 4, article 2.2 : That an invention has prominent substantive features means that, having regard to the prior art, it is non-obvious to a person skilled in the art. If the person skilled in the art can obtain the invention just by logical analysis, Inference, or limited experimentation on the basis of the prior art. The invention is obvious and therefore has no prominent substantive feature.

⁴⁰⁵ « Lignes directrices pour l'examen des brevets », state intellectual property office of the people's republic of China, 2010, p.193, Partie 2, chapitre 4, article 2.3: That an invention represents notable progress means that the invention can produce advantageous technical effect as compared with the prior art. For instance, the invention has overcome the defects and deficiencies in the existing technology, or has provided a different technical solution to solve a certain technical problem, or represents a certain new trend of technical development.

⁴⁰⁶ AIPPI : Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle

⁴⁰⁷ AIPPI Comité Exécutif de Barcelone, 30 septembre – 5 octobre 1990 ; Question Q97 ; Résolution A.1

traditionnelles est techniquement assez limité. Lorsqu'un brevet est déposé sur un savoir traditionnel, celui-ci devient une nouvelle référence de base en lieu et place du savoir traditionnel lui ayant servi de base et qui ne dispose pas généralement de moyens modernes pour assurer son développement. Le brevet, privé, individuel, prend le rôle de nouvelle référence de base au détriment du savoir traditionnel séculaire. Tous ces savoirs sont donc susceptibles d'être facilement supplantés par la technologie moderne dès lors qu'un brevet est déposé sur eux. Les inventions qui succéderont à ce brevet pourront se fonder sur ce dernier sans se référer au savoir traditionnel qui en est la source. Et dans ce cas il devient difficile pour le détenteur du savoir traditionnel de faire valoir des droits sur cette nouvelle invention et sur celles qui seront ensuite basée sur elle⁴⁰⁸, quand bien même ce savoir qui a fait office de matière première de la connaissance aurait obtenu une protection par brevet.

Par exemple, une méthode de traitement d'une maladie à l'aide de certaines plantes spécifiques, connue d'une communauté traditionnelle, répond aux exigences du droit des brevets. Cette communauté peut effectivement en déposer un brevet de procédé. Par la suite des scientifiques peuvent alors procéder à des recherches approfondies sur les plantes correspondantes sur la base des connaissances apportées par le brevet déposé. Ils parviennent à en isoler une ou des substances efficaces, qu'ils synthétisent industriellement. Dès lors ces chercheurs peuvent déposer deux brevets, un premier sur une méthode de traitement de la maladie (brevet de procédé) sur la base de cette substance chimique synthétisée, un second sur les substances efficaces issues de la purification de ces plantes (brevet de produit).

Au regard des règles en vigueur qui régissent l'obtention d'un brevet, bien qu'il existe une relation forte entre le brevet du savoir traditionnel et les deux brevets des chercheurs, l'utilisation relative à ces deux derniers ne tombent pas dans le champ du brevet précédent. Les brevets ne sont pas dépendants de celui du savoir traditionnel, il n'y a pas de subordination entre les deux dernières inventions et celle du savoir traditionnel au sens droit des brevets⁴⁰⁹. Par conséquent, le détenteur du premier brevet

⁴⁰⁸ ZHU Xuezhong, *Study on the Legal Protection of Traditional Knowledge*, Journal of Central China Normal University (Humanities and Social Sciences), 2004, Vol.43, n°3, p.31.

⁴⁰⁹ La Cour suprême a précisé les conditions d'existence d'un lien de subordination dans son Avis de la Cour populaire suprême sur les litiges relatifs aux brevets dans le cas où les deux parties protagonistes disposent d'un droit de brevet du 16 août 1993. [...] Les techniques brevetées qui sont améliorées ou perfectionnées sur la base de techniques brevetées antérieures sont plus avancées que celles-ci, mais que la mise en œuvre de cette technique nouvelle dépend de celle de la technique brevetée précédente, elle relève d'un brevet subordonné.

ne pourra pas prétendre dans le futur à des droits sur les brevets déposés par les chercheurs au titre du brevet dépendant en arguant que son brevet est dominant.

Cet exemple reflète une partie des situations laborieuses auxquelles doivent faire face les communautés traditionnelles de nos jours. Il montre par un exemple simple comment des chercheurs occidentaux ou autres peuvent utiliser les connaissances existantes parmi les savoirs traditionnels pour développer une voie nouvelle de recherche en s'affranchissant de ses origines. Et pourtant, quand bien même ces savoirs traditionnels ne garantissent pas de manière absolue aux chercheurs de trouver une ou des substances efficaces ou de présenter une valeur potentielle d'utilisation sur la base notamment des plantes utilisées, ils leurs permettent d'orienter et de réduire considérablement leur champ et leur temps de recherche en ciblant leurs tests sur la substance florale. Mais les communautés traditionnelles qui apportent ce savoir ne bénéficient pas d'un partage des intérêts commerciaux sur les autres brevets qui en découlent. Et non seulement elles n'obtiennent pas de retour alors qu'elles ont contribué à l'amélioration de la société, mais les chercheurs qui procèdent à la transformation technique de ces connaissances peuvent eux protéger leur exploitation, ce qui peut donc manifester une injustice⁴¹⁰, notamment au regard du partage des intérêts.

Pour apporter une réponse à ce problème, certains experts proposent l'idée courageuse selon laquelle le fournisseur du savoir sur ces matières premières et les entreprises qui par la suite baseront leurs recherches sur ce savoir puissent disposer d'une copropriété sur le produit final de la recherche. Mais dès lors que la communauté traditionnelle n'est en rien informée de ce sur quoi ces entreprises modernes orientent leurs recherches, comment ce modèle de coopération pourrait-il bénéficier de la protection de copropriété prévue par le droit des brevets ? Pour évaluer la légitimité de cette proposition, il faut d'abord s'intéresser à la définition de copropriété retenue par le droit du brevet en France⁴¹¹ et en Chine⁴¹².

⁴¹⁰ GU zuxue, *Justification for Protection of Traditional Knowledge in the TRIPS Framework*, Modern law science, Juillet 2006, Vol.28, n°4, p.139.

⁴¹¹ Article L613-29 du Code de la Propriété intellectuelle en France

⁴¹² Article 8 de la Loi sur les brevets, With regard to an invention-creation accomplished by two or more units or individuals in collaboration, or an invention-creation accomplished by an unit or individual under the entrustment of another unit or individual, the right to apply for a patent shall be vested in the units or individuals that have accomplished the invention-creation in collaboration or in the unit or individual that has done so under entrustment, unless it is otherwise agreed upon. After the application is granted, the applying unit(s) or individual(s) shall be deemed the patentee(s).

194. Brevet et SFT : la communauté et les co-inventeurs. L'invention commune est une création réalisée ensemble par deux ou plusieurs personnes. Dans quelles conditions cette co-invention est légitime ou pourrait être reconnue comme telle ?

Le droit des brevets de la Chine⁴¹³ impose l'existence d'une relation de coopération entre les co-inventeurs, d'une intention de coopération, et que chacun apporte des contributions créatives au programme au cours de l'invention. Une personne qui n'a pour fonction que de s'occuper de l'organisation du travail, de faciliter l'utilisation des conditions matérielles techniques ou de procéder à des tâches annexes ne serait pas co-inventeur ou co-concepteur.

La co-invention exige qu'il existe un comportement coopératif entre plusieurs inventeurs, et que ces inventeurs apportent chacun une ou plusieurs contributions au programme d'invention⁴¹⁴. S'ils ne comprennent pas le travail les uns des autres, alors il n'est pas de relation de coopération, ils ne peuvent pas prétendre au statut de co-inventeurs.

De plus, lorsque des inventeurs potentiels ont une relation de coopération au sens droit du brevet, il faut aussi s'assurer que les participants donnent leur propre contribution au programme de l'invention final pour décider s'ils peuvent bénéficier du statut de co-inventeurs. On peut comprendre ainsi que le co-inventeur doit jouer un rôle déterminant au cours de l'invention, qu'il a donné des contributions créatives, que sans lui le l'invention ne serait pas effective, ou simple, économique ou contiendrait d'autres défauts. S'il n'est en charge que de l'organisation du travail, de l'utilisation facilitée des conditions matérielles ou d'autres tâches auxiliaires, il n'est pas co-inventeur. S'il n'intervient que pour procéder aux tests de confirmations suivant les instructions d'autres personnes, il n'est pas non plus co-inventeur.

Quand un savoir traditionnel est protégé par le brevet, ce savoir doit être ouvert au public et intégré dans l'état de la technique. Il joue alors un rôle d'inspiration et de guide pour les chercheurs et reste protégé par un monopole pendant la durée d'exclusivité accordé par le droit des brevets du pays.

Les chercheurs qui s'inspirent de ce brevet doivent en surmonter les défauts techniques pour obtenir un nouveau brevet, et ce progrès ne doit pas être évident pour les hommes

⁴¹³ Article 8 de la Loi sur les brevets.

⁴¹⁴ Article 13 du Règlement d'application de la loi sur les brevets de la RPC.

de métier. La contribution du brevet précédent leur offre seulement un point de départ. Dans ce cas les chercheurs du second brevet n'ont pas de relation de coopération avec le titulaire du premier brevet.

Qu'en est-il pour un savoir traditionnel qui ne serait pas protégé par un brevet, son détenteur peut-il devenir co-inventeur d'une invention basée sur ce savoir au regard du droit des brevets ? Pour y répondre, il faudra analyser quelle relation de coopération existe entre lui et les chercheurs. Mais les chercheurs étrangers (biopirates le cas échéant) utilisent généralement trois moyens différents pour exploiter les savoirs traditionnels :

1. Ils obtiennent les savoirs traditionnels en consultant les publications, et les utilisent dans leurs recherches ;
2. Ils font des enquêtes sur le terrain au sein même de la communauté traditionnelle, et obtiennent des savoirs de première main directement par les autochtones, et les utilisent dans leurs recherches ;
3. Ils signent des accords de coopération avec les membres de la communauté traditionnelle, déterminent une relation de coopération et parviennent à un accord.

Dans le premier cas, le savoir vient de sa publication, il n'existe pas de relation de coopération sur le plan du droit des brevets entre les chercheurs et le fournisseur du savoir.

Dans le troisième cas, les deux parties sont parvenues à un accord sur la propriété des résultats des recherches et sur le partage des intérêts. Ils doivent remplir les obligations du contrat, la protection est supposée assurée, la recherche d'une co-inventivité est hors de contexte.

Le deuxième cas nécessite une analyse plus approfondie.

Dans cette situation, lorsque les membres de la communauté traditionnelle ne sont pas informés de la recherche sur laquelle les chercheurs travaillent lorsqu'ils sont interrogés, ils offrent passivement et unilatéralement leurs savoirs traditionnels existant au sein de la communauté suivant les demandes des chercheurs. Ils sont instrumentalisés comme un livre vivant à son insu. Si les informations qu'ils délivrent sont partagées par l'ensemble de la communauté, ces membres interrogés n'ont pas été motivés par une intention de coopération au sens du droit des brevets, ils n'apportent pas de contribution créative à ce nouveau programme technique. Par conséquent ils ne peuvent pas être considérés comme co-inventeurs sur le plan du droit des brevets.

Mais si les informations apportées par ces membres de la communauté traditionnelle

sont réputées secrètes, ou restreintes à quelques individus de cette communauté, ou que ces membres ont procédé à une sélection, synthèse, conclusion, ou analyse des savoirs traditionnels divulgués au sein de la communauté, alors ces membres ne sont plus à considérer comme un livre vivant. Et si ces connaissances revêtent une grande importance au sein du nouveau programme technique du chercheur, alors le ou les membres de la communauté qui offrent ces connaissances peuvent prétendre à devenir co-inventeurs. Encore faut-il que dans ce cas très particulier ces individus aient connaissance de leurs droits.

C) Considérations générales complémentaires

195. Le brevet s'avère généralement déficient à protéger un SFTM. Ainsi dans le cas général la protection d'un savoir traditionnel par un dépôt de brevet présente de nombreux écueils⁴¹⁵. S'ajoutent à cela des procédures de demande compliquées, coûteuses lors de la demande et pour maintenir le brevet. La durée de protection est limitée, et par ailleurs le principe du brevet exige une divulgation complète, ce qui peut porter atteinte aux intérêts, à l'ordre public, moral ou aux droits coutumiers du peuple autochtone et des communautés traditionnelles. De plus, lorsque ce brevet est frappé de contrefaçon, le titulaire doit également assumer la charge et la responsabilité de lutter contre cette elle. Cela est envisageable lorsque les communautés traditionnelles ont la capacité de protéger leurs intérêts légitimes à l'aide des outils de protection existants, mais s'avère inapproprié lorsque des communautés traditionnelles dépourvues de connaissances juridiques doivent combattre contre des entreprises multinationales armées d'avocats spécialisés.

Un statut juridique efficace destiné à protéger les savoir-faire de la médecine traditionnelle permettrait à ses praticiens, chercheurs, utilisateurs, d'être respectés dans leur pratique et la compréhension de leurs savoirs. Il apporterait une valeur effective à ce savoir-faire dans l'esprit des populations, des entreprises, des praticiens, des pays, facilitant le respect, la motivation et la sauvegarde de ces trésors. Cette protection est plutôt à destination des intérêts publiques, sociétaux et parfois même mondiaux plutôt qu'individuels et privés.

⁴¹⁵ ZANG Xiaoli, *Recherche sur la protection des savoirs traditionnels*, thèse à l'Université centrale des nationalités. 2006, p.37-38.

Or cela est contraire au principe même du droit des brevets. Ce droit a plutôt pour objectif de protéger des intérêts individuels, pour apporter un monopole à son ou ses détenteurs. Or le détenteur d'un SFTM est généralement une communauté, voire plusieurs d'entre elles, sur une échelle géographique pouvant traverser plusieurs pays, le SFTM n'est qu'exceptionnellement détenu par une personne ou un petit nombre d'entre elles.

Le détenteur d'un droit des brevets doit être une personne physique ou morale. Le brevet n'est qu'occasionnellement partagé par plusieurs personnes et dans ce cas alors le contexte est contraignant. Or cette exigence ne correspond pas à la réalité générale des SFTM.

Par ailleurs la durée de protection d'un brevet est souvent limitée dans le temps, ce qui est incompatible avec l'aspect séculaire d'un savoir-faire traditionnel.

Enfin le droit des brevets s'évertue à protéger le résultat d'une création intellectuelle, alors que le savoir-faire traditionnel nécessite qu'on en protège l'origine de la création et sa diversité culturelle.

Pour toutes ces diverses raisons, le droit des brevets se trouve dans le cas général déficient à permettre une protection efficace du savoir-faire traditionnel médicinal⁴¹⁶. Il reste pertinent lorsque le secret n'est partagé que par quelques membres bien précis, une famille par exemple. C'est un cas que l'on retrouve également en étudiant la protection d'un savoir-faire traditionnel par le secret commercial.

§ 2 : Le secret commercial

196. Il est possible d'envisager une autre voie de protection différente de celle relative au brevet, elle concerne le secret commercial. Une présentation succincte de ce dispositif permet d'en relever les avantages et les inconvénients.

⁴¹⁶ MEI Zhisheng, *Protection de la propriété intellectuelle de la médecine traditionnelle chinoise*, thèse, China Academy of Chinese Medical Sciences, mai 2007, p.76.

A) Présentation succincte du système

197. **Secret commercial : considérations générales.** Le secret commercial est défini par Philippe OCVIRK comme « toute information, [...] : qui est suffisamment secrète pour représenter une valeur, actuelle ou potentielle, basée sur le fait que ces informations ne sont pas généralement connues par d'autres personnes qui pourraient tirer profit de leur diffusion ou valorisation ; et dont le caractère secret est acquis grâce aux efforts raisonnables de son titulaire »⁴¹⁷.

Le secret commercial permet de garder secrètes des informations ayant une valeur commerciale, moyennant un effort effectif dans ce sens de la part de son dépositaire. Il est généralement partagé par plusieurs personnes liées par un contrat de confidentialité. Un tiers ne peut l'utiliser qu'en gardant ce secret et moyennant le paiement de frais de licence, via un contrat d'autorisation et de confidentialité. Ce système peut être utilisé dans de nombreuses situations et c'est en soi une qualité certaine⁴¹⁸.

Pour pouvoir prétendre à la protection via le dispositif prévu pour le secret commercial, un secret doit répondre aux trois conditions suivantes : il doit avoir une valeur commerciale, il ne doit pas tomber dans le domaine public et le propriétaire du secret doit faire preuve de sa volonté et d'une action pour essayer de maintenir la

⁴¹⁷ Philippe OCVIRK, Qu'est-ce qu'un " secret commercial " ?, 2007-01-29. « On entend généralement par " secret commercial " (trade secret) toute information, y compris mais non limitée aux données techniques ou non techniques, formules, recettes, compilations, programmes d'ordinateur, méthodes, techniques, procédés, données financières, ou aux listes des clients ou fournisseurs actuels ou potentiels : qui est suffisamment secrète pour représenter une valeur, actuelle ou potentielle, basée sur le fait que ces informations ne sont pas généralement connues par d'autres personnes qui pourraient tirer profit de leur diffusion ou valorisation ; et dont le caractère secret est acquis grâce aux efforts raisonnables de son titulaire.

L'objet d'un secret commercial doit, comme son nom l'indique, être maintenu secret. Des personnes autres que le titulaire peuvent connaître le secret. Mais la diffusion du secret à des employés ou à d'autres personnes tenues par l'obligation de confidentialité n'affectera pas son statut de secret commercial. Un élément substantiel de confidentialité doit exister.

Normalement, les informations qui sont généralement connues du public ou dans un domaine industriel particulier ne seront pas qualifiées de secrets commerciaux. Mais même si la confidentialité ne doit pas être absolue, elle doit constituer un avantage économique actuel ou potentiel pour celui qui la possède. La condition de confidentialité est ainsi remplie dans le cas où il serait difficile et coûteux pour les tiers d'obtenir et d'exploiter les informations sans adopter un comportement fautif.

Ainsi, un secret commercial peut être une combinaison de caractéristiques et de composants, dont chacun fait partie du domaine public, lorsque c'est le procédé d'unification, de dessin ou d'opération de ces caractéristiques ou composants qui offre un avantage compétitif.

⁴¹⁸ WIPO/GRTKF/IC/3/7, Examen des systèmes actuels de protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle, 2002, paragraphe 10, p.6 : « Les Unaaq Fisheries, détenues par le peuple inuit du nord du Québec et de l'île de Baffin, gèrent des pêcheries. Cette entreprise transfère régulièrement des techniques exclusives à d'autres communautés qui utilisent son expérience dans l'industrie de la pêche. Les techniques qu'elle met au point sont protégées en tant que secrets d'affaires. »

confidentialité de ce secret. Un secret protégé moyennant ces trois exigences peut être protégé par le mécanisme de protection du secret commercial, lorsqu'un tel mécanisme existe. Celui-ci est sensé interdire à des tiers d'obtenir ce secret commercial d'une façon déloyale, ou de le divulguer sans autorisation.

198. Le secret commercial en Chine. L'article 39 alinéa 2 de l'*ADPIC* reprend ce contexte dans lequel les informations non divulguées doivent répondre à ces trois conditions⁴¹⁹. Toutefois en 2017, la Chine n'a pas encore édicté de loi spécifique pour la protection des secrets commerciaux. Mais ils sont protégés notamment par l'article 10 de la « *Loi de lutte contre la concurrence déloyale de la République populaire de Chine* ». Cet article intègre les informations techniques et les informations commerciales dans le champ d'application du secret commercial⁴²⁰. Il précise qu'une entité commerciale ne doit pas obtenir, révéler ni utiliser un secret commercial s'il a été obtenu par des moyens condamnables. L'article 25 vient compléter l'article 10 en précisant l'amende correspondante comprise entre 10 000 et 200 000 yuans, soit environ 1500 € à 30 000€.

Les secrets commerciaux sont également protégés par le droit pénal modifié de 1997, dans l'article 219 de sa section 7 consacrée à la propriété intellectuelle⁴²¹. Cet article

⁴¹⁹ a) être secrets, en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exact de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux intéressés, ni ne leur sont pas aisément accessibles ;
b) avoir une valeur commerciale due à leur caractère secret ;
c) avoir 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 secrètes.

⁴²⁰ Article 10. Une entité commerciale doit s'abstenir des actes suivants, qui constituent une violation du secret commercial : 1) obtenir des secrets commerciaux par le vol, une promesse de gain, le recours à des moyens de contrainte ou à d'autres moyens condamnables ; 2) révéler, utiliser ou permettre à autrui d'utiliser des secrets commerciaux obtenus de la façon indiquée au point précédent ; 3) révéler, utiliser ou permettre à autrui d'utiliser des secrets commerciaux qui ont été obtenus par manquement à un engagement ou à l'obligation, imposée par leurs détenteurs légitimes, de ne pas divulguer les secrets en cause. Toute tierce personne qui obtient, utilise ou révèle les secrets commerciaux d'autrui tout en ayant de toute évidence pleinement connaissance, ou en étant censée avoir pleinement connaissance, d'actes illicites visés par les dispositions de l'alinéa précédent est réputée avoir violé les secrets commerciaux d'autrui. Au sens du présent article, il faut entendre par "secret commercial" des informations techniques ou commerciales qui ne sont pas connues du public, qui sont de nature à procurer des avantages économiques à leur détenteur légitime, qui sont susceptibles d'utilisation pratique et que le détenteur s'est employé à garder secrètes.

Article 25. Lorsqu'une personne porte atteinte aux secrets commerciaux d'autrui en violation des dispositions de l'article 10 de la présente loi, l'autorité de surveillance et de contrôle compétente lui ordonne de mettre fin à l'acte illicite et peut, selon le cas, lui infliger une amende supérieure à 10 000 mais inférieure à 200 000 yuans.

⁴²¹ Article 219 du droit pénal de la RPC : « Quiconque commet une des infractions suivantes contre le secret d'affaire et causé de lourdes pertes au créancier doit être condamné par une peine d'emprisonnement d'une durée déterminée de maximum trois ans ou à une détention criminelle et doit être condamné également à une amende. Si les conséquences sont particulièrement graves, il doit être condamné à une

prévoit d'infliger une sanction pénale pour quiconque cause un préjudice en trahissant le secret d'affaire, cette sanction évoquant soit une peine maximale de trois ans assortie d'une amende, soit d'une peine de sept ans maximale assortie d'une amende pour les cas particulièrement graves. Cette loi a également pour conséquence de présenter le secret commercial comme une propriété intangible dont la protection relève du cadre de la propriété intellectuelle.

Enfin selon l'article 35 du « Règlement d'application de la Loi sur l'administration des produits pharmaceutiques de la République populaire de Chine »⁴²², l'État protège les données et résultats des essais et autres non divulgués fournies par des fabricants ou des vendeurs de médicaments, concernant des médicaments contenant de nouvelles entités chimiques qui ont obtenus une autorisation de mise en production ou de commercialisation. Personne ne peut faire un usage commercial déloyal desdites données.

Ainsi même si dans la loi existante en Chine le droit des secrets commerciaux n'existe pas en tant que tel, les dispositions ci-avant fournissent une base juridique pour une application protectrice du secret commercial. Il peut être protégé par le droit de la propriété intellectuelle et par le droit pénal.

199. Avantages du secret commercial. Contrairement à la protection accordée au brevet, la durée de protection du secret commercial n'est pas limitée. Les trois conditions de validité exigées pour le brevet ne le sont pas pour le secret commercial, il n'est pas nécessaire d'en divulguer la teneur secrète, ni d'en demander l'enregistrement auprès d'organismes spécifiques⁴²³. En conséquence, du point de vue du droit, il pourrait sembler plus simple de protéger les savoirs traditionnels par ce biais, à l'échelle universelle, facilement, à faible coût et à long terme⁴²⁴. D'autant que certaines médecines traditionnelles chinoises sont encore utilisées sous forme de recettes de fabrication familiales secrètes, et ne sont pas ouvertes au public. Le processus de

peine d'emprisonnement d'une durée de minimum trois ans et maximum sept ans, et doit être condamné à une amende.

⁴²² Article 35, alinéa 1 du « Règlement d'application de la Loi sur l'administration des produits pharmaceutiques de la République populaire de Chine ». The State protects undisclosed data of drug study and others which are independently acquired and submitted by drug manufacturers or sellers to obtain production or marketing approval of the drugs in question which contain new chemical entities. No one may make unfair commercial use of the said data.

⁴²³ ZANG Xiaoli, *Recherche sur la protection des savoirs traditionnels*, thèse à l'Université centrale des nationalités. 2006, p.43.

⁴²⁴ YANG Yuanbin, *Research on the Benefit Sharing Pattern of the Intellectual Property Derived from Genetic Resource*, thèse, Huazhong University of Science and Technology, Juillet 2006, p.39.

fabrication des médicaments en médecine traditionnelle chinoise est compliqué, il est souvent difficile de déterminer à partir de quelle recette ou mode de production un médicament traditionnel chinois a été obtenu. La protection de ces processus de fabrication des médicaments traditionnels serait donc efficace par l'usage du secret commercial. Une enquête de l'Administration de la médecine traditionnelle chinoise du pays sur 120 entreprises pharmaceutiques et sur 401 spécialistes pharmaceutiques chinois révèle que des mesures de secret commercial ont été prises pour 62% de leurs produits pharmaceutiques⁴²⁵. Les entreprises de médecine traditionnelle chinoise attachent donc une grande importance à la protection de leur savoir par le secret commercial.

B) Les contextes internationaux du secret commercial

1) UN CONTEXTE DIFFICILE POUR LA CHINE

200. Secret commercial et contexte de la Chine. En théorie, la *Loi de lutte contre la concurrence déloyale de la RPC* du 01 septembre 1993 est sensée apporter une protection conséquente aux secrets commerciaux, mais dans la pratique, son champ d'application est limité, et spécialement en matière de médecine traditionnelle. À cela plusieurs raisons.

Le médicament n'est pas un produit comme un autre, il subit une attention plus vigilée et sévère que les aliments, y compris en Chine. Le CFDA notamment exerce un contrôle important sur toute la chaîne de fabrication avant sa mise sur le marché. Dès lors, l'exigence de divulgation de ces informations rend difficile voire impossible la conservation du secret. Lorsque le secret d'un savoir-faire traditionnel est divulgué, il est souvent difficile voire impossible pour une communauté autochtone qui en est détentrice mais éloignée du savoir juridique d'apporter les preuves de la faute, de son préjudice et du lien de causalité, ce qui rend l'application de loi peu performante. De plus, la plupart des méthodes inhérentes aux médecines traditionnelles sont déjà

⁴²⁵ HONG Jing, *La protection de la propriété intellectuelle de la médecine traditionnelle chinoise*, Editions de la médecine traditionnelle chinoise, 2003, p.133.

divulguées au sein de communautés, régions, pays, et parfois même à l'échelle planétaire. Or la loi de lutte contre la concurrence déloyale impose au secret commercial la condition de ne pas être connue du public pour qu'il puisse bénéficier de la protection. La loi n'est donc pas applicable dans la majorité des cas relatifs aux savoir-faire traditionnels, ou tout au moins beaucoup plus difficilement. Par ailleurs la loi s'applique lorsque le secret est véritablement en mesure de cacher le savoir-faire. Si des techniciens parviennent à le contourner ou à le retrouver par ingénierie inverse à partir du produit fini, la protection par cette loi devient inopérante. La Cour Populaire Suprême de la RPC considère que le secret découvert par ingénierie inverse ne constitue pas une violation du secret commercial au sens de la Loi de lutte contre la concurrence déloyale⁴²⁶. Enfin, cette loi s'applique à la protection d'entités commerciales⁴²⁷, elle intervient pour permettre un arbitrage entre entités commerciales. Or une communauté traditionnelle n'en n'est pas une, il devient dès lors difficile pour elle de bénéficier de son application.

Ainsi l'utilisation du secret commercial présente des avantages certains sur celle du brevet notamment en termes de simplicité et de conditions préalables nécessaires. Mais les conditions idoines à la protection du secret commercial sont rarement atteintes pour les savoirs traditionnels. De par les exigences de transparence de la production industrielle du médicament et notamment en raison du droit d'information du consommateur⁴²⁸, il devient difficile de garder le secret de fabrication et de recette de beaucoup de médicaments traditionnels. La plupart des savoirs traditionnels sont d'ailleurs déjà plus ou moins connus après des milliers d'années de développement et de diffusion, et sont même parfois devenus des savoirs publics au sein de la nation. Certains savoirs sont restés secrets, détenus par une famille ou certains membres de la

⁴²⁶ Article 12 de l'Interprétation de la Cour Populaire Suprême du 12 janvier 2007 sur des questions d'application de la Loi de lutte contre la concurrence déloyale. Cet article précise que le secret commercial obtenu par développement lui-même ou par l'ingénierie inverse ne peut pas être considéré comme une violation du secret commercial au sens de la Loi de lutte contre la concurrence déloyale.

⁴²⁷ Article 2 de la Loi de lutte contre la concurrence déloyale : Une entité commerciale doit, dans les transactions commerciales, respecter les principes de libre volonté, d'égalité, d'équité, d'honnêteté et de crédibilité et se conformer aux règles déontologiques généralement admises en affaires. Au sens de la présente loi, il faut entendre par "concurrence déloyale" les actes d'entités commerciales qui contreviennent aux dispositions de la présente loi, lèsent les droits et intérêts légitimes d'autres entités commerciales et perturbent l'ordre socio-économique.
Au sens de la présente loi, il faut entendre par "entité commerciale" une personne morale ou autre structure économique ou un particulier qui se livre au commerce de produits ou de services marchands.

⁴²⁸ YAO Miao, *Problèmes et solutions nouvelles pour la mise en œuvre de méthodes traditionnelles appliquées à la médecine traditionnelle chinoise*, Journal of Traditional Chinese Medicine Management, février 2013, Vol.21, n°2, p.115.

famille voire par un seul individu, mais ce n'est très généralement pas le cas général. De plus, la protection en Chine du secret commercial doit se concevoir dispersée suivant plusieurs règlements et lois⁴²⁹ qui eux-mêmes diffèrent sur le plan de l'esprit et de l'orientation législative, ce qui rend incertain la garantie d'intégrité d'un système de protection. C'est pourquoi dans la législation actuelle de la Chine, la protection par le secret commercial de la médecine traditionnelle chinoise et de ses savoir-faire est une possibilité tout à fait intéressante mais dont le contexte potentiel d'application n'est pas à l'échelle des difficultés de protection que requière l'ensemble de la médecine traditionnelle. Cette protection en Chine reste insuffisante et n'est qu'une alternative complémentaire à l'ensemble des solutions nécessaires.

2) UN CONTEXTE EUROPÉEN EN APPUI POUR LA FRANCE

201. Secret commercial : secret d'affaires - contexte de la France. En France, les termes juridiques utilisés pour aborder l'expression juridique chinoise de secret commercial sont « savoir-faire », « secret de fabrique » et « secret d'affaires ». L'expression « secret d'affaires » est également utilisée à l'échelle européenne. Quelques nuances les distinguent. Le secret de fabrique comprend des informations de nature technique, industrielle ou commerciale, quel que soit le secteur auxquelles elles appartiennent, substantielles (utiles), secrètes (non immédiatement accessibles) et transmissibles (à titre onéreux). Le secret de fabrique concerne tout procédé de fabrication, offrant un intérêt pratique ou commercial, mis en œuvre par un industriel et gardé secret à l'égard de ses concurrents. Le secret de fabrique est donc une sous-catégorie du savoir-faire, définie de façon plus restrictive.

La définition du « secret d'affaires » est rappelée dans la directive (UE) 2016/943 du 08 juin 2016 qui précise que relèvent de la notion de « secret d'affaires » les informations répondant aux trois conditions cumulatives prévues dans son article 2, à savoir (i) un caractère inconnu ou inaccessible ; (ii) une valeur commerciale tenant au caractère secret de l'information ; et (iii) le maintien du secret par son détenteur⁴³⁰. Le texte

⁴²⁹ Y compris : « Law of the People's Republic of China on Guarding State Secrets », « Provisions on the Science and Technology Secret Protection », « Loi de lutte contre la concurrence déloyale de la RPC ».

⁴³⁰ FABRE Régis, *Réservation du savoir-faire*, JurisClasseur Brevets, Fasc. 4200, n°150. Voir aussi : LARRIEU Jacques, La réparation du trouble de parasitisme, commentair sur Cass. com., 8 nov. 2016, n° 15-14.437, Sté Activ Medical Disposable (AMD) c/ Sté Ontex : JurisData n° 2016-023298, Propriété industrielle, n° 2, Février 2017, comm. 14. « Les informations n'étaient pas immédiatement accessibles au

évoque dès son préambule la définition de « secret d'affaires » : *ces savoir-faire et ces informations commerciales de valeur, qui ne sont pas divulgués et que l'on entend garder confidentiels, sont appelés « secrets d'affaires »*⁴³¹. La directive apporte aux secrets d'affaires un véritable régime de protection contre leur obtention, utilisation et divulgation illicites. Ces nouvelles dispositions européennes doivent être transposées dans l'ordre juridique français au plus tard le 9 juin 2018⁴³². Le détenteur d'un secret d'affaires ne détient pas de droits exclusifs sur les informations couvertes par ce secret. Cependant, afin de promouvoir l'efficacité économique et la compétitivité, la directive impose des restrictions à l'utilisation d'un secret d'affaires lorsque les savoir-faire ou les informations en question ont été obtenus de manière malhonnête et contre la volonté de leur détenteur. Le texte envisage les circonstances dans lesquelles l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est illicite, ce qui donne le droit au détenteur dudit secret de demander l'application des mesures et réparations prévues par la directive, mais la découverte indépendante et l'ingénierie inverse sont des moyens légitimes d'obtenir une information⁴³³.

3) SANCTIONS POTENTIELLES

202. Secret commercial : action en concurrence déloyale. Les atteintes au secret commercial peuvent être sanctionnées par les mécanismes issus de la responsabilité civile délictuelle (articles 1382 et 1383 du Code civil) et plus particulièrement par l'action en concurrence déloyale pour parasitisme. Le parasitisme est défini comme « un ensemble de comportements par lesquels un agent économique s'imisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire »⁴³⁴. Comme toute action fondée sur la responsabilité délictuelle,

public, et étaient préservées par un secret relatif qui caractérise le savoir-faire protégé. Ces caractéristiques du savoir-faire, qui ont été progressivement précisées par la jurisprudence (notamment : Cass. com., 13 juill. 1966, Sté Almes c/ Sté Dita Bottonificio Fossanèse : JCP CI 1967, II, 15131, note P. Durand), sont consacrées par la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016, dans la définition du « secret d'affaires » : ces informations sont secrètes en ce sens qu'elles ne sont pas généralement connues du milieu professionnel concerné ou elles ne leur sont pas aisément accessibles ; elles ont une valeur commerciale du fait de leur caractère secret ; leur détenteur a mis en oeuvre des moyens raisonnables pour en préserver le secret. »

⁴³¹ Préambule (1), Directive (UE) 2016/943.

⁴³² FABRE Régis, Réserve de savoir-faire, JurisClasseur Brevets, Fasc. 4200, n°150.

⁴³³ Nicolas BINCTIN, Droit de la propriété industrielle, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 46, 17 Novembre 2016, n°22.

⁴³⁴ Cass. Com, 26 janvier 1999, pourvoi n°9622457.

l'action en concurrence déloyale nécessite de démontrer l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre cette faute et ce dommage.

L'atteinte au secret de fabrique est prévue dans l'article L.621-1 du Code de la propriété intellectuelle. Celui-ci renvoie à l'article L.1227-7 du Code du travail qui énonce des peines de deux ans d'emprisonnement et 30.000 euros d'amende pour la révélation d'un secret de fabrique. Le régime de la violation du secret de fabrique demeure restrictif dans la mesure où l'auteur de l'infraction ne peut être qu'un « directeur ou un salarié » de l'entreprise titulaire du secret. Seules les personnes liées à l'entreprise par un lien de subordination peuvent donc être considérées comme les auteurs potentiels de l'infraction. Il n'est donc pas applicable au sein de communautés autochtones qui ne sont pas régies comme une entreprise contenant des salariés.

203. Brevet et secret commercial offrent des potentialités en terme de protection des SFTM, il existe toutefois d'autres voies qui relèvent également de la propriété intellectuelle.

SECTION 2 : LES SOURCES DE PROTECTION

ISSUES DES DROITS DÉRIVÉS

204. Certains membres de l'OMPI comme la France, le Japon, les États-Unis, la Russie, ont précisé en 2002 que les mécanismes de propriété intellectuelle existants pouvaient en général être utilisés pour protéger les savoirs traditionnels, mais que certains de ces mécanismes conviennent mieux que d'autres à cette protection. Parmi une longue liste évoquée à cette occasion ils ont accordé une importance particulière aux marques et aux indications géographiques⁴³⁵.

§ 1 : Le droit des marques

205. Une présentation générale du droit des marques permettra dans un second temps de chercher sa pertinence pour la protection des savoirs traditionnels.

A) Présentation du système

206. **La marque : considérations générales.** La marque est un signe distinctif qui permet d'identifier une entreprise parmi d'autres, ou des produits ou des services parmi ceux des concurrents. Pour la législation française ce signe distinctif peut être constitué de dénominations, de signes sonores ou de signes figuratifs⁴³⁶, et pour la législation chinoise : par des mots, des graphiques, des lettres, des chiffres, des symboles en trois dimensions, des combinaisons de couleurs, de sons ou une combinaison de ceux-ci⁴³⁷. Le droit des marques est un droit exclusif qui assure un

⁴³⁵ WIPO/GRTKF/IC/3/7, Examen des systèmes actuels de protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle, 2002, paragraphe 7, p.4.

⁴³⁶ Article L711-1 du code de la Propriété Intellectuelle.

⁴³⁷ Article 8 Any signs, including words, graphs, letters, numbers, three-dimensional symbols, color combinations, sound or any combination thereof, that are capable of distinguishing the goods of a natural person, legal person or other organization from those of others may be applied for registration as trademarks.

monopole à son titulaire et l'assurance d'une protection contre les concurrents, parfois même contre des entreprises de secteurs d'activité différents.

D'après l'article 15 de l'ADPIC, constitue une marque de fabrique ou de commerce « Tout signe, ou toute combinaison de signes, propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises » Ces signes se composent en particulier de mots, y compris les noms de personnes, de lettres, de chiffres, d'éléments figuratifs et de combinaisons de couleurs, ainsi que toute combinaison de ces signes⁴³⁸.

En France, La marque est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale. Les marques se distinguent en marque de fabrique, de commerce ou de service⁴³⁹.

En Chine, les marques déposées se réfèrent à des marques enregistrées avec l'approbation du Bureau des marques. Elles se distinguent en marques déposées pour les produits, en marques de services, en marques collectives et en marques de certification. Le titulaire d'une marque déposée jouit du droit exclusif d'utilisation de la marque, qui est protégé par la loi.

Une marque collective se réfère à celle enregistrée au nom d'un groupe, d'une association ou de toute autre organisation, utilisée par ses membres dans son activité commerciale pour afficher leur appartenance à cette marque.

Une marque de certification fait référence à celle qui est contrôlée par une organisation qui est capable d'exercer une surveillance sur un type particulier de biens ou de services. Elle est utilisée par une entité ou par un individu autre que cette organisation pour certifier que ce produit ou service délivré par l'utilisateur dispose d'une qualité spécifique, relative à l'indication du lieu d'origine, aux matières premières, au mode de fabrication, à la qualité ou à d'autres propriétés spécifiées⁴⁴⁰.

⁴³⁸ Article 15 alinéa 1 de l'ADPIC de 1994 : « Tout signe, ou toute combinaison de signes, propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises sera propre à constituer une marque de fabrique ou de commerce. De tels signes, en particulier les mots, y compris les noms de personne, les lettres, les chiffres, les éléments figuratifs et les combinaisons de couleurs, ainsi que toute combinaison de ces signes, seront susceptibles d'être enregistrés comme marques de fabrique ou de commerce. Dans les cas où des signes ne sont pas en soi propres à distinguer les produits ou services pertinents, les Membres pourront subordonner l'enregistrabilité au caractère distinctif acquis par l'usage. Les Membres pourront exiger, comme condition de l'enregistrement, que les signes soient perceptibles visuellement. »

⁴³⁹ Article L711-1 de code de la propriété intellectuelle

⁴⁴⁰ Article 3 de la Loi sur les marques de la République populaire de Chine. Registered trademarks refer to trademarks that are registered with the approval of the trademark office, including trademarks for goods and services, collective trademarks and certification trademarks. The owner of a registered

Ainsi donc la France a donc donné une définition assez précise de la marque, contrairement à la Chine. La France distingue les marques de fabrique, de commerce ou de service sans utiliser la notion de marque collective et de certification. Mais elle dispose de lois relatives à l'indication géographique, contrairement à la Chine. La Chine distingue les marques collectives, de produits, de services, de certification. Elle dispose de deux modèles de marques supplémentaires par rapport à la France qui viennent compléter le système à la française de protection par l'indication géographique. Les États-Unis ont également un modèle qui correspond à celui de la Chine.

Dans ce contexte juridique inhérent aux marques, le médicament occupe en Chine une place spécifique.

La Loi sur les marques de la République populaire de Chine est entrée en vigueur 1982. L'article 6 de cette loi impose que certains produits pour être vendus sur le marché doivent obligatoirement l'être sous l'égide d'une marque déposée. Et l'article 41 de la « Loi sur l'administration des produits pharmaceutiques de la République populaire de Chine » entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1985 précise que les médicaments doivent disposer d'une marque déposée, sauf pour les herbes et boissons traditionnelles chinoises. Il est interdit de vendre sur le marché sans autorisation des médicaments dépourvus d'une marque déposée, qui elle doit être clairement indiquée sur l'emballage pharmaceutique et l'étiquette de ces médicaments. En 1985 les médicaments sont obligatoirement vendus sous une marque déposée. Mais en 2001, lors de la première révision de la « Loi sur l'administration des produits pharmaceutiques de la République populaire de Chine », cette obligation a été supprimée. Depuis, les médicaments n'ont plus cette obligation, à l'instar de tous les autres produits sauf le tabac, qui reste encore actuellement en Chine sous cette obligation.

trademark shall enjoy the exclusive right to the use of the trademark, which shall be protected by law. For purposes of this Law, a collective trademark refers to one that is registered in the name of a group, association, or any other organization for use in business by its members to indicate membership. For purposes of this Law, a certification trademark refers to one that is controlled by an organization which is capable of exercising supervision over a particular kind of goods or services and that is used by a unit other than the organization or by an individual for its or his goods or services, and is designed to certify the indications of the place of origin, raw materials, mode of manufacture, quality, or other specified properties of the said goods or services.

B) L'état de la protection du savoir traditionnel par le droit des marques

207. Toutefois, que ce soit en France ou en Chine, le droit des marques permet de protéger des produits ou des services provenant de connaissances traditionnelles mais pas les techniques utilisées en elles-mêmes. Il permet donc de leurs apporter une protection indirecte et partielle.

208. **SFTM et marque : usage international.** Dans ce cadre le droit des marques présente deux avantages spécifiques pour la protection des savoirs traditionnels : une durée de protection potentiellement illimitée, et la possibilité de bénéficier à l'ensemble d'une communauté. En effet le prolongement de la durée de protection se fait par simple renouvellement. De plus, le droit accordé à une marque peut être détenu collectivement, une marque collective est accessible à une communauté autochtone.

Dès lors, de nombreuses communautés cherchent à déposer une marque collective et/ou de certification. Elles seules sont alors autorisées à commercialiser les produits fabriqués selon les moyens ou les normes de ces communautés. C'est pourquoi ce mode de protection est utilisé en de multiples endroits de la planète. Au Canada par exemple, de nombreuses marques, parfois de certification, sont utilisées par des communautés autochtones pour désigner et protéger un large éventail de produits et de services. Ceux-ci concernent aussi bien des arts et des œuvres d'art traditionnels, que des services touristiques, des entreprises, des produits alimentaires ou d'habillement⁴⁴¹. Au Vietnam, la marque "Truong Son" protège un baume traditionnel élaboré à base de plantes médicinales⁴⁴². En Chine, la marque « 从江瑶浴药 » qui signifie « Bains aux herbes médicinaux de la minorité Yao de Cong Jiang » ou plus simplement « Bains médicinaux YAO »⁴⁴³ a été déposée auprès du Bureau des marques dépendant de

⁴⁴¹ WIPO/GRTKF/IC/3/7, Examen des systèmes actuels de protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle, 2002, Paragraphe 10, p. 5.

⁴⁴² WIPO/GRTKF/IC/3/7, Examen des systèmes actuels de protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle, 2002, Paragraphe 11 et 13, p. 6-7.

⁴⁴³ Cong Jiang est une ville située dans la province de Guizhou au sud-ouest de la Chine. On a recensé dans cette ville plus d'une dizaine de minorités ethniques telles que Yao, Dong, Miao, Zhuang. Ces ethnies forment 94% de la population totale de la ville. C'est une ville de montagne avec une population généralement assez pauvre, et ce depuis longtemps. Son climat subtropical est chaud et humide, avec des phénomènes de mousson. Dès lors cette région est idéale pour la croissance des plantes. Dans cet habitat,

l'Administration du commerce et de l'industrie de la RPC⁴⁴⁴. L'exemple de cette communauté Yao en matière de marque de certification est éloquent⁴⁴⁵.

209. SFTM et marques : Protections juridiques. Quelques pays ont déjà mis en place des dispositions juridiques destinées à interdire l'enregistrement d'une marque contenant des signes distinctifs (mots, symboles ou portraits, ...) pouvant porter atteinte à une communauté autochtone.

C'est notamment le cas de la Colombie et de la Nouvelle Zélande qui ont déployé une protection juridique contre l'utilisation abusive et le détournement des actifs incorporels de leurs communautés traditionnelles.

En Colombie, à la lumière d'une disposition spécifique de la décision 486 de la Communauté andine⁴⁴⁶, l'enregistrement de la marque "TAIRONA" a été rejeté au motif que "TAIRONA" est le nom d'une communauté autochtone qui a peuplé la

la minorité ethnique Yao utilise abondamment les plantes de la montagne pour lutter contre les maladies. Avec des milliers d'années de pratique dans l'utilisation de ces plantes, la population locale Yao a pu progressivement maîtriser les différentes performances et l'efficacité des plantes médicinales. Ces plantes sont utilisées pour des bains suivant des méthodes et des compositions différentes. Les recettes utilisées pour ces bains ont pris alors le nom de bains médicinaux YAO.

Pour chaque bain il peut être utilisé entre une dizaine voire jusqu'à plusieurs centaines de plantes différentes, chaque plante ayant une fonction spécifique : désintoxiquer, expulser le vent ou le froid, nourrir le sang, nettoyer le tube digestif. La recette du bain est adaptée suivant le baigneur, la saison, la maladie.

Les Yao maîtrisent un savoir faire qui concerne également la cueillette et la cuisine de ces plantes. La cueillette prend en compte la direction de croissance des plantes, la saison, le site de collecte, la partie recueillie. Il est fait attention également à la température de cuisson de ces plantes, à la durée du bain. Souvent les Yao regroupent ces plantes en bouquets, qu'ils mettent à bouillir durant un temps déterminé dans une grande marmite. Ils versent ensuite le liquide dans un grand tonneau de bain, en y ajoutant une quantité appropriée d'eau froide, de sorte à maintenir la température de l'eau à environ 40 degrés. Tout le corps est trempé dans ce bain, à l'exclusion de la tête.

Depuis des générations les Yao utilisent ces recettes traditionnelles de bain et sont notoirement peu sujets aux maladies de la peau, cardiaques, gynécologies, et rhumatismes, et semblent protégés contre bien d'autres maladies encore. Le bain permet aussi de lutter contre le froid, le vent, la pluie et la fatigue subis pendant le travail. Il est fréquent que les personnes âgées adeptes de ces bains puissent encore marcher vaillamment à 90 ans.

Les recettes des bains Yao se transmettent oralement depuis des milliers d'années. Aujourd'hui encore elles sont jalousement conservées au sein des familles Yao, comme des trésors. Même si certaines de ces recettes se sont répandues ailleurs, les secrets principaux sont encore restés en local.

⁴⁴⁴ Voir « Lettre à propos de la déclaration des marques de certification géographique de Congjiang Yaoyu », et « le règlement sur la gestion et l'utilisation des marques de certification de Congjiang Yaoyu », le 28 mars 2005.

⁴⁴⁵ De plus en plus d'hôtels locaux offrent ces bains Yao et attirent de plus en plus de voyageurs, ce qui favorise le développement du tourisme local. L'administration de la ville de Congjiang a d'ores et déjà déposé une marque certifiée auprès du Bureau des marques dépendant de l'administration du commerce et de l'industrie de la RPC, ciblée sur les bains médicinaux de YAO. Le détenteur des droits liés à cette marque est le Bureau des Médicaments Chinois, entité administrative de la ville de Congjiang.

⁴⁴⁶ L'article 136.g) de la décision 486 prévoit que les signes consistant en des noms de communautés autochtones et afro-américaines et qui constituent une expression de leur culture ne peuvent être enregistrés sans l'autorisation explicite des communautés en question à moins que la demande ne soit faite par les communautés elles-mêmes.

Colombie préhispanique.

La « loi de 2002 sur les marques de commerce » de Nouvelle-Zélande renforce la protection des droits des indigènes en prohibant l'enregistrement d'une marque si « son utilisation ou son enregistrement risque d'offenser une partie significative de la communauté, notamment les Maoris ». Dans le but de déterminer si une marque est effectivement « susceptible d'offenser », la loi prévoit l'établissement d'un comité consultatif maori⁴⁴⁷ chargé d'aider le commissaire (l'examineur néo-zélandais) à trancher la question de savoir si une marque est susceptible de porter atteinte aux Maoris⁴⁴⁸.

L'utilisation d'une marque dont la durée de protection peut être étendue sans limitation présente l'avantage de permettre au public d'identifier des produits à base de savoir-faire traditionnel en médecine. Mais ce système ne permet que de bloquer l'utilisation de la marque par d'autres sociétés, il ne protège pas les connaissances médicinales traditionnelles en elles-mêmes, ni les techniques associées.

C) L'état de la protection de la MTC en Chine par les marques

210. SFTM et marques : Aperçu général en Chine. L'identification de la médecine traditionnelle chinoise via les marques peut globalement se concevoir suivant deux modèles de signes distinctifs : le signe distinctif commercial et le signe distinctif culturel.

Le signe distinctif commercial d'un médicament traditionnel est souvent le nom de son entreprise, comme les très célèbres « Tong Ren Tang », ou « Hu Qing Yu Tang ». Ces entreprises acquièrent leur réputation pertinente au cours de leur longue utilisation

⁴⁴⁷ Comité consultatif maori : toutes les demandes et désignations de marques que reçoit l'IPONZ (Intellectual Property Office of New Zealand) sont évaluées ; l'objectif est de déterminer si elles contiennent des signes maoris ; si tel est le cas, elles sont adressées au Comité consultatif maori sur les marques, afin que ce dernier détermine si, selon lui, l'usage ou l'enregistrement de la marque peut offenser le peuple maori. Le comité donne son opinion avant que l'examen de l'enregistrement international désignant la Nouvelle-Zélande soit terminé.

⁴⁴⁸ RODHAIN Philippe, *Le judicieux équilibre entre harmonisation et intérêts culturels – Nouvelle législation néo-zélandaise relative aux marques*, Les cahiers de propriété intellectuelle, Vol.16, n°2, 2004, p.571. <http://www.lescpi.ca/s/1584>.

commerciale⁴⁴⁹. La protection de ce signe distinctif bénéficie en Chine de dispositions légales relativement efficaces, qui s'appuient sur les droits de la propriété intellectuelle (lutte contre la contrefaçon) et de la concurrence déloyale. Cette notoriété patente en Chine permet à ces marques de bénéficier d'une protection juridique efficace et donc peu sujette à débat. Elle pourrait donc être un modèle à atteindre pour la plupart des médicaments traditionnels, mais se révèle bien insuffisante en l'absence de cette forte notoriété.

D'autres médicaments traditionnels font porter la protection de leur marque par un signe distinctif culturel. En Chine le signe distinctif culturel pour les médicaments traditionnels est généralement basé sur les symboles suivants :

- des praticiens de l'antiquité, tels que Bian Que, Hua Tuo, Zhongjing, Li Shizhen ;
- des ouvrages célèbres de la médecine chinoise, comme Huang Di Nei Jing, Ben Cao Gang Mu ;
- des médicaments célèbres, comme Liu Shen Wan, WenDan Tang ;

Toutefois les signes distinctifs culturels souffrent d'un manque de dispositions juridiques utiles à leur protection mais surtout ils pâttissent d'utilisations abusives.

Le signe distinctif culturel porte la marque de l'histoire et de la culture chinoise, qui lui confère une valeur commerciale conséquente. Lorsqu'une entreprise utilise un tel signe à titre de marque, elle bénéficie de retombées importantes, car le consommateur sera en mesure d'identifier facilement et rapidement la nature du service ou du produit. De plus ce consommateur est tenté de lui attribuer immédiatement une impression favorable. C'est pourquoi la tentation est grande pour de nombreuses entreprises d'utiliser un tel outil. Selon les statistiques du Bureau des marques⁴⁵⁰, 669 marques contiennent le mot « Hua Tuo », 254 utilisent le mot « Bian Que ». La majorité de ces titulaires des marques ont utilisé aussi « Hua Tuo » ou « Bian Que » pour leur nom d'entreprise. De plus, en utilisant de façon prolongée de tels signes distinctifs relatifs à la médecine traditionnelle chinoise pour identifier un produit ou un service, ce dernier prend l'ascendant culturel dans l'esprit du consommateur au dépend même de de l'origine culturelle traditionnelle. À terme le consommateur associe prioritairement ce produit ou service avec le signe distinctif et peu de personnes y voient alors la référence à la

⁴⁴⁹ YAO Miao, *Problèmes et solutions nouvelles pour la mise en œuvre de méthodes traditionnelles appliquées à la médecine traditionnelle chinoise*, Journal of Traditional Chinese Medicine Management, février 2013, Vol.21, n°2, p.112.

⁴⁵⁰ Trademark Office of The State Administration for Industry and Commerce of the People's Republic of China, http://wsjs.saic.gov.cn/txnT01.do?locale=en_US

culture historique de la médecine traditionnelle chinoise, ce qui lui porte préjudice et peut même contribuer à sa disparition ou à sa perte.

Face à ce problème, la Loi sur les marques de la RPC impose dans son alinéa 7 de l'article 10 que les signes distinctifs trompeurs et susceptibles d'induire en erreur le public en termes de qualité, lieu de production ou d'autres caractéristiques des produits ne peuvent être utilisés comme marques. Un tel article est tout à fait susceptible de s'appliquer pour des marques de médicaments qui prendraient en référence la médecine traditionnelle. Par contre dans le cas de l'utilisation de ce signe distinctif dans d'autres contextes, la cordonnerie ou l'automobile par exemple, cet article ne s'applique pas, puisqu'il n'est pas susceptible d'induire le public sur une compréhension tronquée de la qualité réelle du produit en raison de l'utilisation du signe distinctif. Et pourtant en pareil cas l'utilisation hors contexte est tout à même de porter un préjudice sérieux à la culture médicinale traditionnelle, comme par exemple lorsque l'industrie du tabac emprunte le nom de « Bian Que » pour sa marque de cigarettes, ou qu'une entreprise reprend le nom célèbre de « Li Shizhen » pour sa boisson alcoolisée⁴⁵¹.

S'il existe bien un article de la Loi sur les marques de la RPC chargé de protéger la morale ou la coutume contre des signes distinctifs qui pourraient y porter atteinte⁴⁵², il n'est pas d'articles qui protègent ces signes contre une utilisation abusive dès lors qu'elle sort du contexte de la référence de ces signes, quand bien même une telle utilisation y porte préjudice. Cela explique pourquoi tant d'entreprises ont pu agir de la sorte avec des références en matière de médecine traditionnelle vénérable. Par conséquent, le droit des brevets ne protège pas les techniques du SFTM. De plus lorsque les signes distinctifs culturels sont utilisés par une marque, les conséquences s'avèrent souvent négatives pour l'image de la médecine traditionnelle en référence.

⁴⁵¹ Trademark Office of The State Administration for Industry and Commerce of the People's Republic of China, http://wsjs.saic.gov.cn/txnT01.do?locale=en_US

⁴⁵² Alinéa 8 de l'article 10 de la Loi sur les marques de la RPC

§ 2 : L'indication géographique

211. À l'instar de la marque, l'indication géographique est susceptible d'apporter une cadre de protection à un SFTM. Une présentation générale du système nous permettra d'en apprécier les avantages et inconvénients pour la protection du SFTM.

A) Présentation du système

212. **Indication géographique : considérations générales.** Suivant l'alinéa 1 de l'article 22 de l'ADPIC, « On entend par indications géographiques des indications qui servent à identifier un produit comme étant originaire du territoire d'un Membre, ou d'une région ou localité de ce territoire, dans les cas où une qualité, réputation ou autre caractéristique déterminée du produit peut être attribuée essentiellement à cette origine géographique ». En France, la définition juridique d'indication géographique est prévue dans l'article L721-2 du code de la propriété intellectuelle : « Constitue une indication géographique la dénomination d'une zone géographique ou d'un lieu déterminé servant à désigner un produit, autre qu'agricole, forestier, alimentaire ou de la mer, qui en est originaire et qui possède une qualité déterminée, une réputation ou d'autres caractéristiques qui peuvent être attribuées essentiellement à cette origine géographique. Les conditions de production ou de transformation de ce produit, telles que la découpe, l'extraction ou la fabrication, respectent un cahier des charges homologué par décision prise en application de l'article L. 411-4 ».

En Chine, la définition juridique de l'indication géographique est prévue dans la Loi sur les marques de la République populaire de Chine⁴⁵³ : *des indications qui servent à identifier un produit comme étant originaire d'une zone géographique, et dont la qualité particulière, la réputation ou les caractéristiques de ce produit sont principalement déterminées par les facteurs naturels ou humains de cette zone géographique.*

⁴⁵³ Article 16 alinéa 2 de la Loi sur les marques de la République populaire de Chine : The geographical indication mentioned in the preceding paragraph means the origin of the goods the special qualities, credibility or other characteristics of the goods and it is primarily determined by the natural factors or other humanistic factors of the place indicated.

Le terme de zone géographique dans ces définitions peut faire référence à un pays, comme par exemple la Chine pour la céramique chinoise, la France pour le vin blanc français. Il peut également faire référence à un site plus spécifique du pays, comme par exemple pour la poire juteuse de Tianjin, l'eau minérale de Laoshan, voir une zone géographique plus petite, comme pour le thé de Longjing, la céramique de Jingdezhen. Ces zones disposent généralement d'une bonne réputation dans le domaine concerné. Le symbole commercial est généralement composé du nom géographique et du nom empirique du produit, comme « jambon de Jinhua ». Dans certains cas, lorsque la réputation et la visibilité de l'indication géographique ont atteint un certain niveau, il suffit alors de prendre cette référence géographique pour réaliser la fonction d'indication géographique du produit ; par exemple le bordeaux a suppléé l'appellation « vin de Bordeaux ».

Il est compréhensible qu'un lieu géographique se transforme en indication géographique lorsque la qualité spécifique et la caractéristique des produits fabriqués sont déterminées par des éléments naturels et humains en provenance de ce lieu⁴⁵⁴. Dans le cas général, les facteurs naturels sont le climat, l'environnement, le sol, la source d'eau, l'espèce, et les matériaux naturels ; les facteurs humains sont la technologie de traitement du produit, la technique de production, les recettes traditionnelles ou encore les secrets spécifiques du lieu d'origine. Les conditions humaines et géographiques décrites ci-dessus constituent une propriété intangible partagée de siècle en siècle par les producteurs, fabricants et travailleurs au sein du lieu d'origine.

Dans la pratique, les facteurs humains et naturels efficaces sont le résultat de techniques traditionnelles éprouvées que des communautés locales ont élaborées et incorporées dans la production. Les produits désignés et différenciés par des indications géographiques, qu'il s'agisse de vins, de spiritueux, de fromages, de produits artisanaux, de montres, de pièces d'argenterie ou d'autres produits, constituent aussi bien des expressions d'une identité culturelle et communautaire locale que d'autres éléments des savoirs traditionnels⁴⁵⁵. Ailleurs dans le monde, d'autres pays font également couramment appel au mécanisme de l'indication géographique pour la

⁴⁵⁴ ZANG Xiaoli, *Recherche sur la protection des savoirs traditionnels*, thèse à l'Université centrale des nationalités. 2006, p.40.

⁴⁵⁵ WIPO/GRTKF/IC/3/7, Examen des systèmes actuels de protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle, 2002, Paragraphe 40, p. 16.

protéger certains de leurs savoirs traditionnels, souvent agricoles. Pour citer quelques exemples : « Cocuy Pecayero », un alcool fabriqué à partir de l'agave au Venezuela, « Phu Quoc », une sauce de soja au poisson, « Shan Tuyet Moc Chau », une variété de thé au Viet Nam⁴⁵⁶.

En Chine, l'indication géographique revêt une grande importance, notamment lorsqu'elle est de source étrangère. Certaines entreprises chinoises l'ont bien comprise, et en abusent. Ce fut le cas par exemple pour l'appellation d'origine française « Champagne », ce qui a contraint l'Administration du commerce et de l'industrie de la RPC à publier en 1989 un avis pour « arrêter d'utiliser le mot Champagne [香檳] sur les produits alcoolisés » afin de remplir les obligations de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle⁴⁵⁷. Cet avis est intervenu dès lors que l'utilisation à tort du mot « Champagne » porte atteinte non seulement au vin issu de Champagne mais aussi à cette région de France. Il précise notamment que « 香檳 » est la traduction du mot « Champagne » qui est un vin blanc gazeux en provenance de la région de Champagne en France, et qu'il s'agit d'une appellation d'origine protégée.

213. Indication géographique : protections. Il faudra toutefois attendre 1994 pour qu'en Chine débute une protection législative de l'indication géographique, mais sous forme simplement d'un décret de l'Administration du commerce et de l'industrie. Ce décret porte le nom d'« *Enregistrement et mesures de gestion des marques collectives et des marques de certification* ». Pour la première fois les symboles géographiques peuvent alors être protégés sous la forme des marques de certification. En 2003 ce décret sera amélioré par un autre décret portant le même nom émanant de la même administration. À fin 2016, 3374 indications géographiques enregistrées ont été enregistrées en tant que marques collectives ou marques de certification en Chine⁴⁵⁸. En 2006, la Chine et l'Union européenne ont ratifié un accord dénommé « 10+10 » pour la reconnaissance mutuelle des indications géographiques de Chine et d'Europe. Chaque nation s'engage ainsi à reconnaître 10 indications géographiques de l'autre nation⁴⁵⁹. De

⁴⁵⁶ WIPO/GRTKF/IC/3/7, Examen des systèmes actuels de protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle, paragraphe 13, p.7.

⁴⁵⁷ Avis de l'administration du commerce et de l'industrie de la RPC n° 296 de 1989.

⁴⁵⁸ State Intellectual Property Office, Intellectual property Protection in China in 2016, 25 Avril 2017, p. 5. Voir aussi : SONG Xinzhe, Geographical Indications: the Transplantation of the French/ European Sui Generis Systems in China, thèse, Université Toulouse Capitole, 2007, p.305.

⁴⁵⁹ En octobre 2011, ces cinq indications géographiques chinoises recommandées par AQSIQ reconnues par l'Union européenne sont : Longkou Fen Si (vermicelles), Longjing Cha (thé), Shanxi Ping Guo

par le succès de cette initiative, il est d'ores et déjà envisagé de poursuivre ce projet par un accord « 100+100 » en 2017⁴⁶⁰.

En France, l'indication géographique est protégée par le droit de l'indication géographique, une législation spécifique indépendante de celle des marques, au sein du code de la propriété intellectuelle. De nombreux produits français y ont recours. En effet les produits agricoles français, comme le vin, le fromage, ont une grande réputation dans le monde entier, l'indication géographique joue un rôle majeur sur le commerce extérieur et intérieur. C'est pourquoi la France a établi dès 1919 la *Loi relative à la protection des appellations d'origine*⁴⁶¹. La France est le premier pays au monde à établir une législation spécifique pour protéger une indication géographique. Depuis de nombreuses évolutions ont permis de la renforcer. Toutefois, à la différence de la France, la Chine a choisi une solution originale permettant la coexistence de différents modèles de reconnaissance et de protection. Actuellement, il existe trois principaux systèmes de protection des indications géographiques en Chine⁴⁶². Le premier est supervisé par l'Administration d'État pour l'Industrie et le Commerce (SAIC) et se voit réglementé par la loi sur les marques. Le second est une protection spécifiquement gérée par l'Administration générale de la surveillance de la qualité Inspection et quarantaine (AQSIQ). Enfin, le troisième système a été mis en place par le ministère de l'Agriculture (MOA) depuis 2008 et se concentre sur les produits agricoles bruts.

B) Avantages et inconvénients

214. Indication géographique : pertinences. La protection par l'indication géographique ne nécessite pas de frais importants pour son renouvellement, ni de

(pommes), Guanxi Mi you (pamplemousse), Lixian Ma Shan Yao (igname). Elles ont été enregistrées comme indications géographiques protégées ou désignés d'origine par la Commission européenne. Parallèlement, l'AQSIQ a accordé la protection pour indication géographique en Chine pour le Comté (fromage), le Roquefort (fromage), le Saumon écossais, le Cheddar de la Ferme Ouest, la Sierra Magina (huile d'olive), Priego de Cordoba (huile d'olive), Pruneau d'Agen (prune). Deux sont en cours d'étude : Napa Valley et Champagne. Ces reconnaissances sont accompagnées d'une connexion système entre les pays et les régions concernés.

⁴⁶⁰ SONG Xinzhe, *Geographical Indications: the Transplantation of the French/ European Sui Generis Systems in China*, thèse, Université Toulouse Capitole, 2007, p.371.

⁴⁶¹ La *Loi relative à la protection des appellations d'origine* du 06 mai 1919 est aujourd'hui abrogée dans son ensemble à l'exception des articles 8, 11, 12 et 17.

⁴⁶² SONG Xinzhe, *Geographical Indications: the Transplantation of the French/ European Sui Generis Systems in China*, thèse, Université Toulouse Capitole, 2007, p.126, 138 et 147.

dépenses supplémentaires conséquentes après son enregistrement, ce qui présente un avantage financier certain. L'indication géographique permet de protéger les caractéristiques des savoirs traditionnels ou des produits concernés⁴⁶³. Elle ne peut généralement pas être cédée ni transférée à autrui qui ne répond pas aux exigences inhérentes à cette indication géographique. Elle maintenue aussi longtemps que la tradition collective. Enfin, elle permet le développement de la tradition en la protégeant et en la récompensant, et met l'accent sur la relation entre la culture humaine et son environnement local. Par conséquent, certains experts admettent que l'indication géographique pourrait convenir aux communautés autochtones et locales car leurs symboles sont basés sur des traditions et des décisions collectives qui restent relativement indépendantes des individus au cours du temps⁴⁶⁴.

Il existe un exemple d'utilisation réussie de l'indication géographique pour favoriser la commercialisation d'un savoir traditionnel. Il nous vient des tribus indiennes d'Amérique, au Nouveau-Mexique. Les artisans indiens locaux ont créé des signes spécifiques symbolisant leurs tribus locales sur la poterie ou des bijoux. Chaque année ces tribus obtiennent un revenu plus de 800 millions de dollars⁴⁶⁵ par la vente commerciale des produits artisanaux. Pour cela, les autorités législatives ont établi une loi dénommée « *Indian Arts and Crafts Act of 1990* » pour garantir l'authenticité de ces produits artisanaux⁴⁶⁶.

Parmi les utilisations potentielles de l'indication géographique émergent celles relatives aux herbes médicinales, et ce à l'échelle de la planète. Les herbes médicinales sont des médicaments formés dans un environnement naturel et dans des conditions écologiques spécifiques, et se caractérisent principalement par leur origine géographique, leur stabilité qualitative, une bonne réputation pérenne, et des effets significatifs. La qualité et les effets de ces herbes médicinales sont non seulement liés à des éléments

⁴⁶³ YANG Yuanbin, *Research on the Benefit Sharing Pattern of the Intellectual Property Derived from Genetic Resource*, thèse, Huazhong University of Science and Technology, Juillet 2006, p.39.

⁴⁶⁴ DOWNES David R. *How Intellectual Property Could Be a Tool to Protect Traditional Knowledge*, Columbia Journal of Environmental Law, Vol. 25, Issue 2, 2000, p.269. "Indicators of geographic origin are especially suitable for use by indigenous and local communities since they are based upon collective traditions and a collective decision-making process; they protect and reward traditions while allowing evolution; they emphasize the relationships between human cultures and their local land and environment; they are not freely transferable from one owner to another; and they can be maintained as long as the collective tradition is maintained."

⁴⁶⁵ Environ 732 millions d'euros - Villie Smith, traduit par Pengcheng ZHU, la propriété intellectuelle et la protection du patrimoine culturel immatériel, National Arts, 2013, p.72.

⁴⁶⁶ WIPO/GRTKF/IC/8/5, Annexe, p. 26. Section 309.2(f), 25 CFR Chapter II 309 (Protection of Indian Arts and Crafts Products) d' Indian Arts and Crafts Act of 1990.

traditionnels et culturels spécifiques, mais aussi à la température, la qualité de l'eau, le climat, le sol, le mode de culture, de recueil et de traitement de base. La provenance géographique est la caractéristique la plus significative de ces herbes médicinales. Elle joue ainsi un rôle de valeur qualitative et commerciale⁴⁶⁷. En produits singuliers, les herbes médicinales dépendent de leur condition géographique et de la technologie traditionnelle qui les exploite. Ces repères leur offrent une pertinence remarquable pour une protection par l'indication géographique⁴⁶⁸.

Les herbes médicinales peuvent être généralement protégées par une législation sur l'indication géographique. À l'échelle internationale, la Convention de Paris sur la protection de la propriété industrielle et la Convention de l'ADPIC en sont les références principales. En Chine, la protection juridique des indications géographiques s'est formée progressivement avec la loi sur les marques. Aujourd'hui l'alinéa 2 de l'article 16 de cette loi lui est spécifiquement consacré. Lorsqu'une herbe médicinale dispose d'un potentiel spécifique et d'une réputation liée à des facteurs humains ou naturels d'une zone géographique précise, elle peut alors être protégée par cet alinéa⁴⁶⁹. Tel est le cas des herbes « Chang Bai ginseng » et « Ningxia goji » issues respectivement du massif de Chang Bai et de la région autonome de Ningxia.

Mais si une législation sur l'indication géographique peut être en mesure d'apporter une protection à certaines herbes médicinales, elle se révèle en revanche peu efficace pour la protection du savoir-faire traditionnel en lui-même. Il suffit de l'exploiter sans indiquer la provenance géographique. Contre l'utilisation et l'exploitation d'une recette traditionnelle sous une autre dénomination que celle d'origine, la protection de l'indication géographique ne s'avère pas pertinente. Celle-ci ne permet pas de se retourner contre le falsificateur.

215. L'usage de l'indication géographique pour protéger les SFTM présente donc effectivement quelques vertus utiles, il est de fait plébiscité par de nombreux pays mais reste marginal car l'étendue ne concerne pas la technique en elle-même qui reste exploitable par biopiraterie. De manière générale le champ de la propriété intellectuelle s'avère donc bien accessible pour assurer la protection du SFTM, mais il n'est pertinent

⁴⁶⁷ YAN Yonghe, *La protection de la propriété intellectuelle des savoirs traditionnels*, Éditions juridique, 2006, p.268.

⁴⁶⁸ BANG Yinghua, Mémoire de master : *la recherche sur la protection de la propriété intellectuelle de médecine traditionnelle tibétaine en Chine*, Université du sud-ouest de Jiaotong, 2008, p.35.

⁴⁶⁹ MEI Zhisheng, *Protection de la propriété intellectuelle de la médecine traditionnelle chinoise*, thèse, China Academy of Chinese Medical Sciences, mai 2007, p.74.

que dans des contextes précis. Dès lors, le législateur s'est également intéressé à des possibilités hors du champ direct de la propriété intellectuelle.

CHAPITRE 2 : APPROCHES HORS DU CHAMP DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

216. Le droit de la propriété intellectuelle n'est qu'un des moyens de protection juridique de la médecine traditionnelle, mais pas le seul. Pour assurer cette protection il faut aussi envisager d'avoir recours à l'appareil politique et l'ensemble des autres moyens juridiques d'un pays. Ainsi chaque pays, région ou territoire déploiera une ou des stratégies qui lui sont propres, parfois par des lois sui generis et des approches politiques spécifiques. À ce titre la Chine est un modèle de représentativité qu'elle a développé de par la richesse de son savoir et de ses ressources plurimillénaires à protéger, de par une population qui dépasse le milliard d'habitants, et un système politique centralisé. Ce chapitre parcourt donc la vision des systèmes politiques et juridiques en Chine, puis hors de Chine les législations développées aux niveaux transnationaux et nationaux.

SECTION 1 : LES SYSTÈMES JURIDIQUES ET POLITIQUES EN VIGUEUR EN CHINE

217. Dans cette approche des systèmes protecteurs en Chine seront développés d'une part l'environnement juridique dont la source première émane de la Chine elle-même, puis celui que les causes internationales ont inspiré puis généré.

§ 1 : Environnement juridique en Chine de source nationale

218. **La Constitution de la Chine protège la médecine traditionnelle.** Au plus haut niveau de sa force juridique la Chine dispose d'une constitution destinée à promouvoir les valeurs passées et présente de son existence. Une Constitution est la loi fondamentale d'un État. Or l'article 21 de la Constitution de la République populaire de Chine⁴⁷⁰ stipule que l'État développe les services médicaux et de santé du pays ; développe la médecine moderne et la médecine traditionnelle chinoise ; encourage et soutient la mise en place de divers équipements médicaux et de santé au travers des organisations économiques collectives rurales, des entreprises, des institutions et des organisations de quartier ; promeut les activités de santé d'un caractère de masse ; protège la santé de la population. Ainsi donc sur le plan constitutionnel, la Chine fait référence en égalité de la médecine traditionnelle et la médecine moderne. S'il s'agit de valeurs affichées et qui reste des mots, cette Constitution marque un attachement certain du pays du milieu à ses valeurs traditionnelles. Dans ce cadre ce pays a déployé plusieurs règlements destinés à protéger sa médecine traditionnelle. Parmi ces règlements, il convient d'évoquer le « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois » et le « Règlement sur les médecines traditionnelles chinoises de la République populaire de Chine ».

A) *Le Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois*

219. **Le « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois ».** Le Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois, promulgué par le Conseil d'État de la République populaire de Chine le 14 Octobre

⁴⁷⁰ Article 21 "The state develops medical and health services, promotes modern medicine and traditional Chinese medicine, encourages and supports the setting up of various medical and health facilities by the rural economic collectives, state enterprises and institutions and neighbourhood organizations, and promotes health and sanitation activities of a mass character, all for the protection of the people's health."

1992, a été mis en œuvre au premier janvier 1993. Ce règlement protège « les médicaments traditionnels chinois produits sur le territoire de la Chine, y compris les spécialités pharmaceutiques chinoises, le prélèvement des médicaments naturels et leurs préparations ainsi que les produits manufacturés artificiels. Les dispositions relatives aux médicaments traditionnels chinois déposés par brevet ne relèvent pas de ce règlement mais de celles relatives au droit des brevets⁴⁷¹». Le champ d'application de ce Règlement est très vaste. Il met en place un système hiérarchique de protection des médicaments traditionnels chinois suivant deux niveaux⁴⁷². Le premier niveau répertorie les médicaments traditionnels qui ont un effet particulier sur des maladies précises, les produits manufacturés artificiels équivalents aux espèces d'herbes médicinales sauvages protégées à l'échelon national, ainsi que les médicaments utilisés pour prévenir et traiter des maladies spécifiques⁴⁷³. Le second niveau regroupe les médicaments traditionnels chinois qui faisaient partie à l'origine du premier niveau mais qui ne peuvent plus y prétendre, ceux qui ont un effet évident sur certaines maladies, ainsi que les substances efficaces et les préparations spécifiques prélevées à partir de médicaments naturels⁴⁷⁴. Les conditions nécessaires pour bénéficier de cette protection sont donc très larges. Et les conditions demandées pour bénéficier d'un brevet, la nouveauté, le caractère inventif et l'application industrielle, ne sont pas obligatoires pour pouvoir bénéficier de la protection par ce Règlement. Les

⁴⁷¹ Article 2 du « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois ». “These Regulations apply to types of traditional Chinese medicine produced and manufactured within the territory of China, including prepared traditional Chinese medicines, extracts and preparations from natural medicinal materials, as well as artificial traditional Chinese medicines.”

http://www.wipo.int/wipolex/zh/text.jsp?file_id=337300

⁴⁷² Article 5 du « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois ». “Types of traditional Chinese medicine under the protection of these Regulations must be those listed in the national pharmaceutical standards. Upon the determination of the administrative department of public health under the State Council, protection of types of traditional Chinese medicine listed in the pharmaceutical” standards of provinces, autonomous regions and municipalities directly under the Central Government may be applied for. The protection of types of traditional Chinese medicine shall consist of first class protection and second class protection.

⁴⁷³ Article 6 du « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois », “For types of traditional Chinese medicine which conform to any of the following conditions, first class protection may be applied for. (1) having special curative effects for a certain disease; (2) artificial medicines prepared from varieties of wild medicinal materials analogously under first class protection ; or (3) used for the prevention and cure of special diseases.”

⁴⁷⁴ Article 7 du « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois », “For types of traditional Chinese medicine which conform to any of the following conditions, second class protection may be applied for. (1) conforming to the provisions of Article 6 in these Regulations, or having once been listed under first class protection but now being cancelled ; (2) having outstanding curative effects for a certain disease ; or (3) effective substances and special preparations extracted from natural medicinal materials.”

médicaments traditionnels qui ont été publiés ou utilisés publiquement peuvent aussi bénéficier de cette protection. La durée de la protection garantie pour les médicaments de la première classe varie entre 10, 20 ou 30 ans, tandis que celle pour les produits du deuxième niveau est de 7 ans⁴⁷⁵. Après l'expiration de cette période de protection, une demande de prolongation est possible. Chaque prolongation ne doit pas dépasser la durée de protection approuvée la première fois. La durée de protection des médicaments traditionnels chinois du second niveau ne peut être prolongée qu'une seule fois d'une durée maximale de 7 ans⁴⁷⁶. Ainsi un médicament traditionnel chinois du premier niveau qui bénéficie d'une protection de 30 ans pourra ensuite voir sa durée de protection prolongée d'à nouveau 30 ans. À l'échéance de cette prolongation, Ce médicament bascule dans la seconde catégorie, et peut donc à ce titre bénéficier de 7 ans de protection, puis d'une nouvelle puis d'une nouvelle période de protection de 7 ans. En théorie donc la durée maximale de protection d'un médicament est de 74 ans. Le Règlement contient des dispositions draconiennes en matière de secrets. Elles stipulent que le transfert à l'étranger de la composition des ingrédients et des procédés technologiques des médicaments traditionnels chinois du premier niveau doit se conformer aux injonctions de l'État en matière de sécurité⁴⁷⁷. En outre l'enregistrement à l'étranger des médicaments traditionnels chinois bénéficiant d'une protection de ce niveau doit être soumis à l'approbation du Département administratif de la santé publique du Conseil d'État⁴⁷⁸. Au cours de cette période de protection, la composition

⁴⁷⁵ Article 12 du « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois », “the period of protection for types of traditional Chinese medicine is as follows: The period of first class protection is thirty years, twenty years and ten years respectively. The period of second class protection is seven years.”

⁴⁷⁶ Article 15 du « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois » : “Where, due to special circumstances, it is necessary to extend the period of protection of a type of traditional Chinese medicine under first class protection, the producing enterprise shall, six months before the expiration date of protection, submit an application for extension according to the procedures described in the Article 9 of these Regulations. The extended period of protection shall be decided by the State examination and evaluation for the protection of types of traditional Chinese medicine, however, an extension approved each time shall not exceed the period of protection granted for the first time.”

Article 16 du « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois ». The period of protection of types of traditional Chinese medicine under second protection may be extended for seven years upon expiration. If it is necessary to extend the period of protection of a type of traditional Chinese medicine under second class protection, the producing enterprise shall, six months before the expiration date of protection, submit an application for extension according to the procedures described in the Article 9 of these Regulations.

⁴⁷⁷ Article 14 du « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois ». Transfer to any foreign country of prescriptions and pharmaceutical techniques of types of traditional Chinese medicine under first class protection shall be dealt with according to the relevant State provisions of security.

⁴⁷⁸ Article 21 du « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois ». Registration of protected types of traditional Chinese medicine within the period of protection in any foreign country

des ingrédients et des procédés technologiques utilisés pour la fabrication du médicament doivent être tenus secrets et ne peuvent être divulgués par les entreprises ayant obtenu un « certificat de protection des médicaments traditionnels chinois », ni par les autorités compétentes en matière de production et de commerce des médicaments, ni par les Départements administratifs de santé publique, ni par les entités ou individus concernés⁴⁷⁹.

Lorsqu'un médicament traditionnel chinois relève du secret d'État, toutes les informations relatives à sa composition et la fabrication de ce dernier sont tenues secrètes. Il existe trois niveaux différents en matière de secrets d'État : « top secret », « secret » et « confidentiel »⁴⁸⁰. La période de protection d'un secret d'État classé « top secret » ne peut pas dépasser 30 ans ; celle d'un secret classé « secret » ne peut pas dépasser 20 ans, et celle d'un secret classé « confidentiel » ne peut pas dépasser 10 ans⁴⁸¹. D'un point de vue pratique, les médicaments traditionnels chinois qui ont obtenu une protection de premier niveau peuvent obtenir la protection inhérente aux secrets d'État. Mais l'obtention d'une telle protection est assez rare. Depuis la promulgation du « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois » en 1993, seulement 5 médicaments traditionnels chinois ont pu en bénéficier⁴⁸². La plupart des médicaments traditionnels chinois ne peuvent obtenir qu'une protection de second niveau. Mais les dispositions de la China Food and Drug Administration (CFDA)⁴⁸³ rendent obligatoire la divulgation des techniques utilisées pour l'élaboration des médicaments traditionnels chinois de ce niveau⁴⁸⁴. La protection en tant que secret

⁴⁷⁹ shall be subject to the approval of the administrative department of public health under the State Council. Article 13 du « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois ». Within the period of protection, the prescriptions and pharmaceutical techniques of types of traditional Chinese medicine under first class protection shall be kept secret and shall not be published by the producing enterprises having been granted the Certificate of Protection of Types of Traditional Chinese Medicine, the competent authorities for the production and trading of traditional Chinese medicine, the administrative departments of public health, and other units or individuals concerned.

⁴⁸⁰ Law of the People's Republic of China on Guarding State Secrets, amended on April 2010. Article 10, State secrets shall be classified into three levels: top-secret, secret and confidential. <http://www.lapres.net/statesecretslaw2010.pdf>

⁴⁸¹ Law of the People's Republic of China on Guarding State Secrets, amended on April 2010. Article 15, [...] Unless it is otherwise provided, the period for protecting state secrets that is top-secret shall not exceed 30 years; the period for protecting a state secret classified as secret shall not exceed 20 years; and the period for protecting a state secret classified as confidential shall not exceed 10 years....

⁴⁸² http://www.menet.com.cn/info/201601/201601110922512251_128638.shtml

⁴⁸³ CFDA est un organe administratif de la Chine qui autorise la mise sur le marché des médicaments.

⁴⁸⁴ China Food and Drug Administration, « Avis sur la déclaration d'un secret d'État relatif à la médecine chinoise », [...] seuls les médicaments chinois classés dans la liste de secret d'État peuvent être considérés comme un secret. [...] Concernant les médicaments chinois qui ne sont pas dans la liste de secret d'État, la prescription, le dosage et la méthode de fabrication doivent être divulgués conformément aux règlements

d'État permet aux entreprises pharmaceutiques de disposer d'avantages sur le prix de vente mais également d'avoir le monopole sur le marché. Par conséquent, de nombreuses entreprises chinoises recherchent cette protection. En effet, en 2005, d'après une enquête menée par la CFDA à l'échelle nationale, près de 1200 médicaments traditionnels chinois ont fait l'objet d'une demande de protection en tant que secret d'État⁴⁸⁵.

220. RPMTC : avantages. Ainsi donc le « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois » présente les avantages suivants :

1. Les critères de recevabilité pour pouvoir en bénéficier sont faibles contrairement à ceux relatifs à une demande de brevet (nouveau, activité inventive et application industrielle). Il suffit par exemple de prouver un effet spécifique du médicament pour que la demande de de protection puisse être autorisée rapidement.

2. La période de protection est relativement longue, en général 14 ans. Cette période est à comparer aux 20 ans accordés à un brevet, période pendant laquelle le médicament devra être testé avant son autorisation de mise sur le marché et qui réduit d'autant sa période utile de protection. De plus, cette période de 7 plus 7 ans accordée par le Règlement peut venir s'ajouter à celle dont a bénéficié un médicament breveté et dont l'échéance est arrivée terme, à condition toutefois que ce médicament respecte les règles imposées par ce Règlement.

3. Dans certains cas un monopole peut être déployé sur le marché du médicament. Au cours de la période de protection, les médicaments traditionnels chinois ne peuvent être produits que par les entreprises ayant obtenu un « certificat de protection des médicaments traditionnels chinois ». Lorsque ces médicaments deviennent des secrets d'État, les entreprises qui les produisent peuvent obtenir un droit exclusif sur le marché⁴⁸⁶.

Pour ces raisons, les entreprises de médicaments traditionnels chinois préfèrent protéger leurs produits avec ce « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois ». Ainsi depuis sa parution en 1993 jusqu'en 2005, le nombre de médicaments

en vigueur.

⁴⁸⁵ GUO Wang, *Remarques sur le secret des médicaments chinois*, Journal de médecine et d'économie, vol 2, le 01 novembre 2006.

⁴⁸⁶ China Food and Drug Administration (SFDA), « Avis sur la déclaration d'un secret d'État relatif à la médecine chinoise », [...] Seuls les médicaments chinois classés dans la liste de secret d'État peuvent être considérés comme un secret [...] les médicaments chinois qui ont obtenu le certificat de secret d'état restent secret sous le contrôle de la SFDA. Pendant la période de confidentialité, la demande d'enregistrement relative à ces médicaments chinois sera rejetée.

traditionnels chinois approuvés par les Départements administratifs de santé, relevant du Conseil des Affaires d'État, s'élevait à plus de 1865. Aujourd'hui encore 265 médicaments traditionnels sont protégés par ce Règlement dont 5 au titre du premier niveau⁴⁸⁷.

221. RPMTC lacunes : défaut de probité. Néanmoins, le « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois » présente quelques lacunes. Parmi celle-ci émergent des craintes sur la probité des pouvoirs administratifs, répartis sur l'ensemble du territoire, car pour l'application de ce Règlement, les administrations disposent d'un pouvoir déterminant, pouvant même saisir la justice pénale. Ainsi le pouvoir administratif en charge de ces questions a la possibilité d'établir à volonté des licences administratives qui autorisent certaines entreprises à produire des médicaments traditionnels chinois et de l'interdire aux autres, permettant ainsi que certaines d'entre elles disposent en pratique d'un droit exclusif sur ces médicaments⁴⁸⁸. En effet les dispositions de l'article 17 de ce Règlement imposent que la production de médicaments traditionnels chinois qui disposent d'une protection effective n'est autorisée qu'aux entreprises munies du « certificat de protection des médicaments traditionnels chinois »⁴⁸⁹. L'article 23 stipule que si quelqu'un, en violation des dispositions de l'article 17 du présent règlement, imite un médicament traditionnel chinois protégé, les services administratifs de la santé publique au niveau, ou au-dessus du niveau du territoire, doivent le punir en tant que producteur de faux médicaments⁴⁹⁰. En attribuant un droit exclusif à certaines entreprises et en privant les autres du droit de production de médicaments traditionnels, ces autorités administratives peuvent générer des suspicions d'intégrité.

222. RPMTC lacunes : inflation du prix du médical. Par ailleurs le système de protection autour de ce Règlement est à l'origine d'une augmentation de la charge

⁴⁸⁷ WEI Xiaoyun, *China's legal system of Chinese medicine intellectual property protection - and on the exclusive rights of Chinese medicine Variety Protection*, the people of Justice, Vol. 9, 2004, p. 51.

⁴⁸⁸ SHEN Yu, *Perspectives on current protection system of traditional Chinese medicine*, Journal of China Pharmaceutical University, 2011, 42(2), p.190.

⁴⁸⁹ Article 17 du « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois ». The production of protected types of traditional Chinese medicine within the period of protection shall be restricted to enterprises which have been granted the Certificate of Protection of Types of Traditional Chinese Medicine.[...]

⁴⁹⁰ Article 23 du « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois ». If anyone, in violation of the provisions of Article 17 of these Regulations, imitates a protected type of traditional Chinese medicine without approval, the administrative departments of public health at or above the county level shall punish him as a producer of fake medicines.

financière des entreprises. En effet le Règlement a pour effet de protéger le droit exclusif de certaines entreprises, tout en interdisant à d'autres entreprises la production et la vente de médicaments traditionnels chinois. Or certains de ces médicaments sont issus de savoirs ancestraux transmis de génération en génération⁴⁹¹ qui étaient auparavant potentiellement fabriqués par toute entreprise chinoise du médicament traditionnel. Depuis ce Règlement, ces entreprises doivent payer pour obtenir une licence leur permettant de les produire. Et si ces entreprises espèrent protéger leurs médicaments, ils doivent payer à nouveau pour obtenir une protection spécifique indépendante de celle du brevet. Il en résulte des prix élevés à la vente pour ces médicaments. Dans ce contexte, non seulement ce Règlement ne favorise pas la protection des intérêts des patients et de la santé publique, mais il n'est pas en mesure de sauvegarder efficacement la médecine traditionnelle.

223. RPMTC lacunes : conflits avec les brevets. En outre, la protection accordée par ce Règlement est potentiellement en conflit avec la protection des brevets. La coexistence de la protection des médicaments traditionnels chinois avec la protection des brevets peut créer des contradictions et peut également nuire aux intérêts du titulaire du droit de la propriété intellectuelle du médicament. Selon les dispositions du « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois », les médicaments traditionnels pour lesquels des brevets sont déposés sont traités dans le cadre des dispositions du droit de brevet, et ne relèvent pas du présent Règlement⁴⁹². Cependant, lorsqu'une entreprise demande la protection du Règlement, les autorités ne vérifient pas si un brevet a déjà été accordé à une autre entreprise pour ce même médicament. De fait, si le titulaire du brevet d'un médicament traditionnel chinois ne demande pas aussi la protection de son produit par le Règlement mais que d'autres entreprises le font, les médicaments traditionnels produits par le titulaire du brevet ne peuvent pas entrer dans le marché au détriment de ceux produits en contrefaçon. Par conséquent, afin d'éviter cet écueil et d'avoir accès au marché, certains titulaires de brevets demandent en plus cette protection. Ils l'utilisent en fait comme une licence d'entrée sur le marché pharmaceutique chinois. Mais pour cela, l'entreprise doit non seulement payer pour la

⁴⁹¹ SHEN Yu, *Perspectives on current protection system of traditional Chinese medicine*, Journal of China Pharmaceutical University, 2011, 42(2), p.190.

⁴⁹² Article 2 du « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois ». Those types of traditional Chinese medicine for which patents are applied for shall be dealt with under the provisions of the Patent Law, and not under these Regulations.

protection de son brevet mais aussi pour bénéficier de ce « Règlement », augmentant ainsi le coût de protection du médicament et de son prix à la vente⁴⁹³.

224. RPMTC lacunes : désintérêt pour l'innovation. Enfin le Règlement décourage l'innovation dans le domaine des médicaments traditionnels. Le développement d'un médicament coûte très cher. Or le Règlement permet aux entreprises de protéger et déployer sur le marché des médicaments traditionnels qui présentent une faible innovation par rapport à ceux existants. Dès lors les entreprises préfèrent fabriquer des médicaments traditionnels existants, ou avec très peu d'innovation, afin de réduire le risque d'investissement. Dès lors que ces médicaments répondent aux conditions requises par le Règlement, ils peuvent être protégés et les entreprises peuvent profiter d'un monopole provenant de licences administratives. Cependant cette production de médicaments de faible innovation conduit à une concurrence entre les différentes entreprises pharmaceutiques du pays. Par exemple, il y a plus de 80 entreprises en Chine qui produisent de la gelée royale du ginseng, une centaine d'entreprises produisent la pilule de calcul bovis calmant le palais d'esprit, et plus de 150 entreprises produisent le comprimé Niuhuang Jiedu. La solution Shedan Chuanbei inventée par l'entreprise pharmaceutique Pan Shougao à Canton a été reproduite peu de temps après par plus de 20 entreprises pharmaceutiques. L'imitation des médicaments traditionnels entre les entreprises rend difficile les bénéfices pour les entreprises innovantes. Ces imitations découragent l'esprit d'initiative des entreprises et limite l'innovation dans le domaine des médicaments traditionnels⁴⁹⁴.

225. Un autre règlement est venu compléter cette disposition réglementaire.

⁴⁹³ ZHANG Tao, *The effect of integrate with executive protection and legal protection of TCMP Intellectual Property*, the world of science and technology - modernization of Chinese medicine, 2001, n°2, p.42.

⁴⁹⁴ DU Ruifang, *La protection de la propriété intellectuelle des médecines traditionnelles*, Editions de Cour populaire, décembre 2004, p. 131.

B) Le « Règlement sur les médecines traditionnelles chinoises »

226. **RMTC : objectifs.** Dans le but de perpétuer l'héritage et de développer la médecine traditionnelle chinoise, de garantir et de favoriser le développement des entreprises de médecines traditionnelles chinoises, le Conseil d'État a promulgué le « Règlement sur les médecines traditionnelles chinoises de la RPC» (Règlement) le 7 avril 2003. Ce Règlement réitère que « L'État protège, soutient et développe son engagement pour la médecine traditionnelle chinoise, met en œuvre le principe de soutenir à la fois la médecine traditionnelle chinoise et la médecine conventionnelle, encourage les études mutualisées entre ces médecines, ainsi que l'amélioration commune de la médecine traditionnelle chinoise et conventionnelle, exhorte la combinaison organique de la science médicale traditionnelle chinoise avec la science médicale occidentale, et développe l'industrie médicale des médecines traditionnelles chinoises »⁴⁹⁵. De plus, l'État exige que les administrations au niveau régional, ou supérieur, intègrent les entreprises de médecines traditionnelles chinoises dans le plan d'économie nationale et de développement social, et qu'ils accordent des récompenses aux entités et aux individus ayant apporté une contribution considérable à la succession et au développement des entreprises de médecine traditionnelle chinoise, ou ayant accomplis des réalisations importantes dans leur travaux des médecines traditionnelles chinoises dans les régions périphériques⁴⁹⁶.

Parallèlement, ce Règlement définit un processus de création d'institutions médicales et les standards de service à rendre par les organismes médicaux ayant recours aux médecines traditionnelles chinoises. Il précise la qualification et les exigences en

⁴⁹⁵ Article 3: The state protects, supports and develops the undertaking of traditional Chinese medicines, implements the guideline of stressing both traditional Chinese medicine and Western medicine, encourages the mutual study and supplements as well as the common improvement of traditional Chinese medicine and Western medicine, urges the organic combination of traditional Chinese medical science and Western medical science, and completely develops China's undertaking of traditional Chinese medicines. <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn027en.pdf>

⁴⁹⁶ Article 5: The people's governments at or above the county level shall include the undertaking of traditional Chinese medicines into the plans of national economic and social development.[...] Article 7: The people's governments at or above the county level shall grant awards to the entities and individuals who have made remarkable contributions to the succession and development of the undertaking of traditional Chinese medicines or have made prominent achievements in their work of traditional Chinese medicines in remote regions.

matière médicale des personnels qui y sont affectés⁴⁹⁷, les critères pour la création d'un établissement scolaire en matière de médecines traditionnelles chinoises, les modalités de transmissions des savoirs et des expériences des spécialistes et des experts en médecines traditionnelles chinoises⁴⁹⁸; la collection, l'organisation et l'utilisation des documents dans ce domaine⁴⁹⁹; la protection des ressources des herbes médicinales⁵⁰⁰; les dispositions relatives à la recherche et au développement de la médecine traditionnelle chinoise⁵⁰¹; les échanges et les coopérations des médecines traditionnelles chinoises⁵⁰².

227. RMTTC : écueils. Toutefois ce Règlement présente des écueils importants. Il ne présente pas de dispositions spécifiques pour les médicaments traditionnels chinois. Celles-ci sont supposées être reprises dans la « Loi sur l'administration des produits pharmaceutiques de la République populaire de Chine ». En effet l'entreprise ou la personne qui entreprend la préparation, la production, l'exploitation, l'utilisation et le contrôle ainsi que la gestion des médicaments à l'intérieur des frontières de la République populaire de Chine doit respecter cette loi⁵⁰³. Ces obligations ne sont pas précisées au sein du « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois ». Que ce soit pour des médicaments occidentaux ou pour des médicaments

⁴⁹⁷ Voir articles 8 à 13

⁴⁹⁸ Voir articles 14 à 19.

⁴⁹⁹ Article 28: The people's governments at or above the county level shall take measures to strengthen the collection, neatening, research and protection of the literatures of traditional Chinese medicines. The relevant entities and medical institutions of traditional Chinese medicines shall strengthen the management, protection and utilization of important literatures of traditional Chinese medicines.

⁵⁰⁰ Article 29: The state protects wild resources of traditional Chinese medicinal materials, supports the research, development and utilization of artificial substitutes of endangered animal and plant of traditional Chinese medicinal materials. The local people's government at or above the county level shall strengthen the reasonable development and utilization of traditional Chinese medicinal materials, encourage the establishment of bases for planting and cultivating traditional Chinese medicinal materials, and promote the development and production of scarce traditional Chinese medicinal materials.

⁵⁰¹ Voir articles 21, 22, 23

⁵⁰² Article 24: The state supports the foreign exchange and cooperation in respect of traditional Chinese medicines, and enhances the international dissemination of traditional Chinese medicines. The extension, transfer, foreign exchange of major scientific research achievements of traditional Chinese medicines, and the Chinese-foreign cooperative research of traditional Chinese medical technologies, shall be approved by the department responsible for the administration of traditional Chinese medicines under the people's government at or above the provincial level, so as to prevent the loss of major traditional Chinese medical resources. If any scientific research achievement of traditional Chinese medicines belongs to the scientific and technological secrets of the state but is indeed necessary for transfer or foreign exchange, the provisions in laws, administrative regulations and departmental rules on maintenance of state secrets shall be abided by.

⁵⁰³ Article 2 :The law shall be applicable to any units or individuals engaged in research, production, trade, use, supervision and management of pharmaceuticals within the territory of the People's Republic of China.

traditionnels chinois, les activités pharmaceutiques doivent respecter la « Loi sur l'administration des produits pharmaceutiques ». Pour cette raison, le « Règlement sur les médecines traditionnelles chinoises », en tant que réglementation suprême dans le domaine des médecines traditionnelles chinoises, ne concerne pas les médicaments traditionnels, ce qui fait l'objet de critiques de la part des spécialistes⁵⁰⁴.

Enfin, les dispositions sont très générales et manquent de cas pratiques. En 2017 encore, les modalités d'exécution n'ont pas été mises en œuvre, ce qui réduit l'importance de ce règlement dans la protection des médicaments traditionnels chinois.

228. Aussi, en marge de ces deux règlements créés dans la perspective de protéger en Chine d'une part les médicaments traditionnels et d'autre part la médecine traditionnelle, certains experts estiment qu'en raison de la nature particulière du savoir-faire traditionnel en médecine chinoise, du contexte national et international actuel dans lequel il doit survivre, ni le droit de la propriété intellectuelle ni les règlements et lois présentées ci-avant ne peuvent prodiguer une protection efficace et globale. Par conséquent, ils proposent d'intégrer ce savoir-faire traditionnel dans le domaine du patrimoine culturel immatériel, sous l'égide de la « Convention sur la protection de patrimoine culturel immatériel », adopté par la Conférence générale de l'Unesco le 17 octobre 2003. Cette option pourrait rendre possible l'élaboration d'un système juridique spécialisé sur la protection du savoir-faire traditionnel en médecine⁵⁰⁵. Et quelques lois existent d'ailleurs en Chine dont le contenu est influencé par des accords internationaux.

⁵⁰⁴ FU Junying, JIA Qian, *La Loi sur les médecines traditionnelles chinoises et les responsabilités de ses médecins*, Chinese Journal of Information on TCM, Janvier 2008, Vol.15, n°1, p.3.

⁵⁰⁵ MA Zhiguo, « Les mesures juridiques et les politiques de la protection du patrimoine culturel immatériel de la médecine traditionnelle chinoise », dans CAO Hongxin et LIU Changhua (éds.), *Recueil du symposium au sujet de l'inscription sur la Liste représentative du patrimoine culturel immatériel de l'humanité de la médecine traditionnelle chinoise*, Chengdu, 2007, p. 1-9.

§ 2 : Législations influencées par des sources internationales

229. Ainsi en est-il de la « Loi sur le patrimoine culturel immatériel » qui s'est inspirée de la Convention de l'Unesco, et de la « Loi sur les médecines traditionnelles chinoises » qui emprunte des orientations définies par le Protocole de Nagoya.

A) La « Loi sur le patrimoine culturel immatériel »

230. **LPCI : généralités.** La « Loi sur le patrimoine culturel immatériel de la République populaire de Chine », adoptée le 25 février 2011, est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2011. La promulgation de cette loi marque la création d'un système de sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Avant cette loi, la protection de ce patrimoine est restée très longtemps négligée. L'objectif de cette loi est de transmettre et valoriser la culture traditionnelle de la nation chinoise, de promouvoir l'établissement d'une civilisation spirituelle communiste et renforcer la protection et la préservation du patrimoine culturel immatériel⁵⁰⁶. Le terme « patrimoine culturel immatériel » se réfère à diverses manifestations culturelles traditionnelles organisées par des individus de toutes nationalités, transmissibles de génération en génération et considérés comme faisant partie de leur patrimoine culturel, ainsi que de leurs objets et espaces culturels traditionnels. Il se manifeste concrètement dans ces domaines : (1) la littérature orale traditionnelle ainsi que la langue comme véhicule de celle-ci ; (2) les arts plastiques traditionnels, la calligraphie, la musique, la danse, le théâtre, le quyi⁵⁰⁷ et l'acrobatie ; (3) les techniques traditionnels, la médecine traditionnelle et le calendrier ; (4) les rituels traditionnels, festivals et autres coutumes populaires ; (5) les sports et divertissements traditionnels ; (6) tout autre patrimoine culturel immatériel (article 2). Il en ressort que la « Loi sur le patrimoine culturel immatériel » intègre les connaissances

⁵⁰⁶ Article 1 de la « Loi sur le patrimoine culturel immatériel de la République populaire de Chine ».

⁵⁰⁷ Le quyi, nom général des arts de narration et de contes chantés, a été formé sur la base de la littérature verbale et de l'art de ballades chantées développées de manière spontanée parmi la population depuis l'antiquité. Ayant pour principaux moyens d'expression la narration et des contes chantés avec accompagnement de mimes et de gestes, il est propre à traduire le sentiment et refléter la vie sociale. (<http://www.voyages-chine.com/guide-voyage-Chine/culture-chinoise/quyi.html>)

médicales traditionnelles dans son champ d'application de la protection.

La « Loi sur le patrimoine culturel immatériel de la République populaire de Chine » a adopté un dispositif de sauvegarde basé sur des listes d'enregistrement, en formant des systèmes gestionnaires à tous les échelons du pays, central à régional, créant de ce fait un mode de sauvegarde administrative⁵⁰⁸. Sur la base de cette loi les gouvernements populaires d'un niveau supérieur au district doivent assurer la protection et la préservation du patrimoine culturel immatériel dans leurs plans de développement économique et social. Ils doivent également assurer le financement de la protection et de la préservation dans leurs plans budgétaires (article 6 alinéa 1). L'État doit préserver le patrimoine culturel immatériel chinois en adoptant des mesures telles que l'homologation, l'enregistrement et le classement en vue de le protéger en incluant sa valeur historique, littéraire, artistique et scientifique. L'État doit également prendre des mesures concernant l'héritage et la promotion de ce patrimoine (article 3) et soutenir les travaux destinés à sa protection et sa préservation au sein des communautés ethniques, fussent-elles éloignées et indigentes (article 6 alinéa 2). Il encourage et soutient ses citoyens, les personnes morales et autres organisations à participer aux travaux concernant la protection du patrimoine culturel immatériel (article 9). Les organisations et les individus qui apportent une contribution significative aux travaux concernant la protection de ce patrimoine doivent être félicités et récompensés conformément aux dispositions pertinentes de l'État (article 10).

231. La « Loi sur le patrimoine culturel immatériel » s'inscrit dans une tradition législative issue de la réforme et de l'ouverture de la Chine, dans laquelle les clauses juridiques sont souvent rédigées en règles de principe⁵⁰⁹. C'est en l'espèce le cas de cette loi, qui en matière de droit administratif établi principalement des droits et des devoirs pour l'État et les gouvernements locaux⁵¹⁰ mais dont la plupart des articles ne sont que des dispositions de principes difficiles à mettre en pratique. Les dispositions particulières rédigées dans cette loi ne font souvent que reprendre les « dispositions générales » sans les détailler⁵¹¹.

⁵⁰⁸ Article 6 alinéa 2 de la Loi sur le patrimoine culturel immatériel

⁵⁰⁹ HUANG Yuye, *Protection des droits privés sur le patrimoine culturel immatériel*, China Legal Science, 2008, n°5, p.136.

⁵¹⁰ GONG Wei, TAN Ping, LUO Wanhong, *Civil Organizations and the Perfection of Intangible Cultural Heritage Law*, Journal of Jishou University (Social Science Edition), Sept.2014, Vol.35, n°5, p.76.

⁵¹¹ Article 28, est similaire à l'article 9 des dispositions générales.

1) LES DIFFICULTÉS RENCONTRÉES LORS DU PROCESSUS

D'ÉLABORATION DE CETTE LOI

232. LPCI : une élaboration laborieuse. La « Loi sur le patrimoine culturel immatériel », rédigée sur la base de la « Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel » de l'Unesco ratifiée par la Chine en 2004, est assez récente (2011). Avant elle, la protection juridique du patrimoine culturel immatériel est en Chine très disparate⁵¹². Il faudra notamment des affaires comme celles du « Barcarolle de l'Oussouri »⁵¹³ et du « Shuishu »⁵¹⁴ pour susciter dans les milieux intellectuels une réflexion visant à protéger la culture traditionnelle folklorique et nationale par des dispositifs législatifs plus efficaces. Jusqu'en 2005, les projets du Comité de l'Éducation, de la Science, de la Culture et de la Santé Publique du Congrès National du Peuple (The National People's Congress Education, Science, Culture and Public Health Committee) ont tenté d'attribuer des droits privés au patrimoine culturel immatériel. En 2007, le Conseil d'État a classé au rang de ses orientations prioritaires les recherches de la protection du patrimoine culturel immatériel par le droit privé. En janvier et en juin 2008, le Bureau des affaires législatives relevant du Conseil d'État a organisé deux séminaires d'experts sur la protection par le droit privé du patrimoine culturel immatériel. De nombreux experts ont ainsi été invités à intervenir sur ce sujet.

⁵¹² Par exemple : « Cultural Relics Protection Law of the People's Republic of China », « Regulations on Protection of Traditional Arts and Crafts », etc. Voir aussi HUANG Yuye, *Protection des droits privés sur le patrimoine culturel immatériel*, China Legal Science, 2008, n°5, p.136.

⁵¹³ « Barcarolle de l'Oussouri », dossier « (2001), Pékin, cour d'appel n°2, chambre Propriété Intellectuelle, première instance, n°223 » ; et dossier « (2003), Pékin, cour supérieure, chambre civile, deuxième et dernière instance, n°246. La population ethnique Hezhe, représentée par le gouvernement du canton de Sipai du district Raohe de la province du Heilongjiang, a accusé le chanteur GUO Song de violation du droit d'auteur de leur chanson folklorique.

Selon le rapport d'expertise, la chanson « La Barcarolle de l'Oussouri » reprend essentiellement la mélodie de deux autres chansons folkloriques de Hezhe « Penser à Mon Amoureux » et « Le Retour de la Chasse de Mon Amoureux », malgré quelques différences et nouveautés entre la barcarolle et les deux chansons folkloriques de Hezhe. Par conséquent conclue le rapport, cette barcarolle n'est qu'un arrangement issu des deux chansons folkloriques. Ces deux chansons sont des expressions du folklore qui doivent être protégées. Le demandeur [le gouvernement du canton de Sipai] est légitime à représenter le peuple Hezhe et peut être défendeur des intérêts de ce peuple pour tous les actes portant atteinte aux intérêts légitimes de cette expression folklorique.

⁵¹⁴ L'écriture « Shuishu » a été déposée en tant que marque par un expert de cette écriture sous le numéro 3905982. Ce dépôt de marque a fait l'objet d'une opposition par l'association « Shuishu » de la province de Guizhou qui a obtenu l'annulation de la marque. Mais par la suite des d'autres dépôts de marques sur cette écriture ont obtenu gain de cause.

233. LPCI : la détermination du détenteur des droits. Dès lors et pendant tout le processus législatif, des controverses seront soulevées par le milieu juridique. La plus importante concerne la détermination de qui sera le détenteur du droit sur le patrimoine culturel immatériel. Deux courants d'idées se sont confrontés : le premier⁵¹⁵ considère que le détenteur de ce patrimoine culturel immatériel ne peut être qu'une communauté autochtone, ou l'État mais uniquement si le détenteur ne peut pas être déterminé. L'autre réfute cette référence à la notion de groupe déterminé. Selon lui, seul un héritier du patrimoine culturel immatériel peut être identifié en tant que détenteur. Il est alors possible d'encourager et de récompenser cet héritier avec les bénéfices ou les avantages d'exploitation et d'utilisation de ce patrimoine afin d'en permettre la préservation et la diffusion⁵¹⁶. Un patrimoine culturel immatériel qui n'a pas de valeur commerciale est en danger, et ne trouve pas d'héritier. Il risque de disparaître⁵¹⁷, c'est pourquoi l'État et la loi doivent encourager, valoriser, voir aider si nécessaire les héritiers potentiels⁵¹⁸.

Autre obstacle : comment coordonner et concilier les intérêts de différents détenteurs du patrimoine culturel immatériel en cas de partage entre plusieurs zones géographiques spécifiques (provinces, pays,...) ou plusieurs ethnies ? Cette question relative au détenteur est d'autant plus significative que la Chine est un pays cosmopolite qui compte de multiples ethnies. Son patrimoine culturel immatériel est répandu dans des régions très diverses, souvent sur plusieurs d'entre elles, et pouvant toucher plusieurs minorités ethniques à la fois. Et de s'interroger également sur qui doit intervenir en cas d'atteinte à ce patrimoine lorsqu'il est partagé par plusieurs régions ou plusieurs ethnies et de qui doit bénéficier des résultats obtenus éventuellement dans cette intervention. En théorie, tous les détenteurs ont des droits équivalents sur le partage des avantages procurés par ce patrimoine, mais dans les faits, ce sont avant tout voire exclusivement celui ou ceux qui sont intervenus pour la défense de ce patrimoine, et qui prétendent en être détenteurs, qui en bénéficient.

⁵¹⁵ FENG Xiaoqing, *Patrimoine culturel immatériel et protection de la propriété intellectuelle*, Intellectual Property, mai 2010, Vol.20, p.18. GAO Xuan, WU Yudi, *On the nature of private right and its reflecting of the Intangible Cultural Heritage*, Hebei Academic Journal, Sep.2012, Vol.32, n°5, p.154.

⁵¹⁶ SONG Huixian, *Protection du patrimoine culturel immatériel*, De nouvelles questions de propriété intellectuelle, La Science, 01 juin 2007.

⁵¹⁷ GUO He, *Conservation or Protection: A Dilemma about Intangible Cultural Heritage*, Journal of RENMIN University of China, 2011, n°2, p.30.

⁵¹⁸ WANG Yingying, YANG Jinsheng, *Réflexions sur la protection du patrimoine culturel immatériel de la médecine traditionnelle chinoise*, Journal of Traditional Chinese Medicine, 2011, Vol.52, n°11, p.929.

234. LPCI : la nature juridique. Autre controverse soulevée par cette loi : quelle est la nature juridique du patrimoine culturel immatériel ? Certains experts ont défendu l'idée que la protection du patrimoine culturel immatériel doit se faire par le droit de la propriété intellectuelle⁵¹⁹, ce qui aurait pour conséquence de le soumettre au droit privé. D'autres⁵²⁰ s'y sont diamétralement opposé en émettant des doutes sérieux sur la pertinence de ce moyen de protection qu'ils considèrent comme un acte inconséquent, à l'image de l'abandon du tronc d'un arbre au profit de ses branches, arbre que l'on couperait ensuite pour en récolter les fruits⁵²¹. Nombreux sont les spécialistes à penser par ailleurs que le système de la propriété intellectuelle est un moyen pour les pays développés de piller les ressources génétiques et les savoirs traditionnels, et qu'il est porteur d'une grande responsabilité dans l'effondrement de la culture traditionnelle⁵²². Transmis depuis plusieurs milliers d'années, le patrimoine culturel immatériel possède fréquemment des identités théologiques, multirégionales voire plurinationales. Sa nature présente alors des spécificités de collectif et de partage. Or le droit de propriété intellectuelle vise par essence à attribuer un monopole ou une exclusivité de droit, ce qui le rend conflictuel voire inadapté avec des droits pertinents pour ce patrimoine culturel immatériel. Les difficultés relatives à la détermination du détenteur de droit, l'appartenance, la revendication et l'exercice de ce droit, la durée de protection pertinente, dépassent les possibilités théoriques du droit de la propriété

⁵¹⁹ LIU Ren, *La sauvegarde du patrimoine culturel immatériel dépendant des droits de propriété intellectuelle*, Journal de propriété intellectuelle de Chine, le 6 juin 2007.

Monsieur CHEN Ruiqing, membre du Comité national de la CCPPC et vice-président de l'aPN de la région autonome de la Mongolie intérieure. Il est intervenu au cours du Congrès National du Peuple (APN) et du Comité National de la Conférence consultative politique du peuple chinois (CCPPC) en 2007 pour évoquer sa position. Selon lui, le système juridique autour de la propriété intellectuelle en Chine est une solution idéale pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Il préconise d'améliorer et de renforcer la protection apportée par le droit de la propriété intellectuelle pour l'appliquer au patrimoine culturel immatériel. À l'inverse Monsieur CAI Zixing, membre du Comité national de la CCPPC, a exprimé, lors d'une interview devant les journalistes, que pour s'adapter aux spécificités de la Chine, il serait plus approprié et pratique d'élaborer un système juridique de propriété intellectuelle spécialisé dans la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.

YAN Yonghe, *La protection de la propriété intellectuelle des savoirs traditionnels*, Éditions juridique, 2006, p. 6.

⁵²⁰ SUN Haoliang, *Analysis about the plight and way out for non-material cultural heritage protection in China*, Law Science Magazine, 2009, n°8, p.81. CAO Xinming, *Recherche d'un modèle de protection du patrimoine culturel immatériel*, Studies in Law and Business, 2009, n°2, p.79.

⁵²¹ GUO He, *Les doutes sur le modèle du droit privé pour la sauvegarde de patrimoine culturel immatériel*, Journal de l'Université du Peuple de Chine, N°2, 2011.

⁵²² HAN Xiaobing, *Right Of Intangible Cultural Heritage Should Be Defined As A New Type Of Separated Right*, Law Science Magazine, 2011, n°1, p.39. ZHANG Geng, *Recherche de protection du folklore par la propriété intellectuelle*, Éditions juridiques, 2007, p.2.

intellectuelle, et remettent en question sa pertinence dans la protection du patrimoine culturel immatériel.

235. LPCI : de la LPPCI à la LPCI. De ce constat émergent pendant de nombreuses années discussions et controverses non résolues, et finalement l'impossibilité d'obtenir une solution satisfaisante. Aussi, en 2009, le Bureau des affaires législatives du Conseil d'État modifie le projet de loi relative au patrimoine en abandonnant la référence à la protection par le droit privé du patrimoine culturel immatériel. Il renomme par ailleurs la « Loi sur la protection du patrimoine culturel immatériel » en « Loi sur le patrimoine culturel immatériel » par suppression du terme « protection ». De même, dans les premiers temps de la parution de cette loi, certains experts avaient recommandé d'aborder les patrimoines culturels immatériels impliquant un aspect de propriété intellectuelle comme les médecines traditionnelles dans un chapitre spécial. Mais finalement la « Loi sur le patrimoine culturel immatériel » esquivera cet aspect controversé. Elle ne retient qu'à l'article 44 des dispositions annexes suivantes : *si l'utilisation du patrimoine culturel immatériel concerne un droit de propriété intellectuelle, les dispositions des lois et règlements administratifs pertinents s'appliquent. Si d'autres lois et règlements administratifs prescrivent autrement en ce qui concerne la protection de la médecine traditionnelle, des arts traditionnels et de l'artisanat, etc., ces dispositions prévaudront.*

236. Ainsi, le 25 février 2011, après 10 ans de mise au point, la 19^{ème} session du Comité Permanent du 11ème Congrès national du peuple adopte une « Loi sur le patrimoine culturel immatériel » exempte de dispositions de droit privé, une loi devenue nettement plus théorique et administrative⁵²³.

⁵²³ GAO Xuan, WU Yudi, *On the nature of private right and it's reflecting of the Intangible Cultural Heritage*, Hebei Academic Journal, Sep.2012, Vol.32, n°5, p.153.

2) DÉFICIENCES POTENTIELLES DU GOUVERNEMENT EN TANT QUE TITULAIRE DU DROIT SUR LE PATRIMOINE CULTUREL IMMATÉRIEL

237. La détermination pertinente du détenteur des droits d'un patrimoine culturel immatériel est un sujet particulièrement délicat tant pour la nation chinoise qu'au niveau international. Face à ce problème l'idée de faire appel à la responsabilité du gouvernement semblerait une solution opportune, mais de nombreux experts⁵²⁴ au contraire considèrent que les établissements d'État ou les gouvernements ne conviennent pas pour être les détenteurs le droit sur patrimoine culturel immatériel, et cela pour plusieurs raisons :

238. **LPCI : le gouvernement titulaire, l'insuffisance de fondement juridique.**

Le fait de considérer de jure le ou les gouvernements comme détenteurs du droit sur le patrimoine culturel immatériel est en contradiction avec le principe de la détermination de la propriété dans la théorie juridique en général⁵²⁵. Les Professeurs Zhang Jin et Yan Yonghe défendent les préceptes suivants : « Puisque les connaissances traditionnelles sont les résultats des productions spirituelles et des travaux intellectuels de communautés traditionnelles, celles-ci en tant que producteurs doivent en détenir les droits de propriété ». En effet le patrimoine culturel immatériel est souvent issu des créations continues des communautés, tribus ou ethnies, généralement sur un longue période. Son développement est un processus progressif, souvent à l'initiative de quelques individus isolés puis enrichi par la suite par des communautés composées de nombreux individus. Certains patrimoines culturels immatériels utilisés actuellement suivant des exigences technologiques et confidentielles de haut niveau suivent pourtant la méthode originelle issue de la création individuelle et du développement individuel, comme par exemple certaines recettes secrètes de famille de médecins traditionnels chinois. Le patrimoine culturel immatériel est créé et transmis historiquement par les peuples, tantôt individuellement, tantôt par la communauté, il n'est jamais un acte

⁵²⁴ TIAN Kan, SHAO Zhen, YU Xiaoyong, SHAO Chenjie, *Further discussion on some issues of TCM legislation*, China Health Law, janvier 2013, Vol.21, n°1, p.16.

⁵²⁵ GAO Xuan, WU Yudi, *On the nature of private right and it's reflecting of the Intangible Cultural Heritage*, Hebei Academic Journal, Sep.2012, Vol.32, n°5, p.155.

directif du gouvernement, mais un acte purement traditionnel et autonome ⁵²⁶ . Consciente de ce fait la « Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel » de l'Unesco se positionne en « Reconnaissant que les communautés, en particulier les communautés autochtones, les groupes et, le cas échéant, les individus, jouent un rôle important dans la production, la sauvegarde, l'entretien et la régénération du patrimoine culturel immatériel, contribuant ainsi à l'enrichissement de la diversité culturelle et de la créativité humaine ». Cette convention précise qu'« il faut respecter le patrimoine culturel immatériel des communautés, des groupes et des individus concernés ». C'est pourquoi malgré la complexité que génère la coexistence d'actes individuels et d'actes communautaires dans la création et la transmission du patrimoine culturel immatériel, il serait une erreur d'attribuer ce patrimoine de facto au domaine public, ou d'en attribuer les droits qu'à l'État ou au gouvernement, dès lors que cette pratique ne découlerait que de simples concepts dogmatiques. Qu'il soit d'origine individuelle, ethnique ou communautaire, le patrimoine culturel immatériel fait partie intégrante de la richesse personnelle de cette entité et l'attribuer à l'État reviendrait à les en déposséder.

239. LPCI : le gouvernement titulaire : effets dommageables. Par ailleurs il peut s'avérer dommageable d'attribuer aux seuls gouvernements la détention du patrimoine culturel immatériel. C'est d'ailleurs au vu de déboires dans l'exploitation par l'État de savoir-faire de communautés traditionnelles que la prudence devient de mise à parier sur la pertinence de cette solution. Ce passif montre en fait que l'État n'est pas spécialement prompt à faciliter l'utilisation des ressources et des connaissances traditionnelles au profit des communautés traditionnelles quand bien même il est notoirement leur représentant. ZHANG Jin relate même l'exemple de certains pays dont le gouvernement profite mais ne protège pas les droits et intérêts des communautés traditionnelles. En fait, l'État s'avérera même souvent une force qui sera à l'origine de l'effondrement de ces communautés traditionnelles. L'État génère et entretient parfois des conflits avec les communautés traditionnelles qu'il est supposé défendre, en

⁵²⁶ WANG Fenglan, *Étude sur les problèmes de doctrine dans la protection du patrimoine culturel immatériel de la médecine traditionnelle chinoise*, Journal of NANJING University of TCM (Social Science), Dec.2007, Vol.8, n°4, p.198.

maintenant une situation d'antagonisme⁵²⁷.

En Chine, ces conflits d'intérêts entre le gouvernement, les communautés et ethnies minoritaires au sujet du patrimoine culturel immatériel sont bien réels. L'exploitation industrielle du calendula dans la province du Yunnan est un exemple : les connaissances traditionnelles médicinales concernant cette plante sont issues de l'expérience des ethnies minoritaires de régions éloignées au Sud-Ouest de la Chine, à l'image de celle des Miao. Elles sont partagées en patrimoine commun entre les habitants de ces régions mais avec un champ d'utilisation restreint et respectueux de la plante. Or dans les années 1960, le gouvernement chinois a organisé la mise en valeur des connaissances traditionnelles en appelant les habitants natifs à utiliser les connaissances et les techniques folkloriques traditionnelles pour servir les besoins nationaux, tels que la médecine, la gastronomie, la technologie artisanale. Un médecin issu de l'ethnie minoritaire des Miao du district Qiubei dans la province du Yunnan a ainsi divulgué au public les connaissances des effets particuliers de la calendula pour le traitement de la paralysie. Dès lors, les instituts de recherche scientifique et les départements administratifs ont entamé une recherche approfondie sur cette plante et en ont effectué la promotion. Selon les statistiques, il existe actuellement en Chine plus de 60 entreprises de production et d'exploitation de la calendula, avec un chiffre d'affaires annuel s'élevant à plus d'une centaine de millions de yuan⁵²⁸. En 2010, la valeur de la production annuelle de calendula en injections et comprimés issus d'extrait d'éthanol de la calendula a atteint 17 milliards de yuans⁵²⁹. Cette connaissance médicale traditionnelle provenant des Miao est porteuse de progrès et de richesses extraordinaires à des entreprises et plus généralement à la société chinoise, mais ses créateurs ont été oubliés. L'exemple du traitement de la calendula a montré que ce savoir-faire n'a bénéficié qu'à l'État et aux entreprises féodées. Il révèle une injustice sociale patente à l'égard des communautés traditionnelles de par un manque efficace de protection juridique⁵³⁰. Sans même prétendre à l'existence de corruption ni aux dangers des visions à court terme de certains gouvernements locaux, il n'est malheureusement pas

⁵²⁷ ZHANG Jin, YAN Yonghe, *l'étude sur le titulaire du droit des savoirs traditionnels*, dans WU Handong (éds.) *Annuaire de droits de la propriété intellectuelle*, Editions d'Université Pékin, 2005, p.252-253.

⁵²⁸ Environ 10 millions d'euros.

⁵²⁹ Environ 2,2 milliards d'euros

⁵³⁰ SU Wenhua, ZHANG Guangfei, « La Calendula », dans le Bureau d'aide d'actions internationales de Chine (éds.) « Sauvegarder la source d'innovation - recherches de l'état actuel de sauvegarde des connaissances traditionnelles dans les régions du Sud-Ouest de la Chine et cas d'actions communautaires », Editions des droits de propriété intellectuelle, 2007, p.63-69.

de base de référence ou d'exemple probant en Chine qui permettrait de garantir fondamentalement la concordance des intérêts du gouvernement et de ses communautés traditionnelles sur la propriété d'un patrimoine culturel immatériel.

Nonobstant, en Chine, le gouvernement joue un rôle déterminant pour la sauvegarde actuelle du patrimoine culturel immatériel. On pourrait globalement classer les procédures de sauvegarde engagées par les gouvernements à tous niveaux suivant l'une de ces caractéristiques : 1) des mesures de sauvegarde efficaces, un patrimoine culturel immatériel efficacement sauvegardé ; ce devrait être la généralité ; 2) des mesures de sauvegarde qui ne servent que de vitrine publicitaire à l'action du gouvernement local. Le patrimoine culturel immatériel est utilisé comme un outil potentiel de valorisation politique. Le but non avoué de cette entreprise de sauvegarde est avant tout d'attirer l'attention afin d'obtenir les autorisations pour de nouvelles réalisations. Dans ce contexte les travaux de sauvegarde ont une orientation intéressée et ne portent plus que sur quelques projets typiquement utiles. Les travaux de sauvegarde concernés effusent en partant de démonstrations impétueuses, par une cérémonie solennelle et sous une importante couverture médiatique, puis prennent fin dans la discrétion ; 3) Une protection apathique. Elle dépend des instructions et des financements provenant d'organismes hiérarchiques. Mais localement les gouvernements ne prennent pas l'initiative d'investir des capitaux dans la sauvegarde ; 4) Une protection destructive. La protection n'a qu'un objectif : amener de l'argent, de préférence à court terme. Les gouvernements locaux ne s'intéressent qu'à la valeur économique potentielle du patrimoine culturel immatériel au détriment le cas échéant de sa valeur culturelle. Ce patrimoine n'est qu'une manne financière exploitée en source de profit quand bien même cette utilisation en provoque la destruction⁵³¹. Un exemple illustre ce dernier écueil. De nombreux villages notamment du Sud-Ouest de la Chine détenaient la réputation d'être « un village de chansons et de danses folkloriques ». Ces dernières années, sous l'impulsion et la politique de sauvegarde de son gouvernement, près de 70% des « programmes traditionnels » qui définissaient le style culturel de cette ville autochtone ont été remodelés et ne possèdent plus leur aspect originel. Environ 30% des programmes de ces 70% sont des pseudo-adaptations contemporaines, plus vendeuses. Bienfait financier ou erreur à moyen terme, le fait est que le patrimoine et savoir-faire

⁵³¹ DING Yongyang, *le sujet de responsabilité de la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, Journal de l'Institut Normal de Guangxi, Vol.4, 2008.

culturel est en cours de disparition⁵³².

Face à ces constats et trop nombreuses expériences malheureuses, l'analyse porterait à conclure qu'en tant que créateurs et héritiers d'une culture folklorique, les autochtones seraient en fait les vrais détenteurs légitimes de leur patrimoine culturel immatériel. Pour sauvegarder ce dernier, la tâche des gouvernements devrait être de soutenir la motivation des peuples, de les guider et les appuyer dans leur action de sauvegarde, sans nécessairement se substituer à eux. Les gouvernements devraient être astreints à respecter pleinement ce droit objectif des autochtones et favoriser la transmission séculaire de leur savoir. Et pour ce faire ils pourraient ne pas être pertinents dans une intervention conséquente, voire dans une action en substitution des peuples autochtones⁵³³. Or la « Loi sur le patrimoine culturel immatériel » est restée négligente envers ces ayant-droits autochtones du patrimoine culturel immatériel, au détriment généralement de la sauvegarde de ces savoir-faire traditionnels.

3) APERÇU DE LA PROTECTION DU PATRIMOINE EN FRANCE

240. De son côté la France dispose d'un patrimoine historique prodigieux, transmis de génération en génération, et source originelle d'une part importante de la culture française. Aussi la France a longtemps été pionnière en matière de sauvegarde du patrimoine historique. Des mesures gouvernementales de protection du patrimoine sont déployées dans le pays dès la révolution française, mais c'est véritablement au XIXe siècle que se révèle une politique véritable de préservation du patrimoine avec la création du concept de monument historique. Tout au long du XXe siècle, cette législation pour la protection du patrimoine s'étoffe et accompagne l'évolution de la notion même de patrimoine, constituée désormais de biens matériels et immatériels.

241. **PPF : des lois pour les monuments historiques.** Si depuis 1789, les biens de l'Église sont mis à la disposition de la Nation par décret de l'Assemblée Constituante, la première loi sur les monuments historiques ne sera votée qu'en 1887.

⁵³² YUAN Li, *l'étude sur le titulaire du droit de patrimoine culturel immatériel*, Journal d'Université des arts et des sciences de Chongqing, Vol.2, 2009.

⁵³³ LI Mosi, thèse : *protection juridique du patrimoine culturel immatériel : l'étude sur les conventions internationales et la législation nationale*, Université de science politique et de droit de l'Est de Chine. 2009, p.135.

Cette loi est fondée sur deux idées principales : celle de l’inviolabilité du droit de propriété et celle de l’intérêt national de l’histoire et de l’art⁵³⁴. Mais c’est la loi du 31 décembre 1913 sur les Monuments historiques qui sera l’acte fondateur de la politique de protection du patrimoine. Cette loi complète et améliore les dispositions de la loi du 30 mars 1887, en instaurant une instance de classement et en définissant le cadre et le statut des monuments historiques. Elle prévoit également une nouvelle mesure de protection, l’inscription à l’Inventaire supplémentaire, remplace la notion d’intérêt national par celle d’intérêt public et porte atteinte pour la première fois au droit de propriété en étendant ce classement à la propriété privée⁵³⁵. La loi de 1913 est ensuite complétée par la loi de 1920 sur les objets d’art. Suivent d’autres textes en faveur de la mise en valeur et de la protection du patrimoine. La politique de protection du patrimoine s’inscrit en suivant le cadre international. La prise en compte de la question patrimoniale aboutit à l’adoption en 1972 de la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel par l’Organisation des Nations unies, pour l’éducation, la science et la culture (Unesco), acceptée par la France en 1975.

Ainsi donc les lois et règlements français pour la sauvegarde du patrimoine historique remontent à plus de 100 ans, sur des domaines sauvegardés et protégés de plus en plus étendus. À partir des années 1960, la notion de patrimoine connaît une amplification considérable. Celle du patrimoine culturel notamment s’enrichit et intègre progressivement le patrimoine naturel (jardins et parcs historiques, sites naturels, paysages culturels, parcs naturels nationaux, parcs naturels régionaux, réserves naturelles, opérations grands sites), le patrimoine archéologique (sites mégalithiques, romains, grecs, patrimoine subaquatique...), le patrimoine industriel, scientifique et technique (bâtiments et sites industriels, anciennes mines, écomusées), le patrimoine maritime et fluvial (navires à voile, phares, ensembles portuaires, fortifications, écluses, berges, ponts anciens)⁵³⁶. Ces lois et règlements sont la vive manifestation d’une volonté nationale de protéger fondamentalement le patrimoine du pays. On notera toutefois que jusqu’au XIX^{ème} siècle la France n’avait pas légiféré pour la sauvegarde de son patrimoine culturel immatériel⁵³⁷.

⁵³⁴ JO [RF], 31 mars 1887, Bull. n° 17739.

⁵³⁵ <http://www.vie-publique.fr/politiques-publiques/politique-patrimoine/chronologie/>

⁵³⁶ <http://www.vie-publique.fr/politiques-publiques/politique-patrimoine/protection-patrimoine/>

⁵³⁷ GU Jun, *Les théories et pratiques du mouvement de sauvegarde du patrimoine culturel français*, Science

242. PPF : la France et la Convention de l'Unesco. C'est chose faite en 2006, la France ratifie la convention de l'Unesco de septembre 2003 pour « la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel ». Elle n'est pas la seule dans cette voie, de nombreux pays de par le monde ont également entrepris de décliner juridiquement cette convention. En France, et notamment après la publication du rapport de la commission de l'économie de l'immatériel présidée par Jean-Pierre JOUYET et Maurice LEVY⁵³⁸, la France promulgue un arrêté le 23 avril 2007 créant l'Agence du patrimoine immatériel de l'État (dénommé APIE) chargée de gérer notamment les marques, les savoir-faire, et les créations intellectuelles. L'APIE a pour mission de promouvoir une gestion optimisée des actifs immatériels publics et d'accompagner les stratégies de valorisation de ce patrimoine⁵³⁹. Jusqu'en 2016, la France comptait 15 patrimoines culturels immatériels inscrits sur les listes du patrimoine culturel immatériel de l'Unesco et sur le Registre des bonnes pratiques de sauvegarde⁵⁴⁰. Un bilan certain qui témoigne des efforts accomplis dans ce domaine par la France dans ce domaine.

B) La « Loi sur les médecines traditionnelles chinoises »

1) UNE GENÈSE DE SOURCE CHINOISE

243. LMTC : une longue histoire. Pour la protection effective en Chine des médecines et médicaments traditionnels, coexistaient jusqu'en 2016 le « Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois » et le « Règlement sur les médecines traditionnelles chinoises ». Toutefois, pour permettre la sauvegarde et la protection de la MTC, des experts avaient d'agir plus ouvertement dès 1980 et de faire appel au pouvoir législatif. En 1983, des représentants de l'Assemblée nationale, parmi lesquels l'expert en médecine traditionnelle chinoise Dong Jianhua, proposent pour la

sociale de Jiangxi, 2005, Vol.3, p.141-142.

⁵³⁸ Rapport de la commission sur l'économie de l'immatériel – « L'économie de l'immatériel - La croissance de demain » par Maurice Lévy et Jean-Pierre JOUYET, remis au Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie en décembre 2006.

⁵³⁹ <http://www.economie.gouv.fr/apie/missions-lapie>

⁵⁴⁰ Dont 14 abondements au patrimoine culturel immatériel de l'humanité et 1 abondement au patrimoine immatériel nécessitant une sauvegarde urgente.
<http://www.unesco.org/culture/ich/fr/listes?display=default&text=&inscription=0&country=00077&multinational=3&type=0&domain=0&display1=inscriptionID#tabs>

première fois pendant le National People's Congress (NPC)⁵⁴¹ et le National Committee of the Chinese People's Political Consultative Conference (CPPCC)⁵⁴² une législation portant sur la médecine traditionnelle chinoise. En 1985, le secteur des médecines traditionnelles chinoises se penche sur cette législation. Six projets ont été rédigés pendant cette année, qui tous échouent en raison principalement de deux facteurs qui lui sont reprochés : la médecine traditionnelle chinoise n'effectue pas de diagnostic au sens médical du terme, et par ailleurs elle ne précise pas de critères pour définir le décès d'un individu. Théoriquement la médecine traditionnelle chinoise se fonde plutôt sur une philosophie essentiellement basée sur les éléments naturels. Il est alors difficile de la rattacher fondamentalement à une réalité concrète, et d'en définir des critères objectifs. À défaut de tels critères, la législation de la médecine traditionnelle chinoise perd son essence et ne peut bénéficier de dispositions légales allant dans son intérêt⁵⁴³. Depuis 1983, la mise au point d'une telle législation revient presque chaque année en débat et reste un sujet sensible pendant les NPC and CPPCC. Malgré tout, 30 ans plus tard, la « Loi sur les médecines traditionnelles chinoises » n'était toujours pas été promulguée. En décembre 2015 un projet de « Loi sur les médecines traditionnelles chinoises » est enfin présenté et discuté en 2016. Ce projet est publié le 25 décembre 2016 pour une entrée en vigueur au 01 juillet 2017. Mais il aura fallu la conjonction de plusieurs évènements pour y parvenir.

2) L'AFFAIRE NI HAIQING EN CATALYSEUR

244. Durant ce processus législatif pour définir une « Loi sur les médecines traditionnelles chinoises », le « jugement de NI Haiqing » a provoqué de vives réactions et des remous importants dans le secteur de la médecine traditionnelle chinoise, qui ont permis certainement susciter une accélération de la mise au point de cette loi.

245. **L'affaire NI Haiqing : Chroniques.** NI Haiqing est un chinois originaire de la ville de Jin Hua dans la province de Zhe Jiang. Ce paysan est né en 1964. Il est diplômé de l'école primaire mais n'a pas obtenu de certificat de médecine

⁵⁴¹ National People's Congress

⁵⁴² National Committee of the Chinese People's Political Consultative Conference

⁵⁴³ LI Tiezhu, *Pourquoi est-il difficile de promulguer la loi sur la médecine traditionnelle chinoise depuis 30 ans*, La loi et la Société, 2012, Vol. 9, p.27.

professionnelle. Sur la base de la découverte fortuite de la recette d'une famille à laquelle il est étranger, il développe un remède secret à base de plantes pour traiter le cancer à un stade avancé. En 2009, il parvient à créer un centre de recherche sur les herbes médicinales populaires « folkloriques ». Il obtient ensuite un brevet national d'invention du comprimé d'herbes médicinales contre le cancer par voie orale. Mais son comprimé d'herbes médicinales n'a pas de licence de production et ne bénéficie pas du numéro d'approbation du Département de gestion du médicament. Le 8 avril 2013, un jugement en premier ressort condamne « NI Haiqing, pour production et vente de médicaments contrefaits⁵⁴⁴, à 10 ans de prison et une amende d'un million de yuan⁵⁴⁵ ». NI Haiqing interjette appel. Mais il est débouté par la cour d'appel qui a rendu le jugement suivant : « NI Haiqing est condamné à 7 ans de prison et une amende d'un million de yuan pour production et vente de médicaments contrefaits⁵⁴⁶ ».

246. L'affaire NI Haiqing : analyse juridique. Pour parvenir à ses conclusions le tribunal s'est basé sur les dispositions de l'alinéa 1 de l'article 141 du code pénal, qui stipule que quiconque produit ou vend des médicaments contrefaits est condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée déterminée d'au maximum 3 ans, ou à une détention criminelle, ainsi qu'à une amende. Si la santé humaine subit un préjudice grave ou d'autres circonstances aggravantes, il est condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée déterminée d'au minimum 3 ans, mais ne pouvant pas excéder 10 ans, ainsi qu'à une amende. Si la mort est causée ou s'il y a d'autres circonstances extrêmement aggravantes, il est condamné à une peine d'emprisonnement

⁵⁴⁴ L'ancien article 141 du droit pénal prévoit que : Quiconque produit ou vend des faux médicaments qui sont suffisamment nocifs pour porter gravement atteinte à la santé humaine doit être condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée d'au plus trois ans ou à une détention criminelle et doit également être condamné à une amende comprise entre la moitié et deux fois le montant des gains provenant des ventes ; si la santé humaine est sérieusement atteinte, il doit être condamné à une peine d'emprisonnement comprise entre trois et 10 ans et doit également être condamné à une amende comprise entre la moitié et deux fois le montant des gains provenant des ventes ; Si la mort est causée à une autre personne ou un préjudice grave est causé à la santé humaine, il sera condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée d'au moins 10 ans, à la réclusion à perpétuité ou à la mort, et sera également condamné à une amende comprise entre la moitié et deux fois le montant des gains provenant des ventes ou être condamné à la confiscation des biens.

De par l'émergence continue de morts et de blessés résultant de la vente de médicaments contrefaits, la législation pénale chinoise s'est durcie. Le 25 février 2011, la 8^{ème} révision du code pénal a supprimé dans l'article 141 la mention « qui sont suffisamment nocifs pour porter gravement atteinte à la santé humaine ». L'objet de l'infraction n'est plus d'avoir atteint à la santé du corps humain mais d'avoir dérogé aux règles du « système national de gestion du médicament ». L'infraction est effective et punissable non plus sur la base d'une conséquence mais sur le fait même d'avoir dérogé au système, quand bien même il n'y aurait pas de conséquences graves.

⁵⁴⁵ Dossier n° (2012) Jinwu chambre pénale première instance n°489.

⁵⁴⁶ Dossier n° (2013) Zhejin chambre pénale n°2 dernière instance n°202.

d'au moins 10 ans, une peine à perpétuité ou peine de mort, ainsi qu'à une amende ou la confiscation de ses biens. L'alinéa 2 de l'article 141 stipule que les médicaments contrefaits mentionnés dans cet article désignent les médicaments ou toutes substances non médicales qui relèvent de la catégorie des médicaments contrefaits ou qui sont considérés comme des médicaments contrefaits en vertu de la « Loi sur l'administration des produits pharmaceutiques de la République populaire de Chine ». Mais cette disposition n'explique pas la notion de « médicament contrefait ». Conformément aux dispositions de l'alinéa 3 de l'article 48 de la « Loi sur l'administration des produits pharmaceutiques de la République populaire de Chine », un médicament est considéré comme contrefait dans l'un des cas suivants : « [...] (2) lorsque le médicament est produit et importé sans une approbation dictée conformément à la présente loi, ou si le médicament est vendu sans être inspecté conformément à la présente loi [...] ». Le comprimé d'herbes médicinales préparé par NI Haiqing n'ayant pas obtenu de numéro de licence délivré par l'Administration du médicament, il est alors considéré comme un médicament contrefait.

247. L'affaire NI Haiqing : controverse. La controverse issue de cette affaire est la suivante : est-ce que l'efficacité du médicament est mise en cause dans cette affaire ?

La définition du médicament contrefait donnée par la Loi sur l'administration des produits pharmaceutiques est prise au sens juridique et à l'origine vise principalement le médicament occidental. Le fait de détenir un numéro de licence délivré par l'Administration du médicament comme seul critère pour déterminer la contrefaçon d'un médicament est imprécis. En raison du contexte particulier de la médecine traditionnelle chinoise, tenant surtout compte de la particularité « folklorique » des recettes médicales traditionnelles, il serait donc illégitime d'appliquer mécaniquement et généralement le concept de « médicament contrefait ». Il faut pleinement tenir compte de la perception du public de la notion de médicament contrefait dans la vie, tout en prenant en considération le contexte spécial de l'existence et de l'histoire de la médecine traditionnelle chinoise⁵⁴⁷. Dans le cas de NI Haiqing, le parquet n'a jamais fourni de dossier médical avec des conséquences graves directement ou indirectement

⁵⁴⁷ DENG Yong, XING Hanlin, WANG Shu, *Considération juridiques sur la production et la vente des préparations populaires de médecine traditionnelle chinoise à partir du cas NI Haiqing*, Médecine et Société, Vol.29 No.2, Feb. 2016, p.98.

liées à ce médicament. Au contraire, un certain nombre de malades ayant eu recours au médicament de Ni Haiqing ont demandé à témoigner de l'efficacité de celui-ci. Afin de prouver l'efficacité de son médicament, NI Haiqing a adressé au juge une requête pour transférer les 277 dossiers médicaux saisi par les autorités de sécurité publique, et permettre également aux patients ayant reçu son traitement de témoigner, mais le juge a rejeté cette demande en déclarant que l'efficacité du médicament était sans rapport avec cette affaire. Pourtant, le juge a rendu un jugement dans lequel les actes de décès de deux patients ayant reçu le traitement de NI Haiqing apparaissent, sans apporter d'explications sur le rapport direct ou indirect entre la cause de la mort de ces deux patients et le médicament de NI Haiqing. Il est possible de convaincre que les actes jugés au titre du droit pénal ne doivent concerner que les personnes ayant causé un préjudice social grave. C'est l'essence même du droit pénal. Par conséquent, les actes ne portant pas d'atteinte grave à la société ne devraient pas faire l'objet de sanctions pénales. En cas d'infraction, il faudrait sanctionner en se basant sur des lois et règlements civils ou administratifs pertinents.

248. Même après la révision du droit pénal en 2011 dans laquelle l'infraction du médicament contrefait a évolué de '*result crimes*' à '*conduct crimes*', il ne faut pas négliger l'élément essentiel de sa grave nocivité sociale. Conformément à l'article 13 du droit pénal, un crime se réfère à (...) tout acte qui met en danger la société (...), toutefois, si les circonstances sont manifestement mineures et que le préjudice causé n'est pas important, l'acte ne sera pas considéré comme un crime. En fait, la raison de réviser le crime de production et de vente du médicament contrefait dans les amendements du code pénal (8) en 2011 provient du fait que « par rapport au problème général de la qualité de produit, les médicaments contrefaits engendreraient chez les consommateurs des préjudices corporels, économiques et même moraux ». Par conséquent, en se référant à l'intention du législateur, la question des conséquences « préjudiciables » dans les décisions de culpabilité et condamnation au pénal ne doit pas être écartée.

Dans le dossier de NI Haiqing, dans l'hypothèse même que le médicament aurait été un médicament contrefait au sens juridique, cet acte n'aurait que simplement contrevenu aux réglementations de l'administration du médicament. Cette violation relèverait tout au plus de l'ordre de l'Administration du médicament au sens du droit administratif, ce qui ne constitue pas un préjudice social grave, et ne peut donc pas être considéré

comme relevant du droit pénal. Dans le cas contraire les lois et règlements administratifs perdraient leur objectif de régulation et se réduiraient en textes décoratifs. De plus, le droit pénal et le droit administratif appartiennent à différents domaines du droit, avec des objets et des moyens de régulation différents. Leurs effets sont différents et ne doivent pas, de ce fait, se substituer l'un à l'autre.

Dans cette affaire, l'acte de NI Haiqing n'a pas causé de préjudices sociaux graves. Il aurait donc été tout à fait possible de lui infliger une punition administrative conformément aux dispositions de l'article 73 de la «Loi sur l'administration des produits pharmaceutiques». Cet article précise que «Celui qui produit et vend des médicaments contrefaits est condamné à la confiscation des médicaments produits et vendus ainsi qu'à la confiscation des revenus illégaux provenant du commerce de ces médicaments, de plus il est condamné à une amende pouvant être plus de 2 fois supérieure mais ne pouvant pas excéder de plus de 5 fois la somme de la valeur des médicaments produits et vendus illégalement ».

Dès lors le cas NI Haiqing reflète les abus potentiels du système gouvernemental autour de la gestion de la médecine traditionnelle chinoise et les difficultés que rencontre cette dernière. Toutefois l'émoi que cette affaire a suscité est largement susceptible d'avoir accéléré la parution de la Loi sur la médecine traditionnelle chinoise.

3) PERSPECTIVES DE LA LOI EN 2017.

249. LMTC : objectifs. Cette loi publiée en décembre 2016 mais qui n'entre en vigueur qu'au 01 juillet 2017 aborde différents sujets. Elle fait ressortir les caractéristiques particulières de la médecine traditionnelle chinoise et met en jeu son rôle dans la société chinoise en vue notamment de résoudre le problème de la dispersion de ses particularités, et de la perte progressive des savoirs qui la caractérise. Cette loi vise aussi à renforcer son renouvellement et d'encourager l'innovation pour régler les problèmes de succession des savoirs issus des expériences académiques des anciens experts en médecine traditionnelle chinoise, et de palier la menace d'extinction des traitements et des méthodes thérapeutiques. De plus cette loi cherche à résoudre l'insuffisance d'innovation et de recherches sur les théories et les technologies de la MTC qui doivent pourtant poursuivre leur évolution. À cette fin elle prévoit notamment

de renforcer le soutien et la protection de la médecine traditionnelle, promouvoir son développement harmonieux (médecine et médicament traditionnels), résoudre les problèmes du développement cohérent entre la médecine et le médicament traditionnel chinois, résoudre aussi les graves ravages que subissent les ressources naturelles à l'état sauvage servant à la production de médicaments traditionnels. Enfin, cette loi doit permettre d'augmenter les investissements dans le développement de la médecine traditionnelle chinoise, et de renforcer la responsabilité du gouvernement face à son développement.

250. LMTC : Évolution du contrôle des médicaments en Chine. En Chine, tout au moins jusqu'avant 2017, le système de contrôle officiel du médicament traditionnel chinois est élaboré selon la norme de celui du médicament occidental. Le médicament traditionnel chinois n'est pas contrôlé par le Bureau national de la médecine traditionnelle chinoise, mais par l'Administration des aliments et des médicaments de Chine (CFDA) avec des méthodes de contrôle identiques à celles appliquées au médicament occidental⁵⁴⁸. Pourtant, la médecine traditionnelle chinoise et la médecine conventionnelle ont deux systèmes de fonctionnement différents. Un système de contrôle qui utilise les principes appliqués aux composants du médicament chimique occidental, selon lesquels sont pris en compte non seulement la prescription du médicament, mais aussi l'analyse pharmacologique et l'analyse des composants chimiques, est particulièrement défavorable au développement de la médecine traditionnelle chinoise. Ces critères ne conviennent effectivement qu'au médicament occidental, et non pas au médicament traditionnel chinois⁵⁴⁹. Il est devenu par conséquent très difficile à tout médicament traditionnel chinois de devenir un médicament légal muni d'un numéro d'approbation. Par exemple en médecine traditionnelle chinoise, les tests de nouveaux médicaments sont faits directement sur des patients, en violation donc de la loi selon les procédures en vigueur, et ce, dès le premier test sur le premier patient. Car selon la Loi sur l'administration des produits pharmaceutiques de la République Populaire de Chine, le cursus de validation d'un médicament nouveau exige que soient fournis dans un premier temps les informations

⁵⁴⁸ XIANG Jia, *Comment protéger la médecine traditionnelle chinoise folklorique : état actuel de la médecine traditionnelle chinoise folklorique vu par le cas NI Haiqing*, Journal chinois de la médecine traditionnelle chinoise, le 14 juin 2013 (03).

⁵⁴⁹ WU Yingxiong, *Etude sur la Loi sur les médecines traditionnelles chinoises*, LISHIZHEN medicine and materia medica research, 2015, Vol.26, n°3, p.681.

et les échantillons pertinents concernant le développement et le contrôle qualité du produit, les résultats des tests, pharmaceutiques, toxicologiques, ainsi que de nombreuses données préalables, avant que ce médicament ne puisse dans un deuxième temps être autorisé par le CFDA à des essais cliniques sur des patients⁵⁵⁰. À partir de 2017, la *Loi sur les médecines traditionnelles chinoises* de la RPC prévoit que pour obtenir un numéro de licence, une préparation pharmaceutique chinoise provenant d'une prescription ancienne réputée et répondant aux prescriptions de l'État ne sera subordonnée qu'à la fourniture des documents utiles relatifs de recherche sur la sécurité, sans essai clinique⁵⁵¹. Mais il n'est pas de définition de ce qu'est « une prescription ancienne réputée », et sur ce sujet, le secteur de la médecine traditionnelle reste lui-même dubitatif et sans consensus, notamment sur la notion de « ancienne » et de « réputée ». Il reste également à préciser quelles seront les modes de coopération entre deux autorités antagonistes que sont le CFDA et le Bureau de la médecine traditionnelle chinoise. Un long chemin reste donc à parcourir pour favoriser une application pertinente de cet article.

251. LMTC : Évolution sur la fabrication des médicaments traditionnels. Un autre aspect de la législation chinoise d'avant 2017 s'est révélé particulièrement néfaste à la pratique de la médecine traditionnelle. Il concerne la possibilité même de fabriquer les médicaments anciens suivant une présentation utile et pertinente. Depuis l'antiquité, les pilules, les billes, la poudre, les crèmes, les patchs, les cataplasmes et les tisanes sont des formes courantes de médicament traditionnel chinois utilisées pour traiter les maladies. Depuis la naissance de la médecine chinoise, la préparation de ces éléments fait partie de la panoplie nécessaire du savoir-faire des praticiens de la médecine traditionnelle chinoise. Mais suivant les articles de la « Loi sur l'administration des produits pharmaceutiques de la République populaire de Chine », les médecins traditionnels chinois homologués ne sont autorisés qu'à fabriquer des tisanes, cette loi leur a quasiment interdit de prescrire des médicaments préparés par eux-mêmes⁵⁵², ce

⁵⁵⁰ Article 29 de la Loi sur l'administration des produits pharmaceutiques de la RPC

⁵⁵¹ Article 30 de la Loi sur l'administration des produits pharmaceutiques de la RPC : In the production of compound TCM preparations originating from famous ancient prescriptions and meeting the conditions prescribed by the state, when an application for the drug approval document number is filed, only non-clinic safety research materials may be provided.

⁵⁵² Article 31 de la « Loi sur l'administration des produits pharmaceutiques de la République populaire de Chine » : A new medicine or medicine standardized by the State can be put into production only after the pharmaceutical supervisory and administrative department under the State Council has approved it and issued a registered document of approval. However, this does not apply to the production of traditional

qui provoque de nombreuses difficultés dans l'efficacité du traitement. Dans la vie courante, il est par exemple difficile pour un patient de porter une tisanière sur son lieu de travail ou dans ses déplacements. Le caractère incommode d'une telle décoction qui touche tout autant sa conservation, la prise de ce médicament, son mode d'absorption, et son transport défavorisent la généralisation et le développement du médicament traditionnel chinois. En revanche, la commodité d'utilisation du médicament occidental est un facteur favorable à sa popularisation. De fait les médicaments traditionnels chinois qui ne peuvent pas être rapidement confectionnés dans les contextes qui sont désindustrialisés ne sont pas en mesure de servir de manière pratique et efficace les patients tant qu'ils ne sont pas libérés de telles formalités de dépôt et d'examen. La préparation pharmaceutique chinoise est en effet une base, un outil incontournable, qui existe depuis la nuit des temps, à maîtriser justement par le praticien pour permettre la mise au point d'un médicament traditionnel. C'est une base, un fondamental pour l'innovation et le développement d'un médicament traditionnel. Il existe une interaction indissociable entre ces préparations pharmaceutiques et la médecine traditionnelle dans son fonctionnement profond. Toutes les formes pharmaceutiques sont utiles et les soins cliniques se sont développés depuis toujours sous diverses formes de préparation médicamenteuses qui sont désormais plus difficilement accessibles⁵⁵³. La *Loi sur l'administration des produits pharmaceutiques* impose de telles contraintes pour le développement de médicaments nouveaux que les entreprises spécialisées en pharmaceutique traditionnelle sont fortement découragées à s'y investir. Aussi la *Loi sur les médecines traditionnelles chinoises de la RPC* envisage d'améliorer ces incohérences du système en vigueur d'avant 2017 dans le développement du

Chinese medicinal herbs and traditional Chinese medicine prepared in ready-to-use forms that are not controlled under a registered document of approval. For those traditional Chinese medicinal herbs and traditional Chinese medicines prepared in ready-to-use forms that are controlled with registered document of approval, the pharmaceutical supervisory and administrative department under the State Council and the administrative department of traditional Chinese medicines under the State Council shall jointly formulate their type catalogue. Pharmaceutical producing enterprises can produce medicine only after obtaining the registered document of approval.

⁵⁵³ Parmi les différentes préparations pharmaceutiques chinoises, les praticiens utilisent « les tranches » qui désignent un médicament chinois façonné suivant le besoin en des formes données, faciles à utiliser en médecine traditionnelle chinoise clinique. Après un traitement de récupération dans la région de production, selon la nature des matières médicinales et les besoins médicaux, les matières médicinales sont coupées dans les formats données, en tranches minces, épaisses, obliques, filiformes, segmentales, en blocs, ..., pour permettre plus aisément aux composants efficaces du médicament de se dissoudre, de griller, de se conserver, de se préparer. On appelle ce type de matières médicinales « des tranches ». Toute préparation pharmaceutique nécessite pour être utilisée de disposer d'une forme correspondant à son application médicale ou préventive. Ces formes se retrouvent en modèle de comprimé, d'ampoule pour injection, d'aérosol, de pilule, de poudre, de patches, etc.

médicament traditionnel chinois. Pour cela elle encourage dans ses dispositions des articles 31 et 32, la préparation pharmaceutique et son utilisation par les instituts médicaux en fonction des besoins d'utilisation clinique du médicament. Elle soutient la préparation pharmaceutique issue de l'application des technologies traditionnelles, et le développement des nouveaux médicaments traditionnels chinois sur la base de la préparation pharmaceutique traditionnelle⁵⁵⁴.

L'article 31 de cette Loi du 25 décembre 2016 permet notamment aux instituts médicaux de fabriquer les préparations traditionnelles, à condition toutefois qu'ils disposent d'une licence d'autorisation adéquate suivant la « Loi sur l'administration des produits pharmaceutiques ».

L'article 32 prévoit que les préparations pharmaceutiques qui seront fabriquées par des instituts médicaux devront également obtenir un numéro de licence. Mais la fabrication des préparations pharmaceutiques suivant un procédé uniquement traditionnel ne devra faire l'objet que d'un simple enregistrement auprès des services de contrôle des produits pharmaceutiques du gouvernement populaire de la province et région autonome, ou du district dans laquelle se situe l'institut médical. Dans ce cas un numéro de licence ne sera plus nécessaire. Il en résulte que la « Loi sur les médecines traditionnelles chinoises de la République populaire de Chine » a déjà supprimé le système complexe d'examen et d'approbation pour les préparations pharmaceutiques fabriquées suivant un procédé traditionnel. Il suffit à l'institut médical de déposer une demande dûment enregistrée. Par contre les règles précises de cet enregistrement ne sont pas encore bien définies, et c'est toujours le même système administratif qui délivre l'autorisation de produire des médicaments. Le progrès apporté par cette loi permet donc désormais à des

⁵⁵⁴ Article 31 de la loi publiée le 25 décembre dite « Loi sur les médecines traditionnelles chinoises »: The state encourages medical institutions to make and use TCM preparations according to their requirements for using drugs for clinic use, supports the application of traditional techniques in preparing TCM preparations, and supports the research and development of new TCM based on TCM preparations. A medical institution that makes TCM preparations shall obtain the preparation license of medical institutions according to the Drug Administration Law of the People's Republic of China, or entrust a drug production enterprise which has obtained the drug production license or any other medical institution that has obtained the preparation license of medical institutions with the making of TCM preparations. For the entrustment of TCM preparations, recordation formalities shall be undergone at the drug administrative department of the people's government of the province, autonomous region or municipality directly under the Central Government at the place where the entrusting party is located... Article 32 The approval document number of preparations shall be obtained in accordance with the law for the varieties of TCM preparations made by medical institutions. However, the varieties of TCM preparations made merely by applying traditional techniques may be made after recordation formalities are undergone at the drug administrative department of the people's government of the province, autonomous region or municipality directly under the Central Government at the place where the medical institution is located, and no preparation approval document number is required...

instituts médicaux de produire directement des médicaments traditionnels, pour leurs propres besoins, et sous le contrôle de l'Administration CFDA, mais les praticiens sont toujours exclus de ce système.

Par ailleurs, étant donné que dans la pratique les ordonnances de nouvelles préparations pharmaceutiques résultent presque toutes d'expériences cliniques testées par les médecins durant de nombreuses années, et font souvent même l'objet de l'expérience de toute une vie professionnelle, il y a fort à parier que peu d'entre eux seront enclins à suivre ce système d'enregistrement quand bien même il devient obligatoire pour eux d'enregistrer toutes leurs ordonnances. En effet nul ne sera en mesure de garantir leur secret de fabrication contre un risque de divulgation sur une période aussi longue. Une solution pourrait donc consister pour préserver le secret de fabrication de n'enregistrer qu'une information générale de la préparation sans entrer dans le détail des composants. Cet enregistrement préciserait par exemple les effets toxiques et secondaires. Tout comme les recettes nationales confidentielles, telles que Yunnan Baiyao, Pianzihuang, Angong Niu Huang Wan, Liushen Wan, Huatuo Zaizao Wan, leur partie principale resterait confidentielle et ne serait pas enregistrée dans le dossier.

L'écueil principal de cette de cette Loi sur les MTC réside donc dans le fait que le législateur laisse encore le pouvoir de gestion des préparations pharmaceutiques traditionnelles chinoises à l'Administration des aliments et des médicaments de Chine (CFDA), et non pas uniquement au Bureau national de la médecine traditionnelle chinoise. L'article 5 sur la Loi sur les médecines traditionnelles chinoises prévoit que le Bureau national de la MTC prenne en charge l'administration de la MTC en Chine, et que les autres services administratifs prennent en charge l'administration de la MTC dans le cadre de leurs fonctions respectives. Le Bureau est donc un service administratif supplémentaire sans pouvoir suprême qui ne modifie pas le système existant dans le contrôle du médicament traditionnel chinois, mais qui vient le complexifier. La Loi sur les MTC est ainsi restée modeste sur l'évolution pourtant nécessaire de ce système administratif.

252. LMTC : Évolution forcée en faveur de la médecine moderne. En fait, ce n'est pas seulement le mode de préparation de la pharmacie traditionnelle chinoise qui reste dangereusement confrontée à cette situation embarrassante, mais bien toute l'économie et le monde de la médecine traditionnelle chinoise dans son ensemble. Les causes profondes de cette situation proviennent du fait de traiter la médecine

traditionnelle chinoise avec le mode de vision et de pensée purement scientifique de la médecine conventionnelle et de chercher l'adaptation forcée de la médecine traditionnelle chinoise à la médecine conventionnelle par le pouvoir législatif chinois. En effet la « Loi sur les médecines traditionnelles chinoises de la République populaire de Chine » a prévu dans son article 3 de promouvoir l'intégration de la médecine traditionnelle chinoise dans la médecine conventionnelle. Toutefois l'obligation de traiter la médecine traditionnelle chinoise à partir de la pensée de médecine conventionnelle et d'essayer de combiner voire d'adapter la médecine traditionnelle chinoise à la médecine conventionnelle est en elle-même dangereuse, cette étude en a précisé les raisons à plusieurs reprises.

Cette intégration de la médecine traditionnelle chinoise au sein de la médecine conventionnelle n'est aujourd'hui conforme à aucune des conceptions intellectuelles de ces médecines, et renvoi au dicton public qui rappelle que « l'eau du puits n'a rien à voir avec celle de la rivière ». Jusqu'à présent la pratique a clairement démontré que cette intégration s'est faite au détriment de la médecine traditionnelle. La référence à l'étude des extraits des composants actifs du médicament traditionnel chinois est éloquente. Réduire un médicament traditionnel à ses composants actifs que l'on a extraits lui fait perdre son identité, au sens propre, parce que en médecine traditionnelle sont essence la plus précieuse sont ses propriétés globales précisées et appliquées par les médecins traditionnels chinois pendant des siècles, à savoir les quatre odeurs, les cinq saveurs, son ascension et sa descente, sa sédimentation et flottation, le tropisme au méridien,...⁵⁵⁵. Il n'est pas pertinent dans cette philosophie de concentrer les études sur ses principes actifs, sinon il n'est rien d'autre qu'un simple médicament chimique ou biologique. Un autre aspect négatif de la conjonction de la médecine traditionnelle chinoise et de la médecine occidentale agit en défaveur de la formation des talents médicaux de la première. En Chine, l'enseignement supérieur de la médecine traditionnelle adopte à présent un modèle utilisant la médecine conventionnelle pour former des médecins en traditionnel, ce qui lui est préjudiciable qualitativement pour ces médecins en formation, tant en temps que compétences en matière de médecine

⁵⁵⁵ ZHU Shina, *La diversité et l'intégration de la médecine chinoise et occidentale*, Beijing, Éditions de la santé populaire, 2000, p.569.

traditionnelle que pour pratiquer la médecine occidentale⁵⁵⁶. Ainsi donc cette loi favorise cette confrontation destructrice emblématique de la MTC.

253. La Chine, malgré ses législations et règlements a bien du mal à protéger ses SFTM. Confrontés à des difficultés du même ordre, d'autres pays ont développé pour y parvenir des stratégies différentes à leur échelle nationale mais aussi en s'associant à leurs voisins.

SECTION 2 : AUTRES LÉGISLATIONS

DÉVELOPPÉES DE PAR LE MONDE

254. Tous les pays internationaux n'ont pas ratifié la CDB, au grand dam de nombreux pays en voie de développement. D'autres puissances comme l'Europe l'ont ratifiée, mais sont restées modestes dans l'application de certaines de ses contraintes. Dès lors, certains de ces pays insatisfaits dans l'application de la CDB ont cherché à protéger leurs savoir-faire traditionnels et leurs ressources génétiques par des lois érigées à l'échelle nationale, mais pas seulement. Devant l'impuissance de ces lois à l'étranger, certains pays ont eu l'idée de s'unir afin d'établir des règles draconiennes qui leur permettraient – peut-être – de protéger ce patrimoine. Ces lois souvent établies suivant un territoire géographique cohérent réparti sur plusieurs pays sont évoquées dans cet ouvrage sous le vocable « transnationales ». Aussi est-il intéressant d'examiner ces différents contextes, européens d'une part, et hors de l'Europe d'autre part.

⁵⁵⁶ YANG Shimin, *L'administration pharmaceutique*, Tome 5, Beijing, Éditions de la santé populaire, 2011.

§ 1 : Contextes européens

255. Sur la base de la CDB et du Protocole de Nagoya, l'Europe a émis deux règlements dont la France s'est inspirée pour adapter sa propre législation en matière d'accès et partage des avantages (APA).

A) Règlements européens

256. Le « Règlement n°511/2014 », et le « Règlement d'exécution 2015/1866 ». L'Europe a déployé deux règlements principaux susceptibles de protéger les savoir-faire traditionnels : le *Règlement européen n°511/2014* et son *Règlement d'exécution 2015/1866*. Ces deux règlements visent à garantir aux pays fournisseurs que leurs règles d'accès et partage des avantages sont bien respectées lorsque l'utilisation des ressources génétiques se déroule dans l'Union européenne. Les dispositions du règlement européen n°511/2014 sont applicables depuis le 12 octobre 2014, date de l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya dans l'Union européenne. En complément, les articles 4, 7 et 9 correspondants respectivement à l'obligation de diligence nécessaire, déclarations de diligence nécessaire et aux contrôles, ne sont devenus applicables qu'à partir du 12 octobre 2015. En effet de manière générale, l'Europe impose aux utilisateurs de faire preuve de « diligence nécessaire » afin de s'assurer que l'accès aux ressources et aux connaissances ainsi que leur utilisation se font conformément aux règles d'accès et partage des avantages en vigueur, et dans les conditions établies avec les pays fournisseurs. Ces pays fournisseurs peuvent être des États membres de l'Europe ou des pays tiers, mais ils doivent être Parties au Protocole de Nagoya et avoir décidé de réglementer l'APA pour pouvoir bénéficier des retombées de ce règlement. Celui-ci établit un cadre d'utilisation qui prévoit des obligations semblables pour tous ses États membres. Ce cadre ne prévoit pas de règles uniques pour l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées, qui restent de la compétence des États membres. Toutefois si un État n'adopte pas de règles en matière d'accès et partage des avantages, il se doit de désigner une autorité qui assurera dans son pays le contrôle des règles européennes et prévoira des sanctions en

cas de non-respect⁵⁵⁷. Ce règlement prévoit que chaque État membre de l'Union européenne reste seul compétent pour fixer son propre régime d'accès aux ressources se trouvant sous sa souveraineté et les modalités de partage des avantages. En 2017, la plupart des pays de l'Union n'ont pas encore déployé de dispositif correspondant, exception faite de la France et de l'Espagne.

B) Déclinaisons françaises

257. En effet la France a décidé de réguler l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées se trouvant sur son territoire. Le dispositif correspondant est précisé dans la *Loi n°2016-1087* du 8 août 2016 et dans le *Décret n°2017-848* du 9 mai 2017.

258. La « **Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016** ». En 2016, la France promulgue la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 qui entre en vigueur le lendemain, dans la continuité de ses engagements internationaux avec le Protocole de Nagoya. Cette loi encadre l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages, notamment dans son titre V. Elle a pour but de déployer le consentement préalable à l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels associés ainsi que le partage juste et équitable des avantages liés à leur utilisation. Elle apporte une réglementation aux activités de recherche et de développement réalisées sur les ressources génétiques prélevées sur le territoire français ainsi que celles menées à partir de connaissances traditionnelles associées, détenues notamment par les communautés autochtones d'outre-mer⁵⁵⁸. Sur la base de cette loi le décret n°2017-848 est venu fixer les mécanismes prévus dans le Protocole de Nagoya, notamment en ce qui concerne l'accès aux savoirs traditionnels et au partage des avantages qui en découlent.

259. Le « **Décret n° 2017-848** ». Le « Décret n°2017-848 du 9 mai 2017 » est l'un des décrets d'application de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016. Il a pour objet l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées sur le territoire français, pour le partage des avantages découlant de leur utilisation et pour le contrôle du respect par les utilisateurs dans l'Union européenne du Protocole de

⁵⁵⁷ Guide 2017 : *L'APA, pas à pas*, FRB, 2017, ISBN 979-10-91015-24-0, p.80-81.

⁵⁵⁸ <http://www.fondationbiodiversite.fr/fr/actualite/231-2017/879-guide-de-l-apa-pas-a-pas.html>

Nagoya⁵⁵⁹. Ce décret est entré en vigueur le 1 juillet 2017, à l'exception des articles R. 412-39 et R. 412-41 du Code de l'environnement. Il définit les procédures de déclaration et d'autorisation pour l'accès à ces ressources génétiques et connaissances traditionnelles associées en fonction de leur utilisation. Pour une utilisation de ressources génétiques sur le territoire français à des fins non commerciales, le régime d'une déclaration préalable⁵⁶⁰ adressée au ministre chargé de l'Environnement⁵⁶¹ s'applique. Si cette utilisation vise des fins commerciales, il convient d'appliquer le régime de l'autorisation préalable. S'agissant de l'utilisation de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, seul le régime de l'autorisation préalable est applicable. Dans ce cas le partage des avantages (en cas de brevetabilité notamment) est établi par voie contractuelle. Ce décret modifie le Code de l'environnement dans lequel sont précisées les modalités d'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées et de partage des avantages découlant de leur utilisation. Il met également en œuvre les exigences en matière de collections et de « diligence nécessaire » édictées par le règlement européen n° 511/2014.

260. Si la France a souhaité donner une image positive dans les rangs des États ayant ratifié le Protocole de Nagoya, d'autres pays en dehors de l'Europe et de la Chine ont également déployé des mesures nationales et des accords supranationaux dans la volonté de protéger leurs savoirs traditionnels et leurs ressources génétiques.

§ 2 : Autres contextes internationaux

261. Parmi ces accords que nous nommerions présentement de « transnationaux », les accords de la CAN font figure de référence.

⁵⁵⁹ Hélène GAUMONT-PRAT, *Décret du 9 mai 2017 relatif à l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées et au partage des avantages découlant de leur utilisation*, Propriété industrielle, n° 7, Juillet 2017, alerte 48.

⁵⁶⁰ Code de l'environnement, article R. 412-13 et suivants.

⁵⁶¹ Cette déclaration doit contenir un certain nombre d'informations obligatoires. Elle doit notamment comporter la description des activités en vue desquelles la déclaration est effectuée et leur objectif, la description des modalités techniques d'accès aux ressources génétiques et des conditions de collecte ou encore le choix de la modalité de partage des avantages applicables à son activité, et le ou les bénéficiaires.

A) Législations transnationales

262. Les Décisions No 391 et No 486 de la CAN.

Il existe un exemple probant d'organisation protectrice des ressources génétiques et des savoirs traditionnels créée au niveau transnational : la Communauté Andine (CAN)⁵⁶². Deux décisions de la CAN exercent des influences importantes sur la protection de leur médecine traditionnelle : la *Décision n° 391 portant le régime commun de l'accès aux ressources génétiques*⁵⁶³ et la *Décision n° 486 portant régime commun concernant la propriété industrielle*⁵⁶⁴.

La décision N° 391 de la CAN a établi un système commun sur l'accès aux ressources génétiques qui est entré en vigueur en juillet 1996 dans les cinq États membres qui sont le Venezuela (jusqu'en 2006), la Bolivie, la Colombie, l'Équateur et le Pérou. Ce système a pour fonction de reconnaître les contributions ancestrales menées par les autochtones et les communautés des premiers américains sur la biodiversité, et d'assurer un partage juste et équitable des bénéfices découlant des utilisations des ressources génétiques des États membres de la CAN. La décision présente une volonté de renforcer le pouvoir de négociation des pays membres de l'accord-cadre⁵⁶⁵. D'après cette décision, les États membres de la CAN jouissent de la souveraineté sur leurs ressources. Les organisations et les individus qui espèrent utiliser les éléments actifs des plantes et des microbes sont obligés d'obtenir des autorisations nécessaires et de conclure un contrat d'accès avec les États membres.

Cette décision stipule aussi en détail les procédures, contrats et limites concernant l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles. Par exemple, elle prévoit le recours à des dispositions contractuelles dans le cadre de leur procédure normalisée d'accès à toutes les ressources génétiques se trouvant sur le territoire des pays liés par ces accords⁵⁶⁶. Ces dispositions peuvent servir à fixer les modalités et les conditions particulières d'accès et de partage des avantages en ce qui concerne certaines

⁵⁶² La Communauté andine (CAN) a été fondée en 1969. Après le retrait du Venezuela en 2006, elle compte aujourd'hui quatre pays : la Bolivie, la Colombie, l'Équateur et le Pérou.

⁵⁶³ <http://www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=9446>

⁵⁶⁴ <http://www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=9451>

⁵⁶⁵ Voir l'article 2.e) de la décision 391 sur un régime commun concernant l'accès aux ressources génétiques.

⁵⁶⁶ Le Titre V de la décision 391, relatif aux procédures d'accès, prévoit à son chapitre premier intitulé "Considérations générales" que "Toute procédure d'accès nécessite le dépôt, l'admission, la publication et l'approbation d'une demande, la signature d'un contrat, la prise et la publication d'une résolution et l'enregistrement déclaratif des actes liés audit accès".

ressources génétiques et du matériel connexe, tel que des produits dérivés ou des savoirs traditionnels liés à la biodiversité⁵⁶⁷. En règle générale, les conditions d'accès prévues par le contrat doivent être conformes à l'accord-cadre et à la législation nationale du pays concerné en matière d'accès⁵⁶⁸. Afin de protéger les intérêts du demandeur d'accès, il peut être important de traiter de manière confidentielle toute information communiquée dans le cadre d'un accord contractuel régi par les dispositions de ces accords-cadres⁵⁶⁹.

Les accords-cadres peuvent aussi comprendre des dispositions ou des mesures concernant des questions de propriété intellectuelle et portant sur les droits et obligations à définir dans les contrats d'accès qu'ils prévoient⁵⁷⁰.

La décision N° 486 de la CAN a établi un système commun sur les droits de propriété intellectuelle qui est entré en vigueur en septembre 2000. Cette décision concerne la protection du patrimoine biologique et génétique, ainsi que les savoirs traditionnels. Selon l'article 3, les pays membres garantissent que la protection accordée aux objets de propriété industrielle préserve et respecte leur patrimoine biologique et génétique, ainsi que les savoirs traditionnels des communautés autochtones, primo-américaines ou locales. La délivrance de brevets portant sur des inventions réalisées à partir de matériel provenant de ce patrimoine ou de ces savoirs est ainsi subordonnée à la condition que ce matériel ait été acquis conformément à l'ordre juridique international, communautaire et national. Cette disposition a été renforcée dans les conditions de brevetabilité de cette décision. Par exemple, l'article 20 a donné une liste de ce qui n'est pas brevetable⁵⁷¹,

⁵⁶⁷ L'article premier définit le "contrat d'accès" comme un "accord entre une personne et l'autorité nationale compétente, en tant que représentant de l'État, par lequel sont établies les conditions d'accès à des ressources génétiques, à leurs dérivés et, le cas échéant, à l'élément intangible qui s'y rattache".

⁵⁶⁸ L'article 33 de la décision 391 dispose que "[I]es termes du contrat d'accès doivent être conformes aux dispositions de la présente décision ainsi qu'à celles de la législation nationale de l'État membre concerné".

⁵⁶⁹ L'article 19 de la décision 391 prévoit que "[l'] autorité nationale compétente peut reconnaître le caractère confidentiel de données qui, lui ayant été fournies dans le cadre d'une procédure d'accès ou de l'exécution d'un contrat, n'ont pas été précédemment divulguées et sont susceptibles de faire l'objet d'un usage commercial déloyal par des tiers, sauf s'il est nécessaire qu'elles soient portées à la connaissance du public pour protéger l'intérêt commun ou l'environnement".

⁵⁷⁰ Voir les dispositions complémentaires de la décision 391.

⁵⁷¹ Ne sont pas brevetables : a) les inventions dont l'exploitation commerciale sur le territoire du pays membre concerné doit être absolument interdite pour que l'ordre public ou la morale soit protégé. À cet égard, l'exploitation commerciale d'une invention n'est pas considérée comme contraire à l'ordre public ou à la morale pour la seule raison qu'il existe une disposition légale ou administrative qui interdit ou qui régleme cette exploitation ; b) les inventions dont l'exploitation commerciale dans le pays membre concerné doit être absolument interdite pour que la santé ou la vie des personnes ou des animaux soit protégée ou que les végétaux ou l'environnement soient préservés. À cet égard, l'exploitation commerciale d'une invention n'est pas considérée comme contraire à la santé ou à la vie des personnes ou

qui renforce ainsi la prévention contre l'utilisation commerciale et le respect des besoins d'un pays.

De plus, l'autorité nationale compétente prononce, d'office ou à la demande de toute personne et à tout moment, la nullité absolue du brevet si la copie du contrat d'accès n'a pas été présentée, lorsque les produits ou les procédés pour lesquels le brevet est demandé ont été obtenus ou mis au point à partir de ressources génétiques ou de produits dérivés de celles-ci originaires de l'un quelconque des pays membres⁵⁷², ou si une copie du document attestant la concession de la licence ou l'octroi de l'autorisation portant sur l'utilisation des savoirs traditionnels des communautés autochtones, primo-américaines ou locales des pays membres n'a pas été présentée, lorsque les produits ou les procédés dont la protection est demandée ont été obtenus ou mis au point à partir de ces savoirs originaires de l'un quelconque des pays membres⁵⁷³.

263. Les règles arrêtées dans les accords-cadres sont le plus souvent incorporées par la suite dans les législations nationales des pays signataires au moyen de textes législatifs sur l'accès aux ressources génétiques. Mais certains pays ont également créé par ailleurs un arsenal juridique au plan national et des dispositifs destinés à protéger leurs ressources biologiques au sein de leur nation.

B) Législations et dispositifs de source nationale

264. Certains pays ont adopté des approches différentes pour la protection de leurs savoir-faire traditionnels en médecine. Des mesures politiques, souvent appuyées par une mise en adéquation de leur législation nationale, ont été adoptées ou sont en voie d'être élaborées dans plus de 50 pays⁵⁷⁴. Ces législations nationales sont de deux ordres, le premier est relatif à une législation sui generis pour la médecine traditionnelle, l'autre concerne une législation à caractère plus général qui intègre la

des animaux, ou à la préservation des végétaux ou de l'environnement pour la seule raison qu'il existe une disposition légale ou administrative qui interdit ou qui régit cette exploitation; c) les plantes, les animaux et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux qui ne sont pas des procédés biologiques ou microbiologiques; d) les méthodes de traitement thérapeutique ou chirurgical du corps humain ou animal ainsi que les méthodes de diagnostic appliquées aux êtres humains ou aux animaux.

⁵⁷² Article 75 (g).

⁵⁷³ Article 75 (h).

⁵⁷⁴ UNEP/CBD/MYPOW/6, paragraphe 10, p.10.

médecine traditionnelle dans le champ des connaissances traditionnelles, sans distinction particulière. Certains pays ont adopté le premier système, par exemple la Thaïlande ; mais la plupart des pays adoptent le deuxième.

1) EN THAÏLANDE

265. Législation sui generis : la Thaïlande. La Thaïlande est un pays riche en connaissances médicinales traditionnelles et en ressources génétiques. Elle doit trouver un moyen de protéger ses ressources. Elle a adopté en 1999 une loi pour protéger le savoir-faire traditionnel en médecine qui s'appelle «Protection and Promotion of Traditional THAI Medicinal Intelligence Act B.E. 2542 ». Cet Acte est un exemple de législation sui generis dont les principaux objectifs sont de récompenser les guérisseurs traditionnels pour leur contribution continue à la santé et aux soins de santé, de créer des incitations au maintien des connaissances médicinales traditionnelles, de mettre en place un système de conservation et de réglementation de l'accès aux ressources biologiques et aux connaissances médicinales traditionnelles, de prendre des mesures efficaces pour freiner la destruction des espèces, des habitats et des écosystèmes⁵⁷⁵. Les formules médicinales traditionnelles sont réparties en trois catégories de formules⁵⁷⁶ : les formules nationales, les formules générales et les formules personnelles.

266. Sui generis Thaïlande : Protection des formules médicinales nationales. La formule nationale désigne celle qui offre des avantages significatifs ou ayant une valeur médicale spécifique. La loi dispose que le ministère de la Santé publique a le pouvoir de déclarer certaines préparations de médecine traditionnelle comme relevant d'une formule nationale⁵⁷⁷. Après la déclaration, les droits sur une telle formule appartiennent à l'état. Toute personne qui veut utiliser commercialement une formule nationale pour la production ou pour la recherche et le développement doit obtenir

⁵⁷⁵ Trips, CBD and Traditional Medicines: Concepts and Questions. Report of an ASEAN Workshop on the TRIPS Agreement and Traditional Medicine, Jakarta, February 2001, Legal Protection of Traditional Medicine and Knowledge in Thailand, <http://apps.who.int/medicinedocs/fr/d/Jh2996e/12.2.html>

⁵⁷⁶ Chapter 2 Protection and Promotion of Intelligence on Traditional Thai Medicine, Section 16.

⁵⁷⁷ Section 17 The Minister has the power to notify that formulas on traditional Thai drugs or text on traditional Thai medicine that is of benefit, or has special medical or public health value, as the national formula on traditional Thai drug, or the national text on traditional Thai medicine, as the case may be.

l'autorisation du gouvernement⁵⁷⁸. L'utilisation d'une formule nationale à des fins commerciales sans autorisation est passible de sanctions pénales en vertu de la loi.

267. Sui generis Thaïlande : Protection des formules médicinales générales.

La formule générale désigne une formule qui est déjà dans le domaine public et qui peut être utilisée librement par tout le monde. Cela inclut les formules qui ont été largement utilisées et sont largement disponibles, ainsi que les formules dont la protection de la propriété intellectuelle a expiré⁵⁷⁹.

268. Sui generis Thaïlande : Protection des formules médicinales personnelle.

La formule personnelle est établie par l'enregistrement⁵⁸⁰. Les demandes d'enregistrement peuvent être faites par l'inventeur ou le développeur de la formule ou par la personne qui a hérité de la formule de l'inventeur ou du développeur⁵⁸¹. Le propriétaire d'une formule personnelle enregistrée a le droit exclusif de vendre et de distribuer tout produit développé ou fabriqué en utilisant la formule, ainsi que d'utiliser la formule de recherche. Toutefois, les droits exclusifs sont soumis à certaines limitations. Les droits sur une formule personnelle enregistrée subsistent tout au long de la vie du demandeur et continuent pendant cinquante ans par la suite⁵⁸².

La loi établit le droit des guérisseurs traditionnels à conserver le contrôle des connaissances médicales traditionnelles par le biais d'un registre public. Selon la loi, seul un individu (par exemple un guérisseur) peut enregistrer la formule personnelle, la

⁵⁷⁸ Section 19 Whoever wishes to use the national traditional Thai drugs for registration and permission for production of drugs according to the Drug Law, or wishes to use it for research on improvement or development of new drug formulas for commercial benefit, or wish to research the national text on traditional Thai Drugs for development and improvement for commercial benefit, shall forward their application to obtain benefits and pay fees and the remuneration for making use there of to the licensing authority.

⁵⁷⁹ Section 18 The Minister has the power to notify the formulas of traditional Thai drugs or text on traditional Thai medicine that have been widely used or whose intellectual property protection has expired under section 33, as general formula of traditional Thai drugs or general text on traditional Thai medicine, as the case may be.

⁵⁸⁰ Section 20 Personal formula of traditional Thai drugs or personal text on traditional Thai medicine under section 16 (3) may be registered for protection of intellectual property rights and may be promoted according to the provision of this Act by applying for registration to the registrar.

⁵⁸¹ Section 21 The persons who have the right to register for protection of intellectual property rights according to section 20 must be of Thai nationality and shall have the following qualifications: (1) being an inventor of the formula on traditional Thai drugs or text on traditional Thai medicine; (2) being an improver or developer of formula on traditional Thai drugs or text on traditional Thai medicine; or (3) being an inheritor of the formula on traditional Thai drugs or text on traditional Thai medicine.

⁵⁸² Section 33 The right to intellectual property on traditional Thai medicine under this section should be valid for a life time of the bearer of the registration and extend for another 50 years from time the owner of the registration has deceased.

communauté ne peut pas enregistrer les connaissances médicales qui sont connues dans cette communauté. En ce sens, la loi ne reconnaît ni n'établit les droits des communautés (droits collectifs)⁵⁸³.

En Thaïlande, la loi dispose que l'utilisation expérimentale, l'utilisation privée par les guérisseurs thaïlandais traditionnels et la production de médicament à usage domestique ou à l'usage des hôpitaux publics sont autorisées pour ces trois catégories de formules⁵⁸⁴. Cette action qui protège la médecine traditionnelle et ne provoque pas d'obstacles d'utilisation personnelle aux thérapeutes traditionnels est utile à l'assurance des intérêts publics de la société.

Dans le but d'assurer l'application efficace des lois et des règles, la Thaïlande a créé aussi des organismes d'inscription des formules. Il existe maintenant en Thaïlande au total 75 bureaux provinciaux qui effectuent conformément à la loi l'inscription de formules. Les frais d'enregistrement sont relativement faibles, et il n'est pas demandé de frais pour le maintien de cet enregistrement. Cela réduit énormément le coût d'inscription.

Le modèle de la protection par catégorie des médicaments traditionnels de la Thaïlande manifeste un avantage évident pour favoriser l'équilibre des intérêts entre le pays, l'individu et la société. La loi détermine quelles sont les formules qui ont des valeurs médicales particulières ou une valeur de santé publique nationale, toutes les formules existantes ne pouvant ou ne devant pas intégrer cette catégorie nationale, car les champs de variétés des formules sont trop nombreux, et tout y mettre serait contre-productif pour le développement de la médecine traditionnelle. Mais il est de fait que ces initiatives ont eu pour effet de le favoriser en Thaïlande. Selon les statistiques, en 1998, la Thaïlande a permis à plus de 700 usines locales autorisées à produire des médicaments traditionnels. La même année, plus de 4300 formules ont été inscrites auprès de l'Administration nationale de gestion des médicaments de la Thaïlande, et ce nombre est en constante augmentation. En 1999-2000, la valeur de production de ces produits s'est élevée à 32 millions de Baht, soit environ 900 00 euros, sans compter les

⁵⁸³ Trips, CBD and Traditional Medicines: Concepts and Questions. Report of an ASEAN Workshop on the TRIPS Agreement and Traditional Medicine, Jakarta, February 2001, Legal Protection of Traditional Medicine and Knowledge in Thailand, <http://apps.who.int/medicinedocs/fr/d/Jh2996e/12.2.html>

⁵⁸⁴ Trips, CBD and Traditional Medicines: Concepts and Questions. Report of an ASEAN Workshop on the TRIPS Agreement and Traditional Medicine, Jakarta, February 2001, Legal Protection of Traditional Medicine and Knowledge in Thailand, <http://apps.who.int/medicinedocs/fr/d/Jh2996e/12.2.html>

produits de médicaments traditionnels fabriqués personnellement par les médecins traditionnels.

2) AU LAOS

269. Sui generis Laos : de la RIMP à l'ITM. Le gouvernement du Laos a mis en place des institutions spécifiques (Institut de recherche en médecine traditionnelle) en vue de protéger les connaissances traditionnelle en médecine.

Le Laos est un pays situé en Asie du Sud-Est. Il dispose d'une superficie de près de 240 000 km², dont environ 41% sont couverts par la forêt. Ses établissements médicaux, souvent inadaptés et trop éloignés des communautés vivant dans des villages isolés, et l'accès insuffisant aux produits pharmaceutiques les plus courants sur le marché ou à la plupart des thérapies actuelles, rendent difficile le traitement de certains problèmes de santé. 73% de la population vit dans les zones rurales du pays, où l'accès à la médecine conventionnelle est limité voire inexistant, soit en raison de son coût élevé, soit parce qu'il n'est pas disponible. Dans ces zones rurales, l'utilisation de la médecine traditionnelle lao pour les soins de santé primaires est très élevée, beaucoup plus élevée que dans les zones urbaines, ce qui se traduit par une plus grande disponibilité des guérisseurs traditionnels dans les villages et les villes rurales⁵⁸⁵.

Reconnaissant l'importance de la médecine traditionnelle au Laos, le Ministère de la Santé a créé en 1976 l'Institut de Recherche de Plantes Médicinales (RIMP), qui a été rebaptisé en « Centre de Recherche de Médecine Traditionnelle » (TMRC) en 2000, et en 2010 « l'Institut de Médecine Traditionnelle » (ITM). La mission de l'ITM est de rassembler et de cataloguer les traitements traditionnels indigènes, dont la plupart sont des plantes médicinales, mais aussi d'adapter et d'entreprendre des recherches sur tous les médicaments traditionnels laotiens. En outre, l'ITM a pour mission de diffuser des informations sur les plantes médicinales lao, ainsi que la recherche des plantes médicinales pour leur sécurité de consommation, la toxicité et l'efficacité⁵⁸⁶.

L'ITM développe également les connaissances traditionnelles en médecine en coopération avec des institutions de recherches scientifiques étrangères. L'une des principales composantes d'un projet du Groupe international de coopération en matière

⁵⁸⁵ <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3534868/>

⁵⁸⁶ <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3534868/>

de biodiversité (ICBG) basé à l'Université de l'Illinois à Chicago (UIC), est l'étude de la biodiversité du Vietnam et du Laos, également connu sous le nom de « ICBG Vietnam-Laos », une enquête ethnobotanique qui a été menée au Laos. Cette approche de la découverte de médicaments conduite par des chercheurs basés à l'institut de médecine traditionnelle (ITM) du Laos à Vientiane, est axée principalement sur les plantes médicinales traditionnelles du Laos. Dans la mise en œuvre du projet, les échantillons de plantes prélevés ont été extraits dans les institutions hôtes de l'ICBG au Vietnam et au Laos. Les extraits sont envoyés aux laboratoires spécifiques du Programme de recherche collaborative en sciences pharmaceutiques (PCRPS). Dans ce projet, aucune matière première végétale («échantillons de plantes») n'a été expédiée du Laos vers l'UIC⁵⁸⁷.

L'ICBG a permis des progrès sensibles sur le plan de la protection de la médecine traditionnelle laotienne, qu'elle protège en tant que propriété intellectuelle, et donne un exemple utile de coopération entre le nord et le sud sur ce sujet. L'exécution de ce plan va inciter les explorateurs étrangers en biologie lors des négociations avec les gouvernements laotien et vietnamien, à prendre plus au sérieux les intérêts des peuples locaux. L'ICBG signe des contrats avec tous les groupes (soit la tribu, soit le village ou le groupe de médecins) avec qui il est en coopération, y compris des accords sur le partage des bénéfices. Dès lors que l'ITM enregistre en détail l'appartenance des prescriptions à telle province ou à tel groupe, ce groupe peut obtenir des subsides convenables en fonction du degré des contributions qu'il apporte à la découverte pour une matière ou un composé efficace et profitable.

Par ailleurs, afin de protéger de façon efficace ses travaux sur des connaissances traditionnelles en médecine, le Laos les fait réaliser principalement par l'ITM. L'ITM non seulement recueille et documente l'utilisation des plantes médicinales en menant des entretiens ethnobotaniques avec des guérisseurs de village, mais il déploie dans les provinces des établissements relais dédiées à la médecine traditionnelle appelées « stations provinciales de médecine traditionnelle (TMS) ». De plus, l'ITM coopère aussi activement avec les organisations internationales en matière de développement et d'utilisation des connaissances de la médecine traditionnelle.

⁵⁸⁷ <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3534868/>

3) EN INDE

270. Avec en référence deux cas célèbres de procédure en protection de sa médecine traditionnelle que sont d'une part celle du curcuma (*Curcuma longa*) et d'autre part du margousier (*Neem*), l'Inde a dû dépenser plus de 5 millions de dollars pour des procédures qui ont duré plus de 10 ans afin de parvenir à l'annulation de brevets abusifs. Ces expériences ont révélé l'importance et l'inefficacité de sa législation en matière de protection en propriété intellectuelle. Aussi le gouvernement indien s'est lancé dans une stratégie de protection préventive et non plus de sauvegarde après coup. Pour cela il a déployé plusieurs instruments dont les plus remarquables sont la « Loi sur la Biodiversité de 2002 » et des bases de données.

271. **Sui generis Inde : la Loi sur la Biodiversité de 2002.** L'article 6 de la « Loi sur la Biodiversité de 2002 »⁵⁸⁸ dispose qu'il est interdit de demander un droit de propriété intellectuelle, quel qu'en soit le type, à l'Inde ou à l'étranger pour toute invention fondée sur des recherches ou des informations basées sur une ressource biologique obtenue en Inde, sans en avoir obtenu préalablement l'autorisation de l'Autorité Nationale de la Biodiversité, et donc d'en avoir fait la demande. Cette Autorité peut non seulement accorder une autorisation prévue au présent article, mais aussi imposer des droits ou des redevances de partage des avantages ou les deux, ou imposer des conditions spécifiques, y compris le partage des avantages financiers découlant de l'utilisation commerciale de ces droits.

272. **Sui generis Inde : le Règlement de 2004 sur la diversité biologique.** Afin de mieux mettre en œuvre le mécanisme du partage des bénéfices, le « Règlement de 2004 sur la diversité biologique » a été promulgué en avril 2004. Ce Règlement autorise les intéressés à négocier le montant des prestations en tenant compte de paramètres tels que le champ de son utilisation, la durabilité, les résultats escomptés, les mesures pour assurer la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique. Pour chaque situation il convient de déterminer le partage des bénéfices sur les avantages à court,

⁵⁸⁸ Article 6 de la « Loi sur la Biodiversité de 2002 » : No person shall apply for any intellectual property right, by whatever name called, in or outside India for any invention based on any research or information on a biological resource obtained from India without obtaining the previous approval of the National Biodiversity Authority before making such application... The National Biodiversity Authority may, while granting the approval under this section, impose benefit sharing fee or royalty or both or impose conditions including the sharing of financial benefits arising out of the commercial utilization of such rights...

moyen et long terme⁵⁸⁹. Cette méthode reste sous le contrôle de l'État, tout en disposant d'une liberté effective en la matière⁵⁹⁰.

273. Sui generis Inde : TKDL et PBR. Parallèlement l'Inde va développer un système de protection axé sur des bases de données. Elle crée la Bibliothèque Numérique de Savoirs Traditionnels (BNST - en anglais Traditional Knowledge Digital Library (TKDL)) et les People's Biodiversity Registers (PBR).

Bien que le gouvernement de l'Inde ait révoqué avec succès ou limité la portée des brevets relatifs d'une part au curcuma, accordés par l'Office américain des brevets et des marques (USPTO) et d'autre part relatif au neem délivré par l'Office européen des brevets (OEB), il a dû en payer le prix fort. Afin de prévenir d'autres situations analogues l'Inde va permettre la création de la BNST indienne. Celle-ci est issue de la collaboration entre le Conseil de la recherche scientifique et industrielle (CSIR) et le Ministère de l'ayurveda, du yoga, de l'unani, du siddha et de l'homéopathie (AYUSH)⁵⁹¹ pour prévenir le détournement des connaissances médicales traditionnelles du pays. L'Inde s'est ainsi épargnée de dépenser une énorme quantité d'énergie en moyens humains matériels ainsi beaucoup de temps qu'elle aurait dû investir après coup pour récupérer les droits de propriété intellectuelle de ses propres connaissances traditionnelles.

Parallèlement, l'Inde a prévu dans sa Loi sur la diversité biologique la création de comités de gestion de la biodiversité dans tous ses instances locales, qu'ils soient panchayats ou municipalités, et ce dans tout le pays. Cette loi dispose que « la fonction principale de la BMC (Biodiversity Management Committee) est de déployer le Registre Populaire de la Biodiversité en concertation avec les populations locales. Le registre doit contenir des informations complètes sur la disponibilité et la connaissance des ressources biologiques locales, de leurs utilisations médicinales ou de toute autre

⁵⁸⁹ Règlement de 2004 sur la diversité biologique, Inde, article 20(5) : The quantum of benefits shall be mutually agreed upon between the persons applying for such approval and the Authority in consultation with the local bodies and benefit claimers and may be decided in due regard to the defined parameters of access, the extent of use, the sustainability aspect, impact and expected outcome levels, including measures ensuring conservation and sustainable use of biological diversity. article 20(6) : Depending upon each case, the Authority shall stipulate the time frame for assessing benefit sharing on short, medium, and long term benefits. <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/in/in047en.pdf>.

⁵⁹⁰ DING Liying, *La conception des droits de la protection des connaissances traditionnelles et l'élaboration des systèmes - centrées sur les droits de propriété intellectuelle*, Edition de la loi, 2009, p.240.

⁵⁹¹ En 2003, le Ministère des systèmes indiens de médecine et d'homéopathie (ISM&H), créé en mars 1995, a pris le nom de Ministère de l'ayurveda, du yoga, de l'unani, du siddha et de l'homéopathie (AYUSH).

utilisation ou de tout autre savoir traditionnel qui leur est associé ».

Ainsi se sont créés les People's Biodiversity Registers (PBR), des registres de villages concernant les savoirs traditionnels relatifs à la biodiversité. Ces registres ont d'ailleurs été reconnus par la loi de 2002 sur la biodiversité comme un moyen d'assurer la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique. La principale fonction de la BMC est de produire ces Registres en concertation avec les populations locales, registres qui doivent contenir des informations complètes sur la disponibilité et la connaissance des ressources biologiques locales et de leurs utilisations.

Ce PBR est un processus participatif qui nécessite une consultation intensive et approfondie avec les autochtones du pays. Pour le rendre efficace ses objectifs doivent être expliqués avec pertinence au cours de réunions de groupe en présence de tous les membres du Panchayat, des membres du BMC, des étudiants, des personnes sachantes et de toutes celles qui s'investissent à l'effort de préservation. La documentation qui reprend les connaissances des individus en matière de biodiversité et de ses utilisations est un élément clé de la PBR⁵⁹². La PBR est donc un outil essentiel issu de l'application de la Loi sur la diversité biologique. Elle ne constitue pas un travail issu d'efforts isolés mais bien d'une activité concertée et coordonnée avec un accès réglementé à l'information, qui vient alimenter une base de données en réseau à l'échelle nationale susceptible de continuer à croître avec le temps.

4) L'EXEMPLE DU PÉROU

274. Sui generis Pérou : les lois 26839, 27811 et 28216. L'État péruvien a mis en place une série de lois dans le but de protéger les connaissances traditionnelles et de réguler l'accès aux ressources génétiques. En tant qu'un des pays membres ayant ratifié la « Décision n° 391 portant le régime commun de l'accès aux ressources génétiques de la communauté Andine » de 1996, Le Pérou a promulgué la Loi n° 26839 du 8 Juillet 1997 dénommée « Loi sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique » qui donne des dispositions de principe sur la protection des connaissances traditionnelles.

Puis en 2002, elle promulgue la « Loi n° 27811 du 24 juillet 2002 établissant le Régime

⁵⁹² People's Biodiversity Register, Revised PBR Guidelines 2013, National Biodiversity Authority, India, <http://nbaindia.org/uploaded/pdf/PBR%20Format%202013.pdf>

de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques » qui donne des dispositions détaillées sur les modalités de protection des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles.

Cette loi reconnaît les droits et le pouvoir des peuples et communautés autochtones de disposer de leurs connaissances collectives comme ils le jugent bon⁵⁹³. La Loi n° 27811 a ainsi créé un régime de protection des connaissances traditionnelles en couvrant l'enregistrement des connaissances traditionnelles, le système de consentement préalable en connaissance de cause, et le contrat de licence.

Tout d'abord, la loi prévoit un système d'enregistrement des connaissances traditionnelles. Le principal objectif de ce système consiste à disposer de preuves technologiques afin d'éviter le décernement illégitime de droits de propriété intellectuelle, et notamment la biopiraterie⁵⁹⁴. Un problème majeur rencontré en pratique est que les connaissances traditionnelles se transmettent souvent à l'oral, et sont dépourvues d'enregistrement écrit. Dès lors le personnel dédié à l'examen des brevets aura bien du mal à retrouver ces connaissances traditionnelles en tant que technique existante lorsqu'elles sont utilisées dans une demande de brevet. Pour contrecarrer cet écueil, la loi n°27811 définit un système d'enregistrement spécifique qui prévoit que les connaissances collectives des peuples autochtones puissent être inscrites dans trois types de registres : (1) un enregistrement national public de la connaissance collective des peuples autochtones ; (2) un enregistrement national confidentiel des connaissances collectives des peuples autochtones ; (3) des Registres locaux de la connaissance collective des peuples autochtones. Le premier registre ne doit contenir que les connaissances collectives qui appartiennent au domaine public. Le second ne peut être consulté que par des tiers autorisés soumis à des clauses de confidentialité⁵⁹⁵. Enfin les peuples autochtones peuvent organiser les troisièmes types de registres conformément à leurs pratiques et coutumes⁵⁹⁶.

En matière de divulgation de l'origine et d'indication de la provenance légale, la Disposition complémentaire n° 2 de la Loi 27811 ordonne ce qui suit : « *Le déposant d'un brevet d'invention relatif à un produit ou procédé obtenu à partir d'un savoir collectif est tenu de présenter une copie du contrat de licence, condition préalable à la*

⁵⁹³ Voir l'article 1 de la loi n° 27811.

⁵⁹⁴ Rapport du groupe d'experts sur l'accès et le partage des avantages sur les travaux de sa deuxième réunion, UNEP/CBD/WG-ABS/1/2, 9 avril 2001, Para. 77(c).

⁵⁹⁵ Articles 12-18 de la loi n° 27811.

⁵⁹⁶ Article 24 de la loi n° 27811.

concession du droit correspondant, sauf s'il s'agit d'un savoir tombé dans le domaine public. Le non-respect de cette obligation entraîne, selon le cas, le refus du brevet ou sa nullité ». Avec une telle disposition le Pérou affiche son exigence à rendre obligatoire le principe de la révélation d'origine, et à défaut d'application de cette règle par le demandeur ou le détenteur d'un brevet, il subira la non-accession aux droits de propriété intellectuelle ou un enlèvement des droits de propriété intellectuelle acquis.

Par ailleurs la loi prévoit des mesures relatives au consentement préalable en connaissance de cause dans son article 6⁵⁹⁷, et propose d'effectuer le partage des avantages de manière directe par un paiement prévu dans le contrat de licence⁵⁹⁸, ou indirecte à travers l'utilisation du « Fonds de développement des peuples autochtones »⁵⁹⁹. La proportion n'est pas au-dessous de 5% de la valeur avant impôt des ventes brutes⁶⁰⁰.

Enfin, la « Loi n°28216 sur la protection de l'accès à la diversité biologique péruvienne et aux savoirs collectifs des peuples autochtones » du 30 avril 2004 a défini juridiquement la notion de biopiraterie dans sa troisième disposition complémentaire : « L'accès et l'utilisation non autorisée et non rémunérée des ressources biologiques ou des savoirs traditionnels des peuples autochtones par des tiers, sans l'autorisation appropriée et de manière contraire aux principes consacrés dans la Convention sur la diversité biologique et aux lois existantes en la matière. Cette appropriation des produits qui incorporent les éléments obtenus illégalement, peut être physique ou dans certains cas, effectuée par le biais de l'invocation de droits de propriété sur ces mêmes produits ».

275. Chine, Inde, Laos, Pérou, ne donnent ici que des modèles de législations nationales ou supranationales. Sans reprendre l'exhaustivité mondiale de ces solutions, le principe est de s'appuyer dans certains cas sur le droit de la propriété intellectuelle et

⁵⁹⁷ Article 6 de la loi n°27811 : quiconque souhaite avoir accès à des savoirs collectifs aux fins d'une application scientifique, commerciale ou industrielle doit demander le consentement préalable, donné en connaissance de cause, des organisations représentatives des peuples autochtones possédant des savoirs collectifs

⁵⁹⁸ Article 7 de la loi n°27811, en cas d'accès aux fins d'une application commerciale ou industrielle, un accord de licence garantissant un partage équitable des avantages découlant de celui-ci doit être conclu.

⁵⁹⁹ Il vise à contribuer au développement global des peuples autochtones au moyen du financement de projets et d'autres activités. Il a été créé pour permettre à tous les peuples autochtones, qu'ils aient ou non conclu des contrats de licence, de bénéficier des avantages découlant de l'exploitation de leurs savoirs collectifs.

⁶⁰⁰ Article 27 (c) de la loi n° 27811.

dans d'autres de le dépasser, en s'inspirant le cas échéant de conventions ou accords internationaux.

CONCLUSION TITRE I

276. Conclusion Titre I. L'ensemble de ces réflexions nous amènent à la conclusion que le droit de la propriété intellectuelle se trouve globalement déficient à lui seul pour permettre une protection efficace du savoir-faire traditionnel médicinal. Le brevet pour les raisons d'incompatibilité avec ses exigences de nouveauté, d'identité précise des détenteurs, de formalisation écrite, de révélation du secret, d'obstacles financiers pour son dépôt et son maintien. Le droit des marques pourrait s'avérer pertinent, mais il protège le signe distinctif d'un savoir-faire traditionnel, et non pas sa technique. L'indication géographique peut protéger les plantes médicinales natives, mais ne protège pas les savoirs traditionnels eux-mêmes ni les techniques concernées. De plus, ce mode de protection est destiné aux produits d'une région spécifique bénéficiant d'une certaine réputation commerciale effective. Par conséquent, l'aspect non commercial du SFTM est dans ce cas encore un obstacle préjudiciable. Enfin le secret commercial peut s'avérer effectivement efficace pour protéger les savoir-faire encore secrets, lorsqu'ils sont par exemple détenus par quelques personnes d'une communauté autochtone. Toutefois son champ d'application reste confiné aux SFTM encore secrets. Or nombre d'entre eux sont déjà accessibles et connus, issus de transmissions d'hommes à hommes depuis des générations.

277. Les pays souhaitant protéger leur SFTM doivent donc aussi pouvoir disposer d'autres voies sui generis. La Chine propose un modèle basé essentiellement sur deux règlements et deux lois, quand d'autres pays ont développé des législations sui generis et des lois transnationales. Certaines législations nationales et transnationales vont plus loin que la CDB notamment parce qu'elles n'autorisent pas l'accès aux connaissances traditionnelles et aux ressources génétiques sans le consentement du tiers concerné et le partage des avantages, et que dans certains cas elles peuvent même causer la nullité d'un brevet. L'Europe et la France ont développé des législations en ce sens qui s'appuient sur le Protocole de Nagoya en matière de consentement préalable et de partage des avantages, mais qui ne sanctionnent pas les brevets prédateurs. Ces

législations spécifiques assurent en outre une meilleure protection aux SFTM que le droit de la propriété intellectuelle, notamment vis-à-vis des pays extérieurs, mais il est nécessaire que le gouvernement du pays conserve et garantisse une volonté d'assurer cette protection à l'intérieur même du pays afin d'éviter une situation interne potentiellement destructrice du SFTM, comme le présente la Chine.

Enfin chacun des pays à la recherche de protections pour leurs savoirs traditionnels doivent perpétuer leurs efforts sur les accords internationaux dont la portée prolongerait l'efficacité au-delà de leurs frontières. L'objet du Titre II est de poursuivre l'étude sur cette voie.

**TITRE II : LES VOIES DE PROTECTION
INTERNATIONALES ET LEURS
DÉCLINAISONS NATIONALES**

278. Les précédentes applications pratiques et législatives à fin de protection des savoirs traditionnels nous confirment qu'il n'est pas de solution miracle applicable à toute politique nationale à travers le monde. Toutefois elles pourront s'appuyer le cas échéant sur des modes de protection complémentaire. À cette fin, l'OMPI distingue deux types de protection⁶⁰¹, « défensive » et « positive ». La protection défensive correspond aux mesures déployées afin de prévenir l'acquisition de droits de propriété intellectuelle prédateurs sur des savoir-faire traditionnels. L'objectif de cette protection est d'incorporer le savoir-faire traditionnel dans l'état de la technique par l'enregistrement dans des bases de données ou registres accessibles sous certaines conditions, mais aussi de contraindre à la divulgation de l'origine.

La protection positive consiste à valoriser le savoir traditionnel par des mécanismes visant à assurer leur considération comme le consentement préalable et le partage équitables des avantages. « Une stratégie de protection positive est fondée sur l'obtention et la revendication de droits sur le matériel protégé, alors qu'une stratégie de protection défensive vise à empêcher autrui d'obtenir ou de conserver des droits de propriété intellectuelle illégitimes »⁶⁰². Dès lors nous aborderons dans un premier temps la protection défensive accessible aux SFTM, puis la protection positive.

⁶⁰¹ WIPO&UNEP, Intellectual Property and Traditional Knowledge, Booklet No. 2, Geneva, WIPO Publication No.920(E), 2004, p.19.
WIPOG/RTKF/IC/5/12, Overview of Activities and Outcomes of the Intergovernmental Committee, Geneva, April, 3, 2003; p.12.
WIPO/GRTKF/IC/5/6, Practical Mechanisms of the Defensive Protection of Traditional Knowledge and Genetic Resources within the Patent System, Geneva, May, 14. 2003;
WIPO/GRTKF/IC/6/8, Defensive Protection Measures Relating to Intellectual Property, Genetic Resources and Traditional Knowledge :An Update, Geneva, December.15,2003;
WIPO/GRTKF/IC/7/7, Update on Technical Standards and Issues Concerning Recorded or Registered Traditional Knowledge, Geneva, October, 4, 2004 ;
WIPO/GRTKF/IC18/8, Recognition of Traditional Knowledge Within the Patent System: Interim Draft, Geneva, June, 3, 2005 ;
WIPO/GRTKF/IC/8/11, Discloser of Origin or Source of Genetic Resources and Associated Traditional Knowledge in Patent Applications, May, 17, 2005.

⁶⁰² LE GOATER Yann, *Protection des savoirs traditionnels : L'expérience indienne*, <http://www.ajei.org/files/SJC07legoater.pdf>,

CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DÉFENSIVE

279. Les stratégies défensives du savoir-faire traditionnel peuvent s'approcher suivant un axe visant à faire en sorte que l'information soit mise à la disposition des administrations chargées de la recherche et des examens de brevets, et qu'elle soit 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 pertinent⁶⁰³. À cette fin, certains pays opteront pour le déploiement de bases de données spécifiques et de registres. Cette approche doit faire en sorte que l'information soit publiée ou fixée de manière à répondre à des 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. Mais dans certains cas ces informations seront tenues secrètes.

Il est une autre approche pour la protection défensive des SFTM qui se fonde sur le développement de la divulgation d'origine lors du dépôt des brevets. Ce chapitre aborde successivement ces deux axes.

⁶⁰³ WIPO/GRTKF/IC/5/6, p.3.

SECTION 1 : BASES DOCUMENTAIRES DU SFTM

280. Une première approche dans la protection des SFTM trouvera sa source dans des bases documentaires lui permettant d'intégrer l'état de la technique. Dans ce cadre, la documentation des savoirs traditionnels se rapporte à la mise en place d'un registre d'enregistrement nécessaire des savoirs traditionnels qui doivent pouvoir être sous le contrôle ou la maîtrise de tribus traditionnelles. Cette documentation peut être enregistrée sous format papier, dans une base de données ou une bibliothèque numérique. Elle doit bénéficier d'un cadrage qui puisse être propice à une normalisation. Ces supports de stockage (articles sur papier, stockage numérique ou autres nouveaux moyens techniques) peuvent être accessibles sous la forme de documentations indépendantes les unes des autres, mais doivent être compilés dans une base de données générale de telle sorte à faciliter les recherches et leur utilisation⁶⁰⁴. Une distinction peut être soulevée entre les bibliothèques numériques et les registres d'immatriculation.

§ 1 : Bibliothèques numériques ou bases de données sur les SFTM

281. Les demandes de brevets qui présentent une menace pour les savoirs traditionnels ont généralement une probabilité élevée d'aboutir, car elles peuvent sans trop de difficultés répondre aux exigences de nouveauté⁶⁰⁵. Pour éviter que le brevet ne

⁶⁰⁴ LIU Yiang, *Protection juridique des savoirs traditionnels*, dans ZHENG Chengsi (éds.), *Une série de la propriété intellectuelle*, Tome 13, Éditions Fang Zheng en Chine, 2006, p.289.

⁶⁰⁵ HANSEN Stephen A. and VANFLEET Justin W., *Traditional Knowledge and Intellectual Property: A Handbook on Issues and Options for Traditional Knowledge Holders in Protecting their Intellectual Property and Maintaining Biological Diversity*, New York : American Association for the Advancement of Science (AAAS), 2003, p11.
<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.124.9541&rep=rep1&type=pdf>

soit attribué d'une façon inappropriée, il peut être établi une base de données qui répertorie les savoirs traditionnels comme appartenant à l'état de la technique. Ainsi les autorités de tous les pays doivent pouvoir se référer à cette base de données lors de leurs vérifications des critères de nouveauté et d'activité inventive de l'invention. Certaines procédures en demande d'annulation de brevets, longues et difficiles et pourtant justifiées, sont là pour rappeler la nécessité de telles bases de données. Depuis ces dernières années, de nombreuses organisations internationales comme l'OMPI, concèdent que ces bases de données sont susceptibles de protéger défensivement les savoirs traditionnels⁶⁰⁶. Le fait d'intégrer les SFT dans une base de données au titre de l'état de la technique permet de faciliter ce travail de contrôle des autorités compétentes et d'éviter qu'un brevet ne soit attribué d'une manière inappropriée⁶⁰⁷. Cette méthode défensive utilisée par de nombreux pays peut s'observer dans des contextes internationaux, puis en ciblant la Chine, et en s'intéressant enfin aux controverses qu'elle suscite.

A) Contexte international hors de Chine

282. Bibliothèque numérique en Inde. L'Inde est le premier pays à avoir proposé le déploiement d'une bibliothèque numérique des savoirs traditionnels⁶⁰⁸. Cette bibliothèque a pour abréviations BNST en français et TKDL en anglais. En 1999, l'Inde conteste avec succès un brevet déposé sur le curcuma⁶⁰⁹, brevet qui avait été approuvé par l'Office Américain des brevets. Mais ce succès fut obtenu au prix d'efforts importants et onéreux. Dès lors les instituts NISCOM (India's National Institute of Science Communication) et ISM&H (Indian Systems of Medicine and Homeopathy)

⁶⁰⁶ United Nations University, Institute of Advanced Studies, UNU-IAS Report, The Role of Registers and Databases in the Protection of Traditional Knowledge, p12.
http://www.ias.unu.edu/binaries/UNUIAS_TKRegistersReport.pdf.

⁶⁰⁷ HANSEN Stephen A. and VANFLEET Justin W., *Traditional Knowledge and Intellectual Property: A Handbook on Issues and Options for Traditional Knowledge Holders in Protecting their Intellectual Property and Maintaining Biological Diversity*, New York : American Association for the Advancement of Science (AAAS), 2003, p24.
<http://citeserx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.124.9541&rep=rep1&type=pdf>

⁶⁰⁸ XU Jiali, *la signification et les méthodes de protection des savoirs traditionnels du sud-ouest de la Chine*, dans ZHENG Chengsi (éds.), *Une série de la propriété intellectuelle*, Tome 13, Éditions Fang Zheng en Chine, 2006, p. 40.

⁶⁰⁹ Voir partie 1 Titre 1 chapitre 1 Section 2.

seront mandatés pour coopérer afin d'établir une bibliothèque numérique des savoirs traditionnels en Inde. Leur base qui se nomme Traditional Knowledge Digital Library (TKDL)⁶¹⁰ se consacre en Inde à enregistrer les médecines traditionnelles fondées sur l'Ayurveda, l'Unani, le Siddha et le Yoga⁶¹¹. L'objectif affiché par cet outil est de protéger ces systèmes médicaux. Ces bases y ont été développées avec les outils technologiques d'information et l'aide d'un système novateur de classification nommé Traditional Knowledge Resource Classification (TKRC) – en Français : Classification des ressources en savoirs traditionnels. L'utilisation de TKRC dans cette base de données en favorise la disposition, la diffusion et la recherche des informations⁶¹². Avec la concours d'un millier d'experts et sur un laps de temps s'étalant sur plus de 10 ans, ce projet de bibliothèque s'est chargé de répertorier, recueillir et classer les techniques indiennes existantes dans toutes les langues et suivant toutes les techniques existantes que l'Inde utilise ouvertement parfois sans le recours à l'enregistrement à l'écrit, ainsi que de traduire ces techniques en cinq langues internationales : Anglais, Japonais, Français, Allemand et Espagnol⁶¹³. Cette colossale banque de données référencie également 54 manuels officiels de médecine ayurvédique, près de 150 000 médicaments ayurvédiques, unani, plus de 1 500 exercices physiques et postures en yoga en usage parfois depuis plus de 5 000 ans⁶¹⁴.

Actuellement l'accès à cette BNST est accessible à neuf bureaux internationaux des brevets, dont l'OEB (Office européen des brevets), l'USPTO (United State Patent & Trademark Office), et l'UKPTO (United Kingdom Patent Office)⁶¹⁵. Les experts estiment à 2000 le nombre annuel d'atteintes de par le monde aux systèmes médicaux traditionnels de l'Inde, dues principalement au fait que les connaissances de ces

⁶¹⁰ Voir http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2011/03/article_0002.html#3. Le concept de BNST s'est fait jour dans le cadre des efforts déployés par l'Inde pour révoquer le brevet délivré par l'Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique (USPTO) sur les propriétés cicatrisantes du curcuma et le brevet délivré par l'Office européen des brevets (OEB) sur les propriétés fongicides du margousier. Ces efforts, bien que couronnés de succès, se révélèrent très coûteux et de longue haleine.

⁶¹¹ <http://www.tkdil.res.in/tkdil/langdefault/common/Abouttkdl.asp?GL=Eng>

⁶¹² WIPO, WIPO/GRTKF/IC/7/7, Update on Technical Standards and Issues Concerning Recorded or Registered Traditional Knowledge, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_7/wipo_grtkf_ic_7_7.pdf.

⁶¹³ ZHAO Qi, CAO Yang, *Les études sur la protection des droits de propriété intellectuelle des connaissances indiennes des médicaments traditionnels*, Pharmacien chinois, 2011 (2), p. 47-48.

⁶¹⁴ India's Traditional Knowledge Digital Library (TKDL): A powerful tool for patent examiners http://www.tkdil.res.in/tkdil/TKDL_CSIR/pressrelease/press%20images/www.epo.org_topics_issues_traditional.html.pdf

⁶¹⁵ <http://www.tkdil.res.in/tkdil/langdefault/common/Abouttkdl.asp?GL=Eng>

systèmes existent dans des langues locales telles que le Sanskrit, Hindou, Arabe, Urdu, Tamil,... qui ne sont pas accessibles ni compréhensibles pour les personnes en charge des examens de brevet à l'international⁶¹⁶. Grace à ce dispositif, l'Inde a notamment réussi à obtenir l'annulation ou le retrait de 36 demandes de brevet concernant des formules médicinales traditionnellement connues entre 2010 et 2011⁶¹⁷.

283. Base de données de l'Équateur, un modèle fermé. Le principe adopté par l'Inde pour cette base de données est établi sur un mode ouvert, qu'il est possible de partager avec des tiers. Mais d'autres solutions sont possibles, dont l'une d'entre elles est utilisée par l'Équateur. Ce pays a adopté une base de données sur un mode fermé, qui repose sur le secret. Les savoirs offerts par les titulaires des savoirs traditionnels de médicament sont en effet protégés sous la forme d'un secret commercial.

À l'origine de ce projet, le cas d'ayahuasca⁶¹⁸ qui a porté l'Équateur à prendre activement des mesures efficaces pour se protéger contre la biopiraterie. Ce pays a déclenché un projet pilote que l'on pourrait traduire par *Transformer les connaissances traditionnelles en secrets commerciaux* et financé par la Banque de développement des États-Unis. L'accès aux connaissances reprises dans cette base de données est tributaire d'une négociation préalable. Chaque communauté référencée dans cet accord dispose de son propre espace, les espaces des autres communautés restent inaccessibles sans une nouvelle négociation. Cette base de données est gérée par Ecociencia, une organisation non gouvernementale équatoriale⁶¹⁹, développe un projet de conservation des plantes offertes par les groupes autochtones qui y participent. Les connaissances de ces plantes sont enregistrées dans une base de données fermée. Lors de l'enregistrement, l'organisation vérifie que les connaissances n'appartiennent pas au domaine public et que d'autres communautés ne les ont pas déjà posées. Lorsqu'un article ne relève pas du domaine public, la communauté qui le dépose peut le gérer comme un secret commercial. Ce secret pourra être divulgué à une entreprise qui garantira contractuellement le partage des bénéfices à cette communauté et qui seront distribués entre celle-ci et les autorités de l'Équateur. À ce jour, près de 8000 articles ont été

⁶¹⁶ <http://www.tkd.l.res.in/tkd.l/LangFrench/Common/Abouttkd.l.asp?GL=Fre>

⁶¹⁷ http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2011/03/article_0002.html

⁶¹⁸ Voir partie 1 titre 1 chapitre 1 section 2

⁶¹⁹ EcoCiencia est une institution scientifique équatorienne privée sans but lucratif, créée le 23 novembre 1989. EcoCiencia a été fondée dans le but de générer des informations de qualité et pour prendre les meilleures décisions pour la conservation de la biodiversité et le bien-être de la population.

enregistrés pour 6 groupes autochtones qui participent au projet de cette base de données, dont 60% n'ont pas été divulgués. De nombreuses entreprises ont expressément annoncé qu'elles étaient fortement intéressées⁶²⁰.

B) Contexte chinois

284. En Chine : la CTCMPD. De son côté la Chine a développé des bases de données officielles destinées à protéger ses médecines traditionnelles. La China Traditional Chinese Medicine Patent Database (CTCMPD)⁶²¹ est une base de données consacrée aux brevets de médicaments traditionnels chinois. Elle a été établie par l'Office d'État de la Propriété Intellectuelle de la République Populaire de Chine (en anglais : *State Intellectual Property Office of the PRC*). Avec cette base il est possible de procéder à des recherches sur la base de noms de plantes médicinales chinoises, y compris par une recherche multilingue, par noms similaires, suivant des critères plus ou moins précis ou avancés. Il est possible de lancer une recherche sur la base de prescriptions similaires, en utilisant de nombreuses plantes médicinales chinoises. Actuellement la base de données n'existe qu'en version chinoise et anglaise. Tous les brevets de médicaments traditionnels chinois depuis 1985 y sont enregistrés ; avec plus de 19 000 documentations liées aux brevets, et près de 40 000 prescriptions de médicaments chinois. Depuis mars 2003, on y ajoute des index en continu et la saisie est synchronisée avec la publication des brevets. Cette base est disponible à tous publics.

285. Autres bases de données en Chine. Toutefois il existe actuellement de nombreuses bases de données relatives aux médicaments traditionnels chinois, ce qui permet de satisfaire les besoins fondamentaux de la recherche. Mais elles restent relativement discrètes, pour des raisons de sécurité évidentes. En effet une telle base en dehors d'un système de protection juridique efficace pourrait tout simplement mettre ces informations en danger. S'il n'existe aucune législation spécifique pour protéger ces connaissances traditionnelles, le risque est grand qu'elles soient utilisées par des

⁶²⁰ DUTFIELD Graham, *TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge*. Case Western Reserve Journal of International Law, 2001, Vol 33, Issue 2, p.254 -259.

⁶²¹ http://www.sipo.gov.cn/xxcp/zysjk/200804/t20080407_370312.html

sociétés externes et de façon inappropriée au bon sens commun et égalitaire. Autrement dit une telle base de données serait plus nocive qu'une absence de mesures⁶²². Certaines de ces bases sont pourtant accessibles.

- Le centre de recherches documentaires sur les médicaments traditionnels chinois développe depuis 1984 un site dédié à ces informations ainsi qu'une base de données spécifique⁶²³. Celle-ci comprend plus de 40 bases de données secondaires. Peuvent être citées parmi celles-ci une base relative aux revues de médecine chinoise, au traitement des maladies, aux herbes chinoises, aux prescriptions chinoises,... et plus de 1 100 000 documents divers sur les médicaments traditionnels chinois.

- La base de données secondaire relative aux prescriptions chinoises a recueilli plus de 84 000 prescriptions issues de plus de 710 ouvrages anciens et modernes⁶²⁴.

- Plus de 8100 herbes chinoises sont répertoriées dans la base secondaire qui lui est dédiée (TCDBASE)⁶²⁵, et font référence à des ouvrages reconnus, comme *Pharmacopée de République populaire de Chine*, *Dictionnaire des médicaments chinois*, *zhōng huá yào hǎi*, *école de médecine chinoise*, *manuel de médecine chinoise commune et pharmacologie*, *médecine chinoise à base de plantes*,.... Cette base décrit sous divers aspects tous les médicaments traditionnels chinois, notamment leur nature, odeur, effet, efficacité primaire, utilisation, lieu d'origine, constituants chimiques, effets pharmacologiques, toxicologie, sources des médicaments, répartition des sources, culture ou agriculture, recueil, méthodes de traitement, identification des plantes médicinales, ..., on peut rechercher par nom, nom pinyin, nom anglais, nom latin, effet, efficacité primaire, lieu d'origine, effets pharmacologiques, constituants chimiques, sources des médicaments, toxicologie, utilisation,....

- Il existe également des bases de données relatives à des extraits pharmaceutiques chinois (China Pharmaceutical Abstracts, abréviation CPA)⁶²⁶, des banques de ressources de connaissances médicales et de la santé⁶²⁷.

⁶²² CUI Guobin, *Les difficultés à protéger les savoirs traditionnels*, école de droit de l'Université Tsinghua, http://www.sipo.gov.cn/ztl/ywzt/yczyhctzsbh/jlfk/xsyd/201312/t20131231_893772.html

⁶²³ <http://www.cintcm.com/opencms/opencms/jsxtjs/index.html>

⁶²⁴ <http://www.cintcm.com/opencms/opencms/jsxtjs/dkrhpt/fangji/>

⁶²⁵ <http://www.cintcm.com/opencms/opencms/jsxtjs/dkrhpt/zhongyao/>

⁶²⁶ <http://lib.bjmu.edu.cn/ejym/diswebframedetail.jsp?subframeid=22&webinfoid=324>

⁶²⁷ <http://www.cnki.net>. Il contient plus de 300 bases de données médicales et plus de 6 millions de d'informations médicales.

C) Controverses et discussions

286. Les risques inhérents à ces bases de données. Les pays en voie de développement attachent une grande importance au développement et à l'utilisation de telles bases de données. Elles apportent des avantages certains, mais sont aussi à l'origine de nombreuses controverses, dont les principales sont les suivantes⁶²⁸.

Parmi les inquiétudes relatives à l'existence de ces bases émerge en priorité celle relative au fait que toute documentation dans ce domaine ne peut qu'accroître le risque de détournement et d'appropriation. Deux raisons essentielles viennent justifier ces craintes.

Premièrement, si la documentation reprise dans la base de données n'a pas obtenu le consentement préalable en connaissance de cause des habitants des communautés traditionnelles dont proviennent les informations, le travail lui-même réalisé par cette base peut être considéré comme une sorte d'appropriation⁶²⁹. En effet, quand bien même le service en charge de ce recueil serait supposé ou susceptible d'agir dans l'intérêt des communautés autochtones et de leurs savoirs, et qu'il soit conforté dans ce rôle par l'État lui-même, il s'accapare des droits des détenteurs sur leurs savoirs. Dans ce cadre, agir sans même disposer du consentement préalable en connaissance de cause des détenteurs revient à porter directement atteinte aux détenteurs de ces savoirs. La Chine dispose d'une expérience patente dans ce rôle de substitution qu'elle a déployé dans le cadre de la protection de son patrimoine immatériel. Les conséquences sont détaillées dans le chapitre relatif à la « Loi sur le patrimoine culturel immatériel »⁶³⁰.

Deuxièmement, l'établissement d'une base de données ouverte ou accessible au public va inévitablement générer des possibilités simplifiées de détournement des informations diffusées.

⁶²⁸ BODEKER Gerard, *Traditional Medical Knowledge, Intellectual Property Rights and Benefit Sharing*, Symposium: Traditional knowledge, intellectual property, and indigenous culture, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Summer 2003, p.803.

⁶²⁹ WIPO, Background Brief N° 9: Documentation of traditional knowledge and traditional cultural expressions.

⁶³⁰ Voir Partie 2, Titre I, Chapitre 2, §2.

Par ailleurs, l'établissement de ces bases de données reste une déposition au droit du titulaire des médecines traditionnelles. En effet, concrètement, c'est bien l'organisme qui établit cette base et qui fait des investissements importants pour son développement qui bénéficie du contenu⁶³¹.

Ensuite, une base de données de connaissances traditionnelles présente des lacunes patentées dans la protection des informations qu'elle répertorie. Deux raisons essentielles à cela : en raison des diversités linguistiques existantes de chaque pays, parfois importantes comme en Chine et en Inde, en général, les connaissances traditionnelles médicinales sont exprimées verbalement dans un langage traditionnel ou local. Il est alors très difficile de procéder par écrit à la description exacte et de réaliser la rédaction du document avec un langage scientifique et universel. Par ailleurs, les connaissances traditionnelles elles-mêmes se développent sans cesse, évoluent, s'améliorent, mais lorsqu'elles sont déjà documentées ou enregistrées dans une base de données, et à moins qu'elles n'aient été mises à jour, la protection de ces connaissances qui ont évolué va être grandement affaiblie. Or pour que des données sur des connaissances traditionnelles soient mise à jour continuellement, c'est alors le coût élevé de la gestion de cette base de données qui devient l'obstacle majeur de son développement.

Enfin, il n'est pas certain que l'établissement d'une telle base de données lui procure ce rôle incontournable de protection sur le dispositif de vérification des brevets, d'autant que le formalisme et la normalisation de ces bases peut différer de celui des brevets. Dès lors l'expression et la description d'une même formule peuvent varier, et les réviseurs de brevets peuvent en toute bonne foi estimer que la description d'une demande d'instruction d'un brevet n'a pas de lien avec la médecine traditionnelle quand bien même ce serait le cas, et confirmer sa nouveauté⁶³².

Ces informations nous orientent toutefois sur les critères à considérer pour qu'une base de données soit pertinente au regard des médecines traditionnelles. En effet la balance des avantages / inconvénients d'un tel dispositif penche nettement en faveur de sa création dans la compétition visant à protéger les connaissances traditionnelles, notamment dans le domaine médical.

⁶³¹ LAURIE Graeme, WAELDE Charlotte, BROWN Abbe, KHERIA Smita, and CORNWELL Jane, *Contemporary Intellectual Property : Law and Policy*, (3rd ed.), Oxford University Press, 2013, p.210.

⁶³² DUTFIELD Graham, *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, Routledge, 2004, p.115.

287. Les avantages que procurent les bases de données. Pour nombre de savoirs transmis uniquement de bouche à oreille depuis des générations, le risque augmente qu'ils disparaissent définitivement, notamment de par l'accélération forcée de la modernisation des sociétés. Une solution pourrait donc être d'enregistrer ces savoir-faire. Mais il convient alors d'analyser si de tels enregistrements peuvent prévenir la biopiraterie. Le cas de la protection des savoirs et savoir-faire traditionnels médicinaux est éloquent. Dans ce domaine, la simple déclaration de l'usage à titre médical de plantes ou d'animaux ne peut empêcher la délivrance de brevets. Un moyen de contournement des pirates consiste par exemple à isoler les composés chimiques actifs par des méthodes d'extraction scientifique conventionnelles. En médecine traditionnelle, les composants isolés et les substances chimiques efficaces ne sont pas explicités par écrit. Or il faudrait que ces substances actives des remèdes soient décrites et que ces composés chimiques puissent être isolés par un procédé classique pour qu'il soit possible de les protéger contre la délivrance de brevets. C'est pourquoi une base de données des connaissances traditionnelles ouverte comme l'est celle de l'Inde ne semble pas le moyen idéal pour prévenir la biopiraterie. Si l'objectif est de se prémunir contre ce type d'atteintes, une base de données gagnera indubitablement à protéger en confidentialité ses informations, si tant est que cela soit aujourd'hui possible.

§ 2 : Registre d'immatriculation des SFTM

288. Registres et bases de données. Dans le développement qui suit, on retient l'expression de « registre » en suivant la définition concordante donnée par différentes sources, à savoir : « un livre dans lequel sont consignées des informations dont on veut garder le souvenir. Ces informations ont potentiellement un caractère administratif⁶³³ ». On note toutefois qu'avec les progrès modernes le support « livre » n'est plus indispensable, le registre peut moyennant une gestion rigoureuse être conservé sur un

⁶³³ Registre : différentes définitions :

- Livre où l'on inscrit les faits, les choses dont on veut garder le souvenir. (Larousse)
- Un livre dans lequel sont inscrites des informations administratives. (Wikipédia)
- Livre où l'on inscrit les faits, les choses dont on veut garder le souvenir. (Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales)

support informatisé.

Un registre et une base de données correspondent à deux notions différentes. La différence principale concerne justement l'idée de mettre ou non à disposition les informations qu'elles contiennent. Une base de données n'est en théorie qu'une collection systématique d'informations, il n'est pas formellement besoin d'ouvrir les résultats au public, son utilisation peut être publique ou privée, aucun droit légal n'est accordé au fournisseur de ces informations du simple fait qu'il ait mis des informations dans la base de données. Toutefois la disposition et la collection des informations peuvent être protégées par le droit d'auteur⁶³⁴. À l'inverse un registre n'a pas seulement pour dessein d'offrir une liste ou une base de données à ses utilisateurs. Sa création peut avoir pour but d'obtenir des droits légaux sur les informations qu'il contient⁶³⁵. Dans nos exemples, le registre est un enregistrement ou une déclaration qui signifie la propriété des droits au public, et bien qu'il ne soit pas nécessaire d'accorder un droit au registre lui-même, le public sera informé de l'existence de ces droits par le registre lui-même⁶³⁶. Ainsi le système du registre assure la confirmation du droit pertinent. Cette caractéristique n'est pas à la portée d'une simple base de données⁶³⁷. Il existe toutefois deux types de registres bien distincts, le registre déclaratif et le registre créatif.

A) Le registre déclaratif

289. Le registre déclaratif. Le registre déclaratif se rapporte à la transcription de connaissances traditionnelles déjà admises en droits par ce système. Le droit est existant, il peut être ancestral, coutumier, ou moral. Il n'est pas créé par les autorités au moment de la déclaration, autrement dit les connaissances traditionnelles ne sont pas

⁶³⁴ United Nations University, Institute of Advanced Studies, UNU-IAS Report, The Role of Registers and Databases in the Protection of Traditional Knowledge, p12.
http://www.ias.unu.edu/binaries/UNUIAS_TKRegistersReport.pdf.

⁶³⁵ United Nations University, Institute of Advanced Studies, UNU-IAS Report, The Role of Registers and Databases in the Protection of Traditional Knowledge, p11.
http://www.ias.unu.edu/binaries/UNUIAS_TKRegistersReport.pdf.

⁶³⁶ United Nations University, Institute of Advanced Studies, UNU-IAS Report, The Role of Registers and Databases in the Protection of Traditional Knowledge, p12.
http://www.ias.unu.edu/binaries/UNUIAS_TKRegistersReport.pdf.

⁶³⁷ The Role of Registers and Databases in the Protection of Traditional Knowledge, A Comparative Analysis, at 12, UNU-LAS Report (2004)

généérées en raison de leur intégration dans ce système du registre déclaratif. C'est pourquoi le système du registre déclaratif est considéré comme une confirmation du droit existant appliqué à un savoir-faire traditionnel. Ce droit existant peut suivre des règles coutumières des nations autochtones ou des communautés traditionnelles concernées. Toutefois, bien que le système du registre déclaratif ne modifie pas les droits existants, il aide les autorités en charge de la vérification des brevets dans leurs actions de contrôle⁶³⁸.

À titre d'exemple la Loi péruvienne n°27811 du 24 juillet 2002 établissant le Régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques⁶³⁹, que le Pérou a mise en œuvre en 2002, adopte le principe d'un registre déclaratif pour protéger ses connaissances traditionnelles. Cette loi déclare que les connaissances collectives des nations autochtones font partie de leur patrimoine culturel. Cette loi pose le principe que les autorités du pays ont la responsabilité de protéger les droits des connaissances traditionnelles des nations autochtones. Elle admet également que ces mêmes autorités ont le droit de partager les intérêts issus des connaissances traditionnelles qui sont déjà entrées dans le domaine public. De plus, cette loi exige de disposer du consentement préalable en connaissance de cause des peuples autochtones fournisseurs avant d'utiliser les connaissances traditionnelles qui ne sont pas intégrées dans le domaine public. Plus important, elle confirme que les connaissances traditionnelles sont une partie intégrante de la propriété culturelle du pays, et qu'alors ce dernier assume la responsabilité de respecter les droits coutumiers et conventions sur la gestion des connaissances traditionnelles⁶⁴⁰. Bien que le Pérou adopte également un système d'immatriculation des connaissances autochtones, la loi n°27811 du 24 juillet 2002 déclare clairement que cette immatriculation n'influencera pas l'existence du droit. Le but de cette immatriculation est de sauvegarder et de protéger les connaissances, mais pas de décider de l'existence de droits spécifiques des

⁶³⁸ The Role of Register and Database in the Protection of Traditional Knowledge, note 2, at 32.

⁶³⁹ <http://www.wipo.int/wipolex/fr/profile.jsp?code=PE>

⁶⁴⁰ United Nations University, Institute of Advanced Studies, UNU-IAS Report, The Role of Registers and Databases in the Protection of Traditional Knowledge, p 32.
http://www.ias.unu.edu/binaries/UNUIAS_TKRegistersReport.pdf.

habitants autochtones, qui peuvent eux-mêmes décider d'enregistrer ou non leurs connaissances traditionnelles⁶⁴¹.

B) Registre créatif

290. Le registre créatif. Le principe du registre créatif est d'accorder un droit au détenteur de connaissances traditionnelles, comme par exemple des droits de propriété exclusifs. De plus, il est publiquement décrété que des droits sur ces connaissances traditionnelles existent de par leur enregistrement sur le registre, ce qui entérine que les intérêts du détenteur des connaissances traditionnelles sont alors protégés. La plupart des registres créatifs sont considérés comme des biens publics. Ce sont donc souvent des autorités administratives qui ont la responsabilité de les gérer et d'établir clairement des mesures effectives pour l'enregistrement des connaissances traditionnelles dans le respect de la législation en vigueur⁶⁴².

Les registres créatifs enregistrent l'octroi de droits (à savoir des droits de propriété exclusive) au détenteur des savoirs traditionnels comme un moyen de protéger et de reconnaître leurs intérêts moraux, économiques et juridiques. La plupart des modèles de registres créatifs sont donc conçus comme s'ils étaient de nature publique, gérés par une entité nationale et en vertu d'une loi ou d'un règlement qui détermine clairement comment l'enregistrement valide des savoirs traditionnels peut avoir lieu et être officiellement reconnu et accepté. Dès lors ces registres créatifs sont gérés par des autorités nationales qui doivent alors établir un système précis permettant de valider l'enregistrement des savoirs traditionnels.

Dans cette vision, la loi panaméenne n° 20 du 26 juin 2000⁶⁴³ sur le régime spécial de propriété intellectuelle relatif aux droits collectifs des peuples indigènes pour la protection et la défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels vise à instaurer un système de registre créatif. Les droits collectifs de propriété intellectuelle des communautés autochtones sont normalisés, il appartient au congrès général ou aux

⁶⁴¹ Article 15 et 16(a) de la loi n°27811 du 24 juillet 2002.

⁶⁴² The Role of Register and Database in the Protection of Traditional Knowledge, art. 32, UNU-LAS Report (2004).

⁶⁴³ WIPO, Panama: Industrial Property & Copyright (Traditional Knowledge), Law, 26/06/2000, No. 20, <http://www.wipo.int/wipolex/fr/profile.jsp?code=PA>

autorités traditionnelles régionales de s'occuper des demandes d'enregistrement en tant que représentant des communautés autochtones, une ou plusieurs de ces communautés autochtones pouvant être détentrices de droit via l'enregistrement collectif. Aux fins d'approbation et d'enregistrement effectif, la demande d'enregistrement de ces droits collectifs doit ainsi être déposée par ces congrès généraux ou par les autorités traditionnelles autochtones, et selon le cas, soit auprès de la Direction Générale de l'Enregistrement de la Propriété Industrielle dénommée ci-après DIGERPI et rattachée au Ministère du commerce et de l'industrie, soit auprès de la Direction nationale du droit d'auteur du Ministère de l'éducation. Suivant le cas il convient ainsi de s'adresser à la DIGERPI ou au Bureau du droit d'auteur affilié au Ministère des établissements d'enregistrement pour obtenir le droit de vente exclusif des textiles de ces communautés⁶⁴⁴. Dès lors les droits d'usage et de commercialisation de l'art, des artisanats et d'autres expressions culturelles fondées sur la tradition des peuples autochtones sont régis par un règlement spécifique à chaque peuple autochtone, approuvés et enregistrés par la DIGERPI ou par la Direction nationale du droit d'auteur du Ministère de l'éducation. Cette loi panaméenne n° 20 interdit ainsi de reproduire industriellement, en tout ou en partie, les vêtements traditionnels et autres droits collectifs reconnus par la présente loi, à moins d'y avoir été autorisé par le Ministère du commerce et de l'industrie et sous réserve du consentement préalable exprès des congrès généraux et des conseils autochtones, et pour autant que cette activité ne soit pas contraire aux dispositions de cette présente loi.

⁶⁴⁴ Panama Loi n° 20 du 26 juin 2000

art. 7 : Il est créé au sein de la DIGERPI le Département des droits collectifs et des expressions folkloriques, chargé notamment de l'enregistrement des droits collectifs des peuples autochtones. Cet enregistrement doit être demandé par les congrès généraux ou les autorités traditionnelles autochtones en vue de protéger leurs vêtements, leurs arts, leur musique et tout autre droit traditionnel pouvant faire l'objet d'une protection. L'enregistrement des droits collectifs des peuples autochtones n'expire pas et n'est pas limité dans le temps ; la procédure auprès de la DIGERPI n'exige pas les services d'un avocat et n'est subordonnée à aucun paiement. Tout recours contre un enregistrement doit être notifié personnellement aux représentants des congrès généraux ou des autorités traditionnelles autochtones.

art. 8 : S'appliquent au présent régime les dispositions sur les marques collectives et sur les marques de garantie figurant dans la loi n° 35 de 1996 dans la mesure où elles ne portent pas atteinte aux droits reconnus dans la présente loi.

art. 9. La DIGERPI est chargée de créer le poste d'examineur des droits collectifs autochtones aux fins de protection de la propriété intellectuelle et d'autres droits traditionnels des peuples autochtones. Ce fonctionnaire aura pour tâche d'examiner toutes les demandes déposées auprès de la DIGERPI en relation avec les droits collectifs des peuples autochtones afin que l'enregistrement de ceux-ci soit conforme à la présente loi.

C) CONTROVERSES ET DISCUSSIONS

291. Les limites de la loi. Cependant cette orientation juridique présente un écueil source d'une controverse qui reste d'actualité. En effet dans son esprit la législation apportée autour de ce système a pour but de renforcer les droits existants des nations autochtones, et de responsabiliser les autorités nationales qui ont désormais le devoir de protéger le droit des connaissances traditionnelles quand bien même elles ne seraient pas enregistrées. De fait, en pratique, certains autochtones ne prennent même pas la peine de les enregistrer.

De plus, ce registre créatif doit faire face à de grandes difficultés, à des défis latents à relever, et requière des réponses à certaines questions bien spécifiques. Par exemple, qui dispose du droit d'enregistrer juridiquement des connaissances traditionnelles ? Est-ce les chefs ou représentants des communautés autochtones, ou bien les sorciers guérisseurs ou thérapeutes ? Et cette représentation relève-t-elle d'un niveau national, régional ou local ? Que faudrait-il entendre par niveau local ? Généralement, les réponses dépendent des lois coutumières, des conventions, de la situation réelle des peuples autochtones et des communautés traditionnelles, et des structures de gestion en vigueur. Elles s'adaptent habituellement à des règles et pratiques coutumières pertinentes et/ou à la structure organisationnelle présente des peuples autochtones et des communautés traditionnelles. C'est pourquoi dans ce cadre, les droits nationaux et internationaux doivent disposer d'une certaine souplesse leur permettant de maintenir une relation avec le droit coutumier.

Mais il existe un autre problème important qui va à l'encontre des intérêts des nations autochtones. En effet certaines partagent ensemble entre elles des connaissances traditionnelles. Or le principe de cette doctrine d'inscription adoptée par le système général de la propriété intellectuelle : un droit exclusif délivré au premier inscrit, n'est pas adapté à cette situation. Lorsqu'un droit est accordé à un groupe autochtone, les autres nations autochtones sont potentiellement dépouillées de ce droit relatif à leurs connaissances traditionnelles.

Pour résoudre ce problème, il faut donc admettre que des connaissances traditionnelles peuvent être partagées et collectives, mais cela implique de devoir gérer les différences entre les groupes, et de prévoir la gestion des tensions inévitables entre les groupes les

plus avancés et modernes et les communautés plus traditionnelles, voire isolées du monde⁶⁴⁵.

292. La conservation du secret. En marge des systèmes de déclaration sur registres, qu'ils soient déclaratifs ou créatifs, se pose la question de la possibilité de déclarer les connaissances traditionnelles sur plusieurs registres. Ainsi certains spécialistes pensent qu'il est nécessaire de prévoir les modes d'enregistrement des connaissances traditionnelles suivant leur niveau d'utilisation fonctionnelle. Ils suggèrent par exemple de conserver sur des registres locaux les connaissances traditionnelles relatives à certaines informations de valeur culturelle, ou qui concernent les cérémonies et les célébrations, ou qui sont entourées d'une part de mystère ou de sainteté. Il s'agirait d'une conservation sur des registres qui seraient attachés à leur communauté traditionnelle. En plus d'un enregistrement écrit, ces informations peuvent être mémorisées sous forme de bandes sonores et de vidéos, de photos ou sur CD. Sur les registres nationaux, seuls les aspects techniques des savoirs traditionnels devraient être enregistrés. Ainsi les communautés pourront en conserver et contrôler eux-mêmes les autres aspects⁶⁴⁶. Mais si l'on est amené à séparer artificiellement les connaissances traditionnelles selon d'une part leurs valeurs culturelles et d'autre part leurs fonctions techniques, et qu'on les enregistre à des endroits et des échelles différentes, on porte atteinte à l'intégrité de ces connaissances traditionnelles, ce qui peut être préjudiciable à leur protection ou à leur développement. Aussi les mesures que le Pérou a prises sont plus attentives à cet aspect. Suivant les dispositions de la loi n°27811 du 24 juillet 2002, le Pérou adopte un système d'enregistrement classifié distinguant les connaissances traditionnelles relevant du domaine public de celles qui sont encore confidentielles. Le Registre national public des connaissances collectives et le Registre national confidentiel des connaissances collectives sont sous la responsabilité de l'INDECOPI⁶⁴⁷. L'INDECOPI enregistre les connaissances collectives qui sont du

⁶⁴⁵ United Nations University, Institute of Advanced Studies, UNU-IAS Report, The Role of Registers and Databases in the Protection of Traditional Knowledge, p 32. note 2, at 33.
http://www.ias.unu.edu/binaries/UNUIAS_TKRegistersReport.pdf.

⁶⁴⁶ ZHOU Xinyi, *La protection sui generis des savoirs traditionnels*, dans ZHENG Chengsi (éds.), *Une série de la propriété intellectuelle*, Tome 13, Éditions Fang Zheng en Chine, 2006, p.298.

⁶⁴⁷ Loi n°27811 du 24 juillet 2002 de Pérou, article 15, [...] The Public National Register of Collective Knowledge of Indigenous Peoples and the Confidential National Register of Collective Knowledge of Indigenous Peoples shall be under the responsibility of INDECOPI.

domaine public dans le Registre national public⁶⁴⁸ et retourne ce registre national public comme l'état de la technique aux administrations en charge des brevets dans le monde entier pour qu'en soit vérifiée la nouveauté et l'activité inventive. L'INDECOPI enregistre les connaissances collectives qui sont encore confidentielles dans le Registre national confidentiel qui ne peut être consulté par des tiers⁶⁴⁹. L'INDECOPI est donc en charge de l'enregistrement des connaissances collectives publiques et secrètes des nations autochtones à l'intérieur du pays. Elle répercute les informations enregistrées comme relevant de l'état de la technique existante dans la base de données accessible aux administrations en charge des brevets, dans le monde entier, pour qu'en soit vérifiée la nouveauté et la créativité. Elle coordonne la relation entre cette publication et la confidentialité du reste des informations, la première étant disponible au public, les informations confidentielles n'étant pas consultables sauf dispositions juridique spécifiques⁶⁵⁰.

Ainsi donc l'enregistrement des connaissances traditionnelles vise à sauvegarder ou promouvoir les connaissances traditionnelles ou les intérêts de leurs détenteurs, mais risque parfois d'aboutir à l'inverse en lésant les intérêts des communautés locales et autochtones. Les connaissances traditionnelles qui ont déjà intégré le domaine public pourront être reconnues comme faisant partie de l'état de la technique lors du traitement des demandes de brevets. Mais en sortant de leur contexte secret, les connaissances traditionnelles prennent le risque d'être piratées ou victimes de dépôts abusifs de brevets. En effet, incorporer les connaissances gardées secrètes dans des bases de données, c'est prendre le risque d'aggraver leur exploitation illicite. Et pourtant, ces registres ou bases de données en intégrant l'état de la technique permettent à ces connaissances traditionnelles d'être prises en considération au cours du traitement des demandes de brevets, afin d'éviter que des droits sur leurs existence ne soient accordés de façon inappropriée. Toutefois, il est possible également de réfléchir sur un système de protection des connaissances traditionnelles qui conserverait une part de son secret, y compris au moyen de registres mais cette fois-ci fermés.

⁶⁴⁸ Loi n°27811 du 24 juillet 2002 de Pérou, article 17, [...] INDECOPI shall register the collective knowledge that is in the public domain in the Public National Register of Collective Knowledge of Indigenous Peoples.

⁶⁴⁹ Loi n°27811 du 24 juillet 2002 de Pérou, article 18, The Confidential National Register of Collective Knowledge of Indigenous Peoples may not be consulted by third parties.

⁶⁵⁰ Voir les articles 12-18 de la loi n°27811 du 24 juillet 2002, Pérou.

En conséquence, le problème majeur est de fournir une protection efficace à la fois pour les connaissances traditionnelles qui ont déjà intégré le domaine public et pour celles qui sont restées secrètes. Dès lors se posera la question de l'enregistrement des SFTM sur des bases et des registres différents suivant le caractère secret ou non.

293. Afin d'intégrer pleinement ou secrètement les SFTM dans l'état de la technique, bases de données et registres sont des protections défensives utiles pour leur assurer une forme de protection. Il en est une autre que le droit international serait en mesure de poursuivre le développement et qui concerne la divulgation d'origine lors de la procédure de demande de brevet.

SECTION 2 : DIVULGATION DE L'ORIGINE

294. La contrainte dite de divulgation de l'origine est aussi un mode de protection défensive des connaissances traditionnelles. Celui-ci vise à obtenir la divulgation de l'origine des connaissances traditionnelles au cours de la demande d'obtention des brevets lorsque l'invention est issue ou composé de ces connaissances traditionnelles⁶⁵¹. Ainsi les demandes de réservation de droits en matière de propriété intellectuelle dont l'origine provient de connaissances traditionnelles ou de la recherche sur des connaissances traditionnelles devraient clairement exprimer l'origine de ces connaissances, voire apporter les preuves au moment de la déclaration que l'utilisation de ces connaissances a obtenu le consentement préalable en connaissance de cause de la part du pays d'origine ou du détenteur de ces connaissances⁶⁵². De cette expression d'une volonté relativement claire émanent pourtant de nombreuses controverses qui seront abordées dans un premier temps, avant de présenter une analyse des facteurs essentiels susceptibles de justifier une obligation de divulgation d'origine.

295. **Divulgence d'origine : concept général.** L'obligation de divulguer offre un moyen de disposer de l'origine de la source de ces connaissances traditionnelles. Elle permet d'évaluer si les requérants des brevets vont utiliser les ressources génétiques ou des connaissances traditionnelles connexes des communautés locales ou de la population autochtone pour procéder au développement commercial de leur invention⁶⁵³. S'il est possible que les administrations en charge des brevets n'accordent pas toujours l'importance requise à la divulgation de l'origine des ressources génétiques utilisées, tel n'est pas le cas pour les pays et les communautés qui offrent ces ressources génétiques. En effet cette divulgation est susceptible de leur apporter des revenus

⁶⁵¹ YAN Yonghe, *The Success and Weakness of the International Protection System to the Present GR and TK-On the prior informed consent system of CBD and the farmer's rights system of FAO*, Journal of Guizhou University (Social Sciences), Mai 2006, Vol.24, n°3, p.33.

⁶⁵² Commission on Intellectual Property Rights, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, Report of the Commission on Intellectual Property Rights, Chapter 1, p 79, http://www.iprcommission.org/papers/word/final_report/reportwordfinal.doc

⁶⁵³ KRUMENACHER Thomas J., *Protection for Indigenous Peoples and their Traditional Knowledge: Would a Registry System Reduce the Misappropriation of Traditional Knowledge?* Vol.8, Issue 1, Marquette Intellectual Property Law Review, 2004, p.143-159.

commerciaux futurs par les titulaires des brevets et un partage des intérêts sur l'exploitation de leurs ressources génétiques.

296. Ainsi l'obligation de divulgation d'origine est un outil juridique de protection en faveur d'une communauté locale ou autochtone qui dispose d'un savoir-faire, contre une invention en demande d'un brevet ou déjà déposée qui serait très similaire avec ce savoir-faire. Si lors de la demande de brevet il manque le consentement préalable en connaissance de cause des entités concernées ou si les demandeurs produisent de fausses informations, les droits attachés à ce brevet pourront ne pas être accordés ou être invalidés. C'est pourquoi l'obligation de divulgation de l'origine favorise l'obtention du consentement préalable en connaissance de cause. Elle est susceptible de limiter la biopiraterie, et doit permettre que les avantages issus de ressources génétiques locales soient partagés équitablement.

§ 1 : Législations existantes et controverses autour de la divulgation d'origine

297. Un panorama des législations actuelles autour de la divulgation d'origine permet de comprendre les nombreuses controverses qu'elle suscite.

A) Législations actuelles

298. Vision générale à l'échelle internationale. En 1997, l'Inde sera le premier pays à proposer le principe d'une demande de la divulgation d'origine. Pour ce faire le représentant de l'Inde a soulevé deux incohérences majeures entre l'ADPIC⁶⁵⁴ et la CDB au Comité du commerce et de l'environnement de l'OMC : premièrement, l'ADPIC n'exige pas que soit divulgué la source des connaissances traditionnelles ou des ressources utilisées au cours de la procédure d'analyse des demandes de brevets.

⁶⁵⁴ ADPIC : Accord sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce. En anglais : Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPS.

Ensuite, l'ADPIC n'exige pas de consentement préalable en connaissance de cause du détenteur des connaissances traditionnelles ou du pays d'origine pour accorder le brevet⁶⁵⁵. En 1999, lors de l'élaboration et de la négociation du *Traité sur le droit des brevets (PLT)*, qui sera adopté en 2000 et entrera en vigueur en avril 2005, de nombreux pays en développement dont la Colombie portent le débat sur l'adoption d'une proposition basée sur la *Convention sur la diversité biologique (CDB)*. Cette proposition fait l'objet de discussions animées mais sera finalement rejetée par les pays développés au motif qu'elle génère une charge administrative trop importante. Depuis lors il n'a toujours pas été adopté de système juridique contraignant au plan international allant dans le sens de la divulgation d'origine⁶⁵⁶. Toutefois, bien qu'il n'y ait pas de consensus sur cette mesure entre les pays en voie de développement et les pays développés, certains d'entre eux ont déjà établi des règlements et des lois à l'échelle nationale. C'est ainsi que l'obligation de divulgation est une condition nécessaire pour la brevetabilité dans les États membres de la Communauté andine⁶⁵⁷, au Brésil⁶⁵⁸, au Costa Rica⁶⁵⁹ et en Inde⁶⁶⁰. Dans d'autres pays encore comme la Suède, la Norvège et le Danemark, si le défaut de divulgation n'influe pas sur le traitement des demandes de brevet ni sur la validité des droits résultant de ces brevets, la non-

⁶⁵⁵ LONGACRE Elizabeth, *Advancing Science While Protecting Developing Countries from Exploitation of Their Resources and Knowledge*, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal. Vol 13, Issue 3, 2003. p.992.

⁶⁵⁶ WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev, p.14.

⁶⁵⁷ La décision 486 de la Communauté andine sur le Régime commun concernant la propriété industrielle énonce également une obligation de divulgation. Elle prescrit la divulgation du contrat d'accès, du consentement préalable donné en connaissance de cause par les communautés autochtones et locales, et de l'acquisition du matériel conformément au droit national, au droit de la Communauté andine et au droit international. Un brevet peut être invalidé en cas de défaut de communication de la copie du contrat d'accès ou de la non obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause des communautés autochtones et locales pertinentes, dans le cas d'un brevet octroyé pour un produit ou un procédé issu des ressources génétiques ou des connaissances traditionnelles.

⁶⁵⁸ La mesure provisoire (Article 31 de la mesure provisoire n° 2.186-16 du 23 août 2001) requiert la divulgation de l'origine du matériel génétique et des savoirs traditionnels connexes comme condition à l'octroi des droits de propriété industrielle.

⁶⁵⁹ La loi sur la biodiversité (Loi costaricaine n° 7788 sur la biodiversité de 1998, articles 79 et 80.) requiert l'obtention d'un certificat d'origine et du consentement préalable donné en connaissance de cause avant d'accorder aux innovations recourant à des éléments constitutifs de la diversité biologique des droits de propriété intellectuelle.

⁶⁶⁰ La Loi sur les brevets de 1970 telle qu'amendé par la deuxième modification de la Loi sur les brevets (2002) : la divulgation de la source et de l'origine géographique du matériel biologique utilisé pour l'invention est exigée.

divulgaration pourra être considérée comme une infraction aux obligations et sera sanctionnable au titre du Code pénal⁶⁶¹.

1) LÉGISLATION DE L'UE ET DE SES PAYS MEMBRES

299. Législation à l'échelle européenne. La Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 06 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques⁶⁶² (ci-après dénommée Directive 98/44/CE) que l'Union européenne a publiée en 1998 est un document juridique destiné à cadrer la divulgation de l'origine des ressources génétiques. On notera que cette directive n'aborde pas le sujet du partage des avantages qui ne sera traité que par le Règlement européen n° 511/2014 et suivants. Les articles 26 et 27 de l'avant-propos de la Directive 98/44/CE distinguent les ressources génétiques humaines des ressources génétiques végétales et animales. Les considérants de la directive sont les suivants.

« - (26) Considérant que, si une invention porte sur une matière biologique d'origine humaine ou utilise une telle matière, dans le cadre du dépôt d'une demande de brevet, la personne sur laquelle le prélèvement est effectué doit avoir eu l'occasion d'exprimer son consentement éclairé et libre à celui-ci, conformément au droit national ;

- (27) 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. »

Concernant la protection juridique des inventions biotechnologiques, la Commission européenne a ensuite confirmé qu'il n'existe aucun article dans la directive 98/44 consacré à cette question. Toutefois, le considérant n° 27 de la directive, qui n'est pas contraignant juridiquement, précise 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

⁶⁶¹ UNEP/CBD/WG-ABS/5/4, paragraphe 72.

⁶⁶² Journal officiel de l'Union européenne, L 213/13, 30/07/1998.
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A31998L0044>

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. Il faut voir là un encouragement à l'indication de l'origine géographique du matériel biologique dans la demande de brevet, conformément à la disposition de l'article 16.5) de la Convention sur la diversité biologique. Toutefois, la fourniture de cette information n'est pas obligatoire selon la législation communautaire. En outre, l'omission de cette information n'a, en tant que telle, aucune conséquence juridique sur le traitement des demandes de brevet ou sur la validité des droits découlant des brevets délivrés⁶⁶³ ».

Cette directive adopte donc un système de divulgation basé sur le volontariat. Bien qu'elle absorbe l'idée de l'article 15 de la Convention sur la diversité biologique qui encourage la divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet, le fait de divulguer ou non n'a aucune incidence sur la délivrance du brevet, ni aucune incidence sur la nullité des brevets. La directive n'ayant pas créé d'obligation juridiquement contraignante, les pays européens n'ont pas tous légiféré sur cette question. Toutefois au sein de l'Union européenne, la Belgique, le Danemark, l'Allemagne et la Suède ont adopté une obligation de divulgation⁶⁶⁴.

La Belgique a modifié sa législation sur les brevets dans le but de contribuer à rendre transparente l'origine géographique de la source génétique à partir de laquelle les inventions sont directement fondées. La loi modifiée comprend une nouvelle obligation formelle selon laquelle « les demandes de brevets doivent inclure la source géographique du matériel végétal ou animal, si elle est connue, qui est à la base de l'élaboration de l'invention »⁶⁶⁵.

Le Danemark a révisé sa loi du Danemark sur les brevets par l'inclusion d'une disposition exigeant de la part des demandeurs de brevets de fournir des renseignements sur l'origine des ressources génétiques utilisées dans l'invention qui fait l'objet d'une demande de brevet. Aucune sanction n'est prévue dans le système de brevets en cas de non-respect, néanmoins le droit pénal prévoit des sanctions en cas de communication de

⁶⁶³ WIPO/GRTKF/IC/5/10, paragraphe 54.

⁶⁶⁴ UNEP/CBD/WG-ABS/5/4, paragraphe 66, p.21.

⁶⁶⁵ Communication soumise en préparation de la 4e réunion du Groupe spécial sur l'accès et le partage des avantages.

faux renseignements aux autorités publiques⁶⁶⁶.

La loi allemande sur les brevets du 16 décembre 1980, article 34 a), a été modifiée par la loi sur la mise en œuvre de la directive de l'Union européenne sur les inventions biotechnologiques, entrée en vigueur le 28 février 2005⁶⁶⁷.

En Suède, une nouvelle disposition sur la divulgation de l'origine du matériel biologique d'origine végétale ou animale dans les demandes de brevet est entrée en vigueur le 1er mai 2004, conformément à l'article 5 de la réglementation sur les brevets (SFS 2004 :162) découlant de la loi en Suède sur les brevets. L'article stipule qu'il faudra spécifier dans la déclaration lorsque l'origine est inconnue. Mais il est également indiqué que « le manque d'information sur l'origine géographique ou sur la connaissance du demandeur quant à son origine est sans préjudice du traitement de la demande de brevet ou de la validité des droits résultant du brevet délivré »⁶⁶⁸.

La Norvège a également adopté une obligation de divulgation : la loi norvégienne sur les brevets a été amendée en 2003. Les amendements ont pris effet le 1er février 2004. Un nouveau paragraphe 8 b) a été inclus pour traiter la divulgation de l'origine. Il précise que la demande de brevet doit inclure des renseignements sur le pays à partir duquel l'inventeur a collecté ou reçu le matériel biologique (le pays fournisseur). S'il suit de la législation nationale du pays fournisseur que l'accès au matériel biologique est subordonné au consentement préalable, le demandeur informera si ce consentement a ou non été obtenu. Si le pays fournisseur n'est pas le même que le pays d'origine du matériel biologique, l'application contiendra également des informations sur le pays d'origine. Par pays d'origine, il faut entendre le pays dans lequel le matériel a été collecté de sources in situ. S'il suit de la loi nationale du pays d'origine que l'accès au matériel biologique est subordonné au consentement préalable, la demande indiquera si ce consentement a été obtenu. Si les renseignements traités dans cette section ne sont pas connus, le demandeur le mentionnera dans la demande. Le non-respect de l'obligation de donner des renseignements fera l'objet d'une peine conformément à

⁶⁶⁶ Communication du Danemark figurant dans l'annexe de la communication de la Communauté européenne en vue de la 3e réunion du Groupe spécial sur l'accès et le partage des avantages.

⁶⁶⁷ Dr. Ana Maria Pacon, "Possible effects of a certificate on the Disclosure of Origin process in patent applications", in European Regional Meeting on an Internationally Recognised Certificate of Origin/Source/Legal Provenance, Report of an International Workshop hosted by the German Federal Agency for Nature Conservation, Isle of Vilm, Germany, 24-29 October 2006, p.55-65.

⁶⁶⁸ Communication de la Suède figurant dans l'annexe à la communication de la Communauté européenne en vue de la 3e réunion du Groupe de travail sur l'accès et le partage des avantages.

l'article 166 du Code pénal général. L'obligation de donner des renseignements est sans préjudice du traitement des demandes de brevet ou de la validité des brevets octroyés⁶⁶⁹. La France a répondu qu'en théorie, il n'est pas exclu que l'exigence de suffisance de description puisse contraindre un déposant à divulguer une des informations recensées dans la question 3.a) à f)⁶⁷⁰. Par exemple, préciser la composition ou la structure de la ressource génétique est indispensable pour que ce qui constitue l'objet breveté soit précisément décrit⁶⁷¹.

Le point de vue des États-Unis n'est pas favorable à l'obligation de divulgation d'origine⁶⁷². Les USA renvoient le problème à une simple recherche d'accord qui sera matérialisée sous forme de contrats entre les partenaires⁶⁷³, alors que la majorité des pays en développement comme la Chine, les pays membres de la Communauté andine, le Brésil, le Costa Rica et l'Inde⁶⁷⁴ considèrent la divulgation d'origine des ressources génétiques comme une condition afin d'obtenir un brevet. L'Union européenne et la plupart de ses pays membres ont adopté une position plus neutre et conservatrice. À l'heure actuelle ces derniers n'imposent pas qu'il soit divulgué l'origine des ressources génétiques lors de la demande du brevet. Par contre, ils mettent l'accent sur d'autres moyens de protection que le droit du brevet, telle que des directives politiques nationales, des initiatives de co-réglementation, l'autonomie des parties contractantes,

⁶⁶⁹ Contribution fournie par la Norvège pour les 4e et 5e réunions du groupe de travail sur l'accès et le partage des avantages.

⁶⁷⁰ WIPO/GRTKF/IC/Q.3, Annexe, p.6, Question 3 : Existe t il une disposition spécifique, d'ordre législatif ou réglementaire, déjà en vigueur dans votre pays ou prévue dans un texte législatif en cours d'élaboration, en vertu de laquelle le déposant d'une demande de brevet doit divulguer :

- a) des renseignements sur les ressources génétiques utilisées directement ou indirectement pour la mise au point de l'invention revendiquée ;
- b) l'origine géographique (notamment le pays d'origine) des ressources génétiques utilisées dans l'invention revendiquée ;
- c) une indication ou une preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause par ceux qui sont habilités à autoriser l'accès aux ressources génétiques utilisées pour la mise au point de l'invention revendiquée ;
- d) la nature ou la source des savoirs traditionnels connexes utilisés comme moyen d'isoler ou de distinguer les ressources génétiques utilisées dans l'invention revendiquée ;
- e) la nature ou la source des savoirs traditionnels connexes utilisés pour la mise au point de l'invention revendiquée ; et
- f) une indication ou une preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause par les détenteurs des savoirs traditionnels utilisés pour la mise au point de l'invention revendiquée ?

⁶⁷¹ WIPO/GRTKF/IC/5/10, Annexe I, page 26, paragraphe 61.

⁶⁷² CUI Guobin, *Réponse du droit des brevets face au principe du consentement préalable - l'obligation de divulgation des utilisateurs de biomatériaux*, Global Law Review, 2005, n°5, p.572.

⁶⁷³ STRAUS Joseph, KLUNKER Nina-Sophie, *Harmonisierung des internationalen Patentrechts*, GRUR Int. 2007, p.91 -104.

⁶⁷⁴ UNEP/CBD/WG-ABS/5/4, paragraphe 68-70, p.22-23.

dans le but de remplir les obligations de la Convention sur la diversité biologique et de protéger les ressources génétiques. En fait, l'Union européenne a toujours défendu l'idée qu'il faut attacher la même importance à la protection de l'environnement qu'au développement économique.

2) SITUATION ACTUELLE DE LA LÉGISLATION CHINOISE

300. Divulgence d'origine : compendium de la législation chinoise. Sur les bases de la révision de *la Loi sur les brevets* parue en fin 2008, la Chine a introduit une législation portant sur la protection des ressources génétiques et complété deux articles sur les ressources génétiques. Par ailleurs le *Règlement d'application de la loi sur les brevets*, révisé au début 2010, a précisé la notion de ressources génétiques et celle des inventions réalisées en s'appuyant sur des ressources génétiques, et a explicité le moyen de divulguer l'origine des ressources génétiques. Parallèlement les *Lignes directrices pour l'examen des brevets*, révisé aussi au début de l'année 2010, sont déployées conjointement avec le *Règlement d'application de la loi sur les brevets*. Ainsi, la *Loi sur les brevets* révisée en 2008 modifie l'article 5 alinéa 2 par : « [les brevets] Ne sont pas accordés pour les inventions réalisées en s'appuyant sur des ressources génétiques obtenues ou utilisées en violation des dispositions des lois et règlements administratifs »⁶⁷⁵. La loi ajoute un nouvel alinéa dans l'article 26 alinéa 5 : « En ce qui concerne une création d'invention réalisée en s'appuyant sur des ressources génétiques, le demandeur doit, dans les documents de demande de brevet, indiquer la source directe et originale des ressources génétiques. Si le demandeur ne peut pas indiquer la source originale, il doit en indiquer les motifs »⁶⁷⁶.

Après cette révision de *la Loi sur les brevets* en 2008, avec la volonté de pouvoir l'appliquer avec succès, la Chine modifie en 2010 le *Règlement d'application de la loi sur les brevets*. Dans ce Règlement apparaît un nouvel article, numéroté 26. Dans le

⁶⁷⁵ Article 5, [...] Patent rights shall not be granted for inventions that are accomplished by relying on genetic resources which are obtained or used in violation of the provisions of laws and administrative regulations.

⁶⁷⁶ Article 26, With regard to an invention-creation accomplished by relying on genetic resources, the applicant shall, in the patent application documents, indicate the direct and original source of the genetic resources. If the applicant cannot indicate the original source, he shall state the reasons.

premier alinéa de cet article sont apportées les précisions suivantes : « Les ressources génétiques visées dans la *Loi sur les brevets* concernent toute matière d'origine humaine, animale, végétale ou micro-organisme, contenant des unités fonctionnelles génétiques ayant une valeur réelle ou potentielle. L'invention-crédation accomplie en fonction des ressources génétiques signifie cette invention-crédation utilise pour son accomplissement la fonction génétique des ressources génétiques ». L'alinéa 2 apporte une disposition plus précise : « Lorsque le demandeur sollicite un brevet pour une telle création d'invention effectuée sur des ressources génétiques, il doit l'indiquer dans sa demande, remplir les formulaires prescrits et délivrés par le Département de l'administration des brevets sous le Conseil d'État »⁶⁷⁷. L'article 109 est également ajouté : « Lorsque la réalisation de la création-invention à laquelle se rapporte une demande internationale dépend de ressources génétiques, le demandeur doit l'indiquer dans sa déclaration écrite pour l'entrée de sa demande déposée à l'international pour l'entrée dans la phase nationale chinoise, remplir les formulaires prescrits et délivrés par le Département de l'administration des brevets sous le Conseil d'État »⁶⁷⁸. La révision de *la Loi sur les brevets* a donc permis d'y intégrer des dispositions relatives aux ressources génétiques, avec toutefois un esprit d'ouverture et d'initiative, et force les demandeurs à révéler les informations sur les ressources génétiques. Ainsi la Chine utilise *la Loi sur les brevets* comme barrière de filtrage aux brevets se rapportant aux savoir-faire, en posant des obstacles à lever tels que la révélation de l'origine des ressources génétiques comme une des conditions préalables à l'obtention du brevet, ce qui permet de faire respecter les codes juridiques et réglementaires sur ces ressources génétiques⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ Article 26 (Newly added) The genetic resources referred to in the Patent Law means any material taken from human, animal, plant or microorganism, containing genetically functioning units with actual or potential value; the invention-creation accomplished depending on the genetic resources means those invention-creation of which the accomplishment uses the genetic function of genetic resources. Where the applicant seeks to apply for patent for such invention-creation completed on genetic resources, he or it shall so state in the request, fill in prescribed forms issued by the Patent Administration Department under the State Council.

⁶⁷⁸ Article 109 (Newly added) Where the completion of the creation-invention to which an international application relates depends on genetic resources, the applicant shall make an indication in the written statement concerning entry of the international application into the Chinese National Phase, fill in the table as prescribed by the Patent Department under the State Council.

⁶⁷⁹ ZHANG Qingkui et al., *Recherche sur la divulgation de l'origine des ressources génétiques*, Revue droit des brevets, 2007, p.476.

B) L'obligation de divulguer l'origine est-elle contraire à l'ADPIC ?

301. Divulgence d'origine et ADPIC. Dans le système général des droits de propriété intellectuelle répondant à la convention de l'ADPIC, le demandeur n'est pas obligé de révéler les informations relatives aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels, même lorsqu'elles constituent la base même de l'invention à breveter. En effet selon l'ADPIC elles ne constituent pas une condition substantielle pour obtenir un brevet. Dès lors l'obligation de divulgation demandée par CDB est-elle en contradiction avec la convention ADPIC ?

Certains pensent que cette obligation basée sur le devoir du demandeur de brevet est effectivement en contradiction et ne s'accorde pas avec les dispositions de l'ADPIC⁶⁸⁰. Ils s'appuient sur trois arguments pour étayer leur conclusion :

Premièrement, selon l'article 27 (1) de la convention ADPIC, l'obtention d'un brevet pour une invention est assujetti aux conditions qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'une application industrielle. Parmi ces trois conditions ne figure pas de demande relative à l'obligation de divulgation d'origine. Autrement dit, dès qu'une invention répond à ces trois conditions, elle est brevetable⁶⁸¹.

Deuxièmement, d'après l'article 29 de l'ADPIC, le déposant d'une demande de brevet doit divulguer l'invention d'une manière suffisamment claire et complète pour qu'une personne du métier puisse l'exécuter. Par conséquent, l'exigence de divulgation d'origine n'est manifestement pas nécessaire à cet effet.

302. Les ouvertures de l'ADPIC. Si les pays membres de l'OMS peuvent ajouter des conditions complémentaires pour l'attribution des brevets, ces conditions

⁶⁸⁰ CURCI Jonathan, *The Protection of Biodiversity and Traditional Knowledge in International Law of Intellectual Property*, Cambridge University Press, 2010, p.113.

⁶⁸¹ DE CARVALHO Nuno Pires, *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 & Policy, Vol.2 , 2000, p.371.

Opinion similaire : MCMANIS Charles R., *Intellectual Property, Genetic Resources and Traditional Knowledge Protection: Thinking Globally Acting Locally*, Cardozo Journal of International and Comparative Law, Vol. 11(2); 2003, p.547 - 583.

=> Les auteurs précisent qu'il existe un conflit entre l'obligation de divulgation d'origine et l'article 27(1) de l'ADPIC.

doivent en vertu de l'article 62 de l'ADPIC, s'accorder avec les autres articles de l'ADPIC. Dès lors si la contrainte de divulgation d'origine devient une condition obligatoire pour l'obtention d'un brevet, elle entre en contradiction avec cet article 62 et imposerait de modifier l'ADPIC en conséquence, ce qui n'est pas envisageable à brève échéance.

Sur ce point il est toutefois possible d'apporter un éclairage plus mesuré. En effet l'ADPIC apporte lui-même de nombreuses restrictions à la délivrance d'un brevet qui pourraient s'appliquer dans le cas présent. Les alinéas 2 et 3 de l'article 27 créent des exceptions à l'alinéa 1 du même article : *« Les Membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation ».*

Les Membres pourront aussi exclure de la brevetabilité :

- a) les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes ou des animaux ;
- b) 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 microbiologiques. Toutefois, les Membres prévoiront la protection des variétés végétales par des brevets, par un système sui generis efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens. Les dispositions du présent alinéa seront réexaminées quatre ans après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC.

Sont donc parmi les valeurs qui justifient l'exclusion à la brevetabilité l'ordre public, la moralité, la protection de la santé, de la vie des personnes et des animaux, la préservation des végétaux, de l'environnement, mais aussi de la microbiologie. Apparaissent ainsi dans cette liste des ingrédients de base du savoir-faire traditionnel, liste qui ouvre une fenêtre de protection possible sur la base de l'ADPIC.

Un autre exemple, l'article 29 de l'ADPIC impose au demandeur de brevets une obligation de divulgation suffisamment claire et complète pour qu'une personne du métier puisse l'exécuter. Il s'agit bien d'une 4^{ème} condition, tout aussi importante que les trois autres, qui permet d'affirmer que les trois premières conditions imposées dans l'article 27 alinéa 1 ne sont pas les seules conditions suffisantes pour obtenir une délivrance de brevet. Et que donc le droit des brevets peut tout à fait imposer d'autres

conditions que ces trois premières pour définir le caractère de brevetabilité d'une invention.

Par ailleurs, cet argument de prépondérance exclusive dans l'application de l'article 27 n'est pas en concordance avec les pratiques législatives relatives aux brevets de chaque pays que ce soit avant ou après la conclusion de l'ADPIC. Ainsi les États-Unis eux-mêmes ont su conserver des lois susceptibles de renier ou d'empêcher la validité d'un brevet. C'est en tout cas ce que défendent Donald S. CHISUM et Michael A. JACOB dans leur ouvrage qui cite des cas d'escroquerie perpétrés par le bureau américain des brevets⁶⁸², et DRATLER Jay qui aborde l'analyse d'abus de droit en matière de brevets⁶⁸³. Étonnamment ces comportements seront pourtant épargnés des critiques par les autres pays, mais ils prouvent une fois encore que l'aspect brevetable d'une invention peut échapper à la pure application de l'alinéa 1 de l'article 27 de l'ADPIC. Enfin, l'objectif de l'ADPIC est de contribuer à la promotion de l'innovation technologique, au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques, et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à en assurer un équilibre de droits et d'obligations⁶⁸⁴. L'objectif principal de l'ADPIC n'est donc pas uniquement de protéger l'intérêt du titulaire des brevets lui-même, mais bien de maintenir un équilibre entre les intérêts du titulaire et ceux du public. Or l'obligation de divulguer l'origine des ressources génétiques prévue par le droit des brevets permet de maintenir un équilibre d'intérêt entre le titulaire des brevets et le fournisseur des ressources génétiques et des savoir traditionnels. Dès lors cette obligation progresse effectivement dans le sens des objectifs de l'ADPIC et ne serait donc pas en cela contraire à ses dispositions.

Sur un autre point de vue il est important de prendre conscience que de plus en plus de recherches s'orientent sur des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles, en marge des recherches en chimie et en réponse aux limites de celles-ci. Dès lors un système législatif de propriété intellectuelle qui ne serait orientée que sur

⁶⁸² 37 C. F. R. (Code of Federal Regulations Patents, Trademarks, and Copyrights) §1. 56 Duty to disclose information material to patentabilit. Voir Donald S. Chisum and Michael A. Jacob, *Understanding intellectual property law*, Edité par M. Bender, New York, NY, 1992. Voir aussi Donald S. Chisum, Michael A. Jacobs, *Understanding Intellectual Property Law*, Matthew Bender, 1992, § 2D [2].

⁶⁸³ DRATLER Jay (auteur), WANG Chunyan (traducteur), *Licence du droit de la propriété intellectuelle*, Tsinghua University Press, 2003, p.471 et suivantes.

⁶⁸⁴ Article 7 de l'ADPIC.

la protection de la créativité et qui négligerait voire ignorerait l'origine de ces informations serait indubitablement très critiquable⁶⁸⁵.

303. Un ADPIC plus flexible. Aussi de moins de moins de voix des pays membres s'élèvent à présent pour s'opposer à de telles évolutions du droit des brevets sur la simple base d'une dénonciation de violation de l'ADPIC, même si par le passé ce fut effectivement le cas du gouvernement des États-Unis qui a souligné que l'obligation de divulguer l'origine était une nouvelle obligation imposée aux demandeurs, que cette obligation violait les principes de l'ADPIC et constituait une discrimination dans les domaines de la technologie⁶⁸⁶. De nos jours toutefois le gouvernement des États-Unis ne tient plus une telle position dans ses rapports. Et plus récemment, lors du projet d'études techniques de l'OMPI, à la question de la Conférence des Parties à la *Convention sur la diversité biologique* (CDB), l'OMPI répond en citant les dispositions pertinentes de l'ADPIC, mais sans indiquer que la divulgation de l'information concernant les ressources génétiques et les savoirs traditionnels soit une violation⁶⁸⁷. Ainsi donc sur ces législations nationales de l'Inde et du Brésil qui ont prévu des dispositions relatives à la divulgation de l'origine depuis longtemps, les États-Unis qui étaient auparavant en désaccord affirmé ne les contestent plus désormais au motif de violation des principes de l'ADPIC.

304. Toutefois s'il est permis d'envisager l'obligation de divulgation d'origine en préalable à l'obtention d'un brevet, encore faut-il en préciser les contours.

⁶⁸⁵ WEERAWORAWIT W., *Formulating an international legal protection for genetic resources, traditional knowledge and folklore: Challenges for the intellectual property system*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 11(2), 2003, p.769-783.

⁶⁸⁶ IP/C/W/403, Paragraphe10.

⁶⁸⁷ OMPI, WO/GA/30/7 Add.1, projet d'étude technique sur les exigences relatives à la divulgation d'informations en rapport avec les ressources génétiques et les savoirs traditionnels, 15 août 2003.

§ 2 : Analyse des facteurs essentiels relatifs à l'obligation de divulgation d'origine

305. Pour inclure un dispositif de divulgation d'origine des ressources génétiques dans le droit des brevets, il est nécessaire au préalable d'apporter des réponses aux questions suivantes :

- Dans quelles conditions faut-il imposer une obligation de divulgation ?
- Que faut-il divulguer ?
- La nature de la divulgation sera-t-elle une condition de fond ou bien de forme ?
- Quelles doivent être les conséquences en cas de manquement du déclarant à l'obligation de divulgation ?

Ces quatre points sont abordés ci-après.

A) Quelles conditions imposent une obligation de divulgation des ressources génétiques ou des savoir-faire traditionnels ?

306. Pour apporter une ou des réponses à cette question il convient d'approcher l'analyse des relations d'indépendance d'une invention vis-à-vis de la ressource et de l'objet de dépendance de cette divulgation d'origine.

1) RELATION D'INDÉPENDANCE DE L'INVENTION VIS-À-VIS DE LA RESSOURCE

307. Pour évaluer si une révélation d'origine s'impose, il faut pouvoir considérer la relation existante entre l'invention et les ressources génétiques ou le savoir-faire qu'elle requière. Et pour l'examen de validité d'une invention, il est nécessaire de disposer de limites notamment vis-à-vis du devoir de divulgation d'origine, pour éviter de leur donner une importance sans bornes ou au contraire négligeable.

308. Divulgence imposée : sur la base des propositions de l'OMPI. L'OMPI s'est interrogé sur ces conditions dans lesquelles il convient le cas échéant de fonder des exigences en matière de divulgation, et sur la question de savoir quel rapport doit éventuellement exister entre l'objet du brevet et les ressources génétiques ou savoirs traditionnels pour que le déposant de la demande de brevet soit tenu de satisfaire à ces exigences⁶⁸⁸. Il est ainsi généralement admis qu'un rapport doit être établi entre les ressources génétiques ou les savoirs traditionnels concernés d'une part, et l'invention revendiquée d'autre part. De plus, il est utile de prendre en considération les exigences en matière de divulgation qui créent un lien entre les ressources génétiques ou les savoirs traditionnels et d'autres caractéristiques de l'invention telles que les modes de réalisation préférés ou les exemples particuliers cités dans la description de l'invention. Ces liens éventuels concernent notamment :

- l'accès nécessaire aux ressources génétiques pour réaliser ou reproduire l'invention revendiquée,
- l'accès nécessaire aux ressources génétiques pour mettre en œuvre le mode de réalisation préféré de l'invention ou un autre exemple donné dans la description du brevet,
- l'utilisation des savoirs traditionnels dans l'état de la technique connu par le déposant, ce qui présente un intérêt concernant le point de savoir si l'invention revendiquée est nouvelle et non évidente,
- l'utilisation directe dans la mise au point de l'invention, des savoirs traditionnels mis à disposition par un détenteur de ces savoirs traditionnels de sorte que le détenteur devient un co-inventeur potentiel.

Les quatre liens éventuels susmentionnés reposent sur les principes du droit des brevets actuel, de sorte que des règles bien établies peuvent être utilisées pour déterminer, au cas par cas, si une invention donnée fait l'objet d'exigences pertinentes en matière de divulgation, ce qui apporte un certain degré de précision et de cohérence dans leur application.

- l'utilisation, au cours de la recherche ayant abouti à l'invention, de ressources génétiques qui ont été fondamentales dans la mise au point de l'invention ;

⁶⁸⁸ WIPO/GRTKF/IC/5/10, Projet d'étude technique concernant les exigences relatives à la divulgation d'informations en rapport avec les ressources génétiques et les savoirs traditionnels, 2003, Annexe I, p.76-77, paragraphe 183.

- l'utilisation, au cours de la recherche ayant abouti à l'invention, de ressources génétiques qui n'ont joué qu'un rôle accessoire dans la mise au point de l'invention ;
Il est éventuellement possible de préciser ces liens en s'appuyant sur les principes du droit des brevets existant : par exemple, si l'accès à une ressource génétique est essentiel pour réaliser ou reproduire une invention, cela peut être considéré comme une contribution suffisamment importante à la réalisation de l'invention dans un premier temps.

Il peut être nécessaire de préciser comment une administration des brevets ou une autorité judiciaire doit interpréter et appliquer les obligations contractuelles et les autres obligations juridiques prescrites dans une autre juridiction.

En résumé, lorsqu'il existe une relation possible entre des ressources génétiques et l'invention, cette relation peut être très variable : prépondérante ou ponctuelle, directe ou indirecte⁶⁸⁹. La ressource génétique peut être l'invention elle-même, ou servir de base pour l'invention. Pour élaborer une stratégie sur la divulgation d'origine, il faut également prendre en considération son impact politique, la position qui serait la plus pertinente, ainsi que les avancées législatives de chaque pays.

En limitant l'obligation de divulgation à une relation directe entre l'invention et les ressources génétiques, son champ d'application est fortement réduit. C'est effectivement l'orientation prise par l'Union européenne et ses États membres. Dans les propositions de l'Union européenne et de ses États membres concernant la divulgation de l'origine ou de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés dans les demandes de brevet, ils ont proposé que l'invention doive être directement fondée sur des ressources génétiques données⁶⁹⁰.

À contrario, ce champ d'application augmente considérablement si le lien entre l'invention et les ressources génétiques est pris dans une mesure indirecte. Dans ce cas la prise en considération d'une dépendance indirecte de la ressource génétique avec l'invention génère un cadre plus élargi et augmente de fait le nombre de cas à déclarer.

⁶⁸⁹ ZHANG Qingkui et al., *Recherche sur la divulgation de l'origine des ressources génétiques*, Revue droit des brevets, 2007, p.491.

⁶⁹⁰ WIPO/GRTKF/IC/20/5, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Vingtième session, Genève, 14-22 février 2012Annexe, p.18. paragraphe 42.

309. Divulgation imposée : la position chinoise. La position de la Chine sur ce point est notable. En effet la *Loi sur les brevets* de la Chine stipule que lorsqu'une création d'invention réalisée en s'appuyant sur des ressources génétiques, le demandeur doit indiquer la source directe et originale des ressources génétiques⁶⁹¹. Mais quel est donc le cadre d'interdépendance retenu de ces ressources avec l'invention ?

Au cours des débats en vue de modifier la législation chinoise sur les brevets, les groupes de travaux représentatifs de l'Union européenne et de l'Office Européen du Brevet dédiés à ce projet, ont adopté une position stratégique commune sur la proposition d'évolution de la *Loi sur les brevets*. Sur le principe qu'il est souvent difficile de déterminer si l'invention dépend réellement de ressources génétiques, des règles trop draconiennes en faveur de la déclaration impérative et des droits correspondants seraient de nature à nuire aux champs de la technologie biologique, qui a pourtant un grand besoin de protection en matière de propriété industrielle. Sur ce principe ces entités ont dénoncé l'incertitude qui entoure la définition employant l'expression « en s'appuyant sur des ressources génétiques ». Or la *Loi sur les brevets* qui sera adoptée ne précisera pas l'importance d'interdépendance entre l'invention et les ressources génétiques. Néanmoins, le *Règlement d'application de la loi sur les brevets* précisera dans l'article 26 alinéa 1 que *l'invention-crétation développée sur la base de ressources génétiques signifie que cette invention-crétation est développée sur l'utilisation des fonctions héréditaires de ces ressources génétiques*. De même, l'article 3.2 du chapitre 1 de la 2ème partie des *Lignes directrices pour l'examen des brevets* précise que lorsque *l'invention-crétation est conçue se fondant sur les ressources génétiques visées par la loi sur les brevets signifie que l'invention-crétation est développée sur la base de l'utilisation de la fonction héréditaire des ressources génétiques*. [...]. Dans les dispositions mentionnées ci-dessus, la fonction héréditaire correspond à la possibilité donnée à des êtres-vivants de transmettre des caractères de génération en génération par la reproduction ou par eux-mêmes. En ce qui concerne l'invention-crétation, à l'aide de la fonction héréditaire des ressources génétiques se réfère, par exemple, à l'isolement, l'analyse et / ou le traitement des unités fonctionnelles de l'hérédité pour développer l'invention-crétation et pour valoriser ces

⁶⁹¹ *Loi sur les brevets*, article 26, alinéa 5.

*ressources génétiques*⁶⁹². Pourtant, même si ces dispositions ont fait l'objet de nombreuses explications, les conditions d'interdépendance entre les ressources génétiques et les inventions conduisant à la nécessité de divulguer ces ressources génétiques sont restées obscures. Dans ce contexte le législateur va également adopter une réponse ambiguë : il est plus aisé de convenir d'un seuil de dépendance en fonction de la situation réelle, ce qui permet de traiter ce sujet en pratique avec une plus grande souplesse et flexibilité⁶⁹³.

310. Divulgence imposée : les liens indirects. Faut-il se restreindre à ne considérer que les liens de dépendance directe entre ressources et invention, en évincer ceux qui seraient indirects ? Même les spécialistes en la matière n'ont pas apporté de réponse consensuelle et homogène à cette question. Toutefois dans le contexte présent et suivant les réflexions actuelles, la solution qui pourrait sembler la plus pertinente serait celle qui restreint la dépendance à une relation directe. Cette orientation par son existence présente l'avantage de permettre un équilibre des intérêts entre les inventeurs et les peuples autochtones, mais elle permet également de simplifier la standardisation de l'examen de l'invention. Autre avantage, Elle offre une possibilité de clarification et de simplification dans l'application de la procédure de divulgation d'origine, notamment pour les inventeurs. À noter qu'en 2017 la Chine n'a pas encore précisé ce niveau de dépendance, il en résulte des avis et des pratiques divergents lors de l'examen des brevets. Il est donc nécessaire de poursuivre la réflexion sur ce sujet dans le but à terme d'apporter des règles homogènes à cette question.

2) L'OBJET DE DÉPENDANCE DE LA DIVULGATION DE L'ORIGINE

311. Divulgence imposée : notion de ressource génétique. La *Loi sur les brevets* de la Chine précise que si une création d'invention est réalisée en s'appuyant sur

⁶⁹² 3.2 Inventions-Creations Excluded from Patent Protection under article 5.2
According to Rule 26.1. the genetic resources referred to in the Patent Law mean the material obtained from such as human body, animal, plant, or microorganism which contains functional units of heredity and is of actual or potential value. The invention-creation is developed relying on the genetic resources referred to in the Patent Law means that the invention-creation is developed relying on the use of the heredity function of the genetic resources.

With regard to an invention-creation, using the heredity function of the genetic resources refers to, for example, isolating, analyzing and/or processing the functional units of heredity to develop the invention-creation and to realize the value of the genetic resources.

⁶⁹³ ZHANG Qingkui et al., *Recherche sur la divulgation de l'origine des ressources génétiques*, Revue droit des brevets, 2007, p.477.

des ressources génétiques, le demandeur doit indiquer la provenance directe et l'origine de ces ressources génétiques⁶⁹⁴. Il faut donc dans un premier temps en éclaircir la notion.

Sur le plan terminologique, la Chine a directement adopté l'expression « ressources génétiques ». De son côté la *Directive 98/44/CE* de l'Union européenne n'a pas retenu cette terminologie mais lui a préféré l'expression « matériel biologique ». Les pays membres de l'Union européenne se sont donc également orientés sur ces termes lors de la transcription de cette directive en droit national dans leurs pays. Mais surtout, ni la Chine ni l'Union européenne n'a cité le terme savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques/matériels biologiques dans la *Loi sur les brevets* et dans la *Directive 98/44/CE*.

Sur le plan de la terminologie, le premier alinéa de l'article 26 du *Règlement d'application de la loi sur les brevets* de la Chine modifié en 2010 précise la définition des ressources génétiques : « les ressources génétiques mentionnées dans la loi sur les brevets, toute matière d'origine humaine, animale, végétale ou de micro-organisme, contenant des unités fonctionnelles génétiques ayant une valeur réelle ou potentielle [...] ». Cette définition des ressources génétiques donnée par la Chine est à peu près la même que celle de la *Convention sur la diversité biologique*. Une différence toutefois, la Chine inclus les sources génétiques d'origine humaine dans le cadre général de ces ressources génétiques. Sur ce sujet, l'Union européenne a conservé une distinction sensible et rigoureuse de traitement entre les ressources génétiques d'origine humaine et les autres dans les articles 26 et 27 de la préface de la *Directive 98/44/CE*, et a précisé des différences en matière de divulgation obligatoire. Lors d'une demande de brevet pour une invention basée sur des ressources génétiques humaines, il est nécessaire de fournir la preuve du consentement préalable de l'humain dont est issu le prélèvement⁶⁹⁵. Toutefois pour des ressources génétiques issues des espèces animales et végétales, la divulgation n'est pas obligatoire et laissée à discrétion du déclarant. « *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,*

⁶⁹⁴ Loi sur les brevets, article 26, alinéa 5.

⁶⁹⁵ Article 26 de la préface de la Directive 98/44/CE : considérant que, si une invention porte sur une matière biologique d'origine humaine ou utilise une telle matière, dans le cadre du dépôt d'une demande de brevet, la personne sur laquelle le prélèvement est effectué doit avoir eu l'occasion d'exprimer son consentement éclairé et libre à celui-ci, conformément au droit national ;

*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*⁶⁹⁶ ». La volonté de la Chine d'inclure les ressources génétiques humaines dans le concept général des ressources génétiques est issue de son contexte spécifique. En effet la population de la Chine représente un quart de la population mondiale. Le pays est longtemps resté fermé sur lui-même, et la mobilité de sa population relativement modeste, ce qui a conduit à un grand nombre d'isolats familiaux⁶⁹⁷. Dès lors, de par les nombreuses maladies présentes en Chine et compte tenu de ces nombreux groupes génétiquement homogènes, il peut être possible de trouver des corrélations avec le ou les gènes responsables. Ainsi la Chine dispose d'un potentiel varié et prometteur⁶⁹⁸ en matière de recherches sur les ressources génétiques humaines, qu'elle se doit donc de protéger par un renforcement de sa législation.

De son côté l'Union européenne a précisé dans le cadre de la protection des Droits de l'Homme, qu'il faut révéler l'utilisation de ressources génétiques humaines suivant les lois en vigueur de chaque pays en charge du traitement de la validation d'une invention. Mais pour protéger l'intérêt des entreprises de technologie biologique, l'Union européenne a également rendu la divulgation facultative lorsque l'invention émane de ressources non humaines. De plus, cette déclaration reste sans préjudice de l'examen des demandes de brevets et de la validité des droits résultants des brevets délivrés.

B) Contenu, objet de la divulgation d'origine

312. Sur la base de cet éclairage sur le contexte mondial qui impose ou pas un devoir ou une obligation de divulgation des ressources génétiques, susceptibles d'apporter un outil de protection aux savoir-faire traditionnels, la réflexion est élargie

⁶⁹⁶ Article 27 de la préface de la Directive 98/44/CE

⁶⁹⁷ ZHANG Qingkui, « La recherche sur les ressources génétiques et son système de divulgation de l'origine », dans le Bureau de propriété intellectuelle d'État (SIPO) (éds.) « L'étude sur le droit du brevet (2007) », édition de propriété intellectuelle, 2008, p.488-489.

⁶⁹⁸ ZHANG Qingkui, « La recherche sur les ressources génétiques et son système de divulgation de l'origine », dans le Bureau de propriété intellectuelle d'État (SIPO) (éds.) « L'étude sur le droit du brevet (2007) », édition de propriété intellectuelle, 2008, p.488-489.

Voir aussi LIU Junrong, *Traité sur la protection et l'utilisation des ressources génétiques humaines de Chine*, Médecine et société, Vol. 3,1999.

sur le contenu de cette divulgation. Car le corps même des informations à produire dans le cadre de cette obligation de divulgation fait également l'objet de discussions et de controverses de par le monde entier. Les formats de divulgation rencontrés en suivant les différents systèmes législatifs et recommandations des différents pays sont essentiellement de deux natures. La première concerne plus spécifiquement la nation d'origine ou la source des ressources génétiques utilisées au cours de l'invention, la seconde s'intéresse davantage aux preuves du consentement préalable en connaissance de cause⁶⁹⁹ et du partage des avantages⁷⁰⁰.

313. Divulgation imposée : nation ou source d'origine. Concernant cette première nature, la nation d'origine ou la source des ressources génétiques, de nombreux pays soutiennent des opinions différentes. Certains défendent l'idée que lorsque le pays d'origine des ressources génétiques utilisées n'est pas déterminé avec certitude, le demandeur ne doit alors divulguer que la source directe de ces ressources génétiques. D'autres imposent de révéler dans tous les cas non seulement la source directe des ressources génétiques mais aussi dans le même temps la source d'origine. Les divulgations relatives aux exigences du deuxième type de nature sont elles aussi en proie à des règles très disparates, essentiellement deux courants opposés. Le premier impose d'apporter les preuves des consentements préalables en connaissance de cause et du partage des avantages, le second ne l'exige pas.

La Chine quant à elle s'est fixé une ligne de conduite spécifique dans ce domaine. L'alinéa 5 de l'article 26 de *la Loi sur les brevets* apporte les précisions nécessaires qui stipulent que le demandeur doit révéler conjointement la source directe et la source d'origine des ressources. Le *Guide d'examen des brevets* dans son article 1.1.5.3 complète en précisant que lorsqu'il s'agit d'une demande fondée sur des ressources génétiques, le demandeur doit expliciter non seulement la source des ressources génétiques dans sa demande écrite et dans un même temps préciser clairement la source directe et d'origine des ressources génétiques dans un formulaire spécifique. Si le demandeur ne peut préciser la source, il doit en donner la raison. « La source directe des

⁶⁹⁹ Lignes directrices de Bonn précisent qu'il faut obtenir au préalable l'approbation du pays qui offre les ressources génétiques pour les obtenir en précisant au bureau administratif adéquat les informations requises notamment la durée d'utilisation, l'usage, le mode d'utilisation, et le mode de consultation des Parties concernées ».

⁷⁰⁰ ZHANG Xiaoyong, *l'accès aux ressources génétiques, le partage des avantages et le droit de la propriété intellectuelle*, édition propriété intellectuelle, Tome 1 ,2007, p.317-320.

ressources génétiques » telle que mentionnée dans l'article 9.5.1 du chapitre 10 de la deuxième partie de la législation relative aux brevets, se réfère à « la voie directe permettant d'accéder aux ressources génétiques ». Lorsque le demandeur est en mesure de préciser la source directe des ressources génétiques, il doit en fournir la date, le lieu, la façon dont il a obtenu ces ressources génétiques et toutes les informations utiles concernant le fournisseur. La nuance est subtile entre source directe d'une ressource génétique et sa source d'origine. La source directe est celle dont la ressource est prélevée pour l'invention, il peut s'agir par exemple d'un site géographique où celle-ci est cultivée, même récemment, et notamment dans le cadre du développement de l'invention, site potentiellement différent de celui que l'on retient sous le vocable de source d'origine. « La source d'origine » visée par la législation relative aux brevets désigne le lieu dans lequel l'organisme vivant appartenant aux ressources génétiques est recueilli dans des conditions in situ. Autres définitions : les organismes vivants contenus dans les ressources génétiques sont ceux qui poussent naturellement, leur environnement primaire étant celui d'où proviennent ces êtres vivants de façon naturelle ; les êtres-vivants qui contiennent les ressources génétiques sont ceux qui sont cultivés ou apprivoisés, l'environnement primaire signifie l'environnement où il forme sa propre caractéristique.

Selon les dispositions mentionnées ci-dessus, la Chine demande que le demandeur révèle la source directe et d'origine des ressources génétiques. S'il ne peut en fournir la source originale, il doit pouvoir en préciser la raison. En pratique le demandeur doit fournir ces deux groupes informations en même temps :

- pour la source directe : à quel moment, le lieu, le moyen d'obtenir les ressources génétiques de la source directe, et les informations du fournisseur,
- pour la source d'origine : à quel moment, le lieu d'origine des êtres-vivants qui contiennent les ressources génétiques, et les informations du fournisseur.

Si la Chine demande la divulgation de la source directe et de la source d'origine des ressources génétiques, l'Union européenne reste moins exigeante. Elle se concentre uniquement sur la divulgation des informations relatives à la source « géographique ». L'Union européenne estime que les informations fournies par les demandeurs doivent se limiter aux sources géographiques des ressources génétiques utilisées dans l'invention qu'ils devaient connaître ou devaient avoir des raisons de connaître. Il est possible que le demandeur ne connaisse pas la source d'origine de toutes les ressources génétiques qu'il utilise, notamment parce que ces ressources génétiques peuvent être

obtenus par plusieurs pays ou par des centres de recherche, des jardins botaniques ou d'autres lieux. Aussi lorsqu'il en ignore la source d'origine, l'obligation de ce demandeur de brevet est alors cantonnée à l'indication du centre de recherche, de la banque de gènes ou de l'entité auprès de laquelle le demandeur a obtenu les ressources génétiques⁷⁰¹. L'opposition européenne s'est notamment manifestée lorsque la Chine modifiait sa loi sur les brevets. La délégation de l'Union européenne en Chine et le Bureau du brevet de l'Europe ont fait part des réserves suivantes : « Ces nouvelles dispositions ont imposé un fardeau lourd au demandeur, puisque le demandeur doit indiquer la source directe et la source d'origine. Le demandeur peut faire l'objet d'une sanction de refus de brevet lorsqu'il ne parvient pas à en déterminer la source d'origine, qu'il n'est toujours facile de déterminer par exemple lorsqu'il s'agit de ressources génétiques végétales dont plusieurs pays revendiquent l'origine.

314. Divulgence imposée : consentement préalable. Toutefois la Chine et l'Union européenne ont partagé quelques points de vue communs en matière de divulgation, tout au moins jusqu'au 25 décembre 2016. Ainsi jusqu'à cette date la Chine n'exige du demandeur de ne divulguer que la source directe et originale des ressources génétiques. Mais par contre elle ne demandait pas de fournir la preuve de consentement préalable en connaissance de cause et du partage des avantages. Elle estimait qu'il n'appartient pas au personnel dédié à l'examen des brevets de jouer un rôle quelconque dans la vérification de preuves de consentement préalable en connaissance de cause. Il est effectivement malaisé de vérifier la véracité d'un consentement préalable en connaissance de cause, car il faut pour cela prendre en compte de nombreux paramètres :

- Quelle est la personne qui a le droit de donner son consentement préalable, est-ce le propriétaire ou le gestionnaire des ressources génétiques ?
- La véracité de l'étendue du consentement, qui dépend de la manière dont l'utilisateur a communiqué pour l'avoir,
- La constatation d'un consentement avéré, qui dépend de l'état des négociations, des processus et des manières de parvenir à un accord.

Jusqu'à présent, les dispositions sur ces questions prévues par la législation nationale de

⁷⁰¹ CHEN Zhonghua, *ADPIC, CDB et les connaissances traditionnelles - Réexamen de l'article 27:3 b) de l'Accord sur les ADPIC ; relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique ; protection des connaissances traditionnelles et du folklore, avis de Communauté Européenne et de ses pays membres*, Revue droit des brevets, 2003, p.431-446.

la protection des ressources biologiques restent ambiguës. Les experts sont également en difficulté pour apporter une réponse satisfaisante. Dans ce contexte, il devient presque impossible pour les examinateurs de brevets qui n'ont reçu qu'une formation juridique limitée, de déterminer s'il existe un consentement préalable.

315. Le 25 décembre 2016, la *Loi sur les médecines traditionnelles chinoises* est publiée en Chine. Son article 43 prévoit le droit au détenteur d'un SFTM au consentement préalable en connaissance de cause et au partage des avantages. Cette loi n'entre en vigueur qu'à partir de juillet 2017 et son application reste encore indéterminée. En revanche si le détenteur obtient de nouveaux droits, rien n'est imposé en matière de brevets ou moment de leur dépôt. Sur ce point donc l'Union européenne et la Chine ont conservé une position commune. L'UE retient en effet qu'il ne faut pas demander au demandeur de fournir les preuves relatives à l'accès et partage des avantages pour deux raisons. Premièrement, la plupart des pays n'ont pas encore établi de loi sur ces points, et deuxièmement, et lorsque c'est le cas, il est difficile en pratique d'exiger des bureaux de brevet de chaque État membre qu'ils vérifient si les ressources génétiques utilisées dans leur brevets respectent les dispositions sur l'accès et au partage des avantages.

C) Conséquences d'un manquement à l'obligation de divulgation

316. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle a reçu de nombreuses propositions relatives aux conséquences juridiques à appliquer en cas de manquement à l'obligation de divulgation, telles que conseiller ou encourager le demandeur à divulguer, de rejeter la demande de brevet, ou sanctionner de nullité le brevet.

317. Divulgation imposée : sanctions. La première de ces conséquences qui ne se borne qu'à un simple conseil ou encouragement auprès du demandeur ne présente donc pas d'obligation de divulgation. Ce n'est donc pas une protection efficace pour les ressources génétiques.

La seconde ayant trait au rejet de la demande de brevet, bien que l'obligation de

divulgarion ne soit pas obligatoire, et n'intervient que sur une condition de forme dans le processus d'obtention du brevet. Il devient alors relativement possible d'obtenir ce brevet en manœuvrant frauduleusement. Certes la condition de forme est importante : le fait par le demandeur de ne pas payer les frais d'enregistrement dans le délai fixé ou de ne pas prendre les mesures correctives en temps opportun, peut donner lieu au rejet de sa demande des brevets. Mais la différence importante entre les conditions de forme et celles de fond est qu'après que lorsqu'un brevet est délivré, il est rare qu'il soit entaché par la suite de nullité au seul motif qu'il n'a pas respecté les conditions de forme, sauf à disposer de la certitude que le manquement est dû à une intention frauduleuse. Sur ce constat remettre l'obligation de divulgation à une simple contrainte de formalisme ne procure pas une protection à l'échelle des problèmes que rencontrent les ressources génétiques et les savoir-faire traditionnels.

Quel peut donc être la conséquence juridique en cas de la violation des obligations de divulgation ? En fonction de la définition de cette obligation, les conséquences seront très différentes. La seule contrainte imposée au système de devoir encourager la divulgation des ressources génétiques et les connaissances traditionnelles peut être assimilée à celui basé sur le principe de la divulgation laissé à l'initiative du déclarant. Concrètement il n'existe alors pas de sanction en cas de violation de cette obligation de divulgation. Si l'obligation de divulgation est une condition de forme dans le processus d'obtention du brevet, la violation de cette obligation peut le cas échéant être sanctionnée, notamment par un rejet de la demande. Si l'obligation de divulgation est définie comme une condition de validité du brevet, la violation de cette obligation pourra être soumise à des sanctions plus importantes qui pourront conduire jusqu'à la nullité même du brevet. Sur ce sujet de ce que le manquement à l'obligation de divulgation doit avoir pour conséquence, l'Union européenne défend l'idée que tant du point de vue de la possibilité de la mettre en œuvre en pratique ou de celui de la pertinence législative, l'obligation de divulgation ne doit pas être considérée comme une condition de validité ni de forme supplémentaire. Le fait de ne pas divulguer l'origine ou de présenter des informations erronées ne doit pas empêcher la délivrance du brevet, ni avoir d'effet sur la validité de ce dernier lorsqu'il est délivré. Pour l'Union européenne, la sanction en cas de violation de l'obligation de divulgation doit faire appel à des droits autres que celui du droit des brevets, par exemple le droit civil (indemnisation) ou le droit administratif (amende suite au refus de communiquer des informations aux autorités ou d'avoir présenté des informations erronées). Mais l'Union

européenne refuse de sanctionner un brevet par le rejet de la demande ou par sa nullité en cas de violation des dispositions relatives à l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages. Autrement dit, celles-ci ne devraient pas avoir d'impact sur l'aspect brevetable d'une invention ni sur la validité du brevet, et ne doivent pas imposer un fardeau déraisonnable aux demandeurs ni aux autorités en charge du brevet. L'obligation de divulgation au sens de l'Union européenne doit rester dans un cadre des mesures basées sur le volontariat. La non-divulgation est sans conséquence sur l'examen des demandes de brevet et sur la validité du brevet.

En Chine, de par l'article 53 de *Règlement d'application de la loi sur les brevets*⁷⁰² et suivant les dispositions des *Lignes directrices pour l'examen des brevets*⁷⁰³, la divulgation d'origine des ressources génétiques est une obligation. Le fait de ne pas divulguer ou de divulguer des informations incorrectes conduit à une sanction sur la demande de brevet telle que « La demande est annulée par le demandeur » ou « La demande est rejetée ». Par conséquent, l'obligation de divulgation en Chine est une condition de forme obligatoire, la violation de cette obligation peut être cause du rejet de la demande de brevet, mais n'entraîne pas sa nullité.

318. L'obligation de divulgation d'origine est donc traitée de manière disparate selon les pays et selon qu'il s'agisse de législations nationales ou internationales. Elle correspond pourtant à un fondement de la protection des SFTM car il permet d'enclencher les mécanismes de protection positive essentiels, notamment ceux du consentement préalable donné en connaissance de cause (CPDCC) et du partage juste et équitable des avantages (PJEA).

⁷⁰² Article 53 du « Règlement d'application de la loi sur les brevets de la République Populaire de Chine » : selon le 38e article, si le brevet demandé ne s'adapte pas à la disposition de 26.5e article de la législation sur le brevet, il doit être refusé ». Conformément aux dispositions de l'article 38 de la Loi sur les brevets, les circonstances dans lesquelles une demande de brevet d'invention doit être rejetée par le Département de l'administration des brevets sous le Conseil d'Etat après examen quant au fond sont les suivantes : [...] (2) [...] Lorsque la demande n'est pas conforme aux dispositions [...] de l'article 26, du paragraphe 5[...]

⁷⁰³ « Guidelines For Patent Examination », part 1, chapter 1.5.3 Application Relating to Genetic Resources. Where an application for patent is filed for an invention-creation which is developed on the basis of genetic resources, the applicant shall state the source of said genetic resources in the request and fill in the Registration Form for Indicating Source of Genetic Resources, indicating the direct source and original source of such genetic resources. Where the applicant fails to state the original source, he or it shall state the reasons thereof. Where the application is not in conformity with the provisions, the examiner shall issue the Notification to Make Rectification, inviting the applicant to make rectification. Where no response is made within the time limit, the examiner shall issue the Notification that Application Deemed to be withdrawn. Where the application is still not in conformity with the provisions after rectification, the application shall be rejected. State Intellectual Property Office of the People's Republic of China, intellectual property publishing house, 2010, p.71.

CHAPITRE 2 : LA PROTECTION POSITIVE

319. Une approche efficiente de la protection positive des SFTM doit en effet se nourrir d'une étude sur le consentement préalable donné en connaissance de cause (CPDCC), et d'autre part sur le partage juste et équitable des avantages (PJEA).

SECTION 1 : CONSENTEMENT PRÉALABLE DONNÉ EN CONNAISSANCE DE CAUSE

320. **CPDCC : généralités.** Le consentement préalable donné en connaissance de cause se réfère au consentement que le fournisseur des ressources génétiques ou d'un savoir traditionnel a donné à l'utilisateur avant que ce dernier n'obtienne un droit d'exploitation de ces ressources. Cette notion est basée sur ce principe : avant de se risquer à développer une activité, le demandeur / utilisateur doit informer les personnes concernées et/ou légales de l'exploitation et de l'utilisation qu'il compte développer et des risques potentiels que crée cette activité, afin qu'elles puissent prendre une décision éclairée. Le CPDCC dans ces conditions se fonde sur ces trois principes : un consentement de la partie contractante qui est le fournisseur de ressources génétiques ; en se basant sur les informations fournies par le potentiel utilisateur de ressources génétiques ; avant que l'accès ne soit accordé⁷⁰⁴. À l'inverse de cette recherche du consentement et concernant l'exploitation des ressources biologiques se trouve la biopiraterie. L'un des éléments constitutifs de la biopiraterie est d'obtenir des ressources génétiques sans le consentement préalable du fournisseur, voire un accès frauduleux à des ressources génétiques, pour s'affranchir des obligations de notification préalable.

⁷⁰⁴ GLOWKA Lyle, et al., *A Guide to the Convention on Biological Diversity*, Published by: IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK, 1994, p.80-81.

L'acquéreur utilise notamment le système du brevet pour s'arroger des droits exclusifs et indus sur ces ressources. Pour contrer cela certains pays mettent en œuvre le mécanisme du consentement préalable en connaissance de cause pour tenter de se prémunir contre cette biopiraterie. Le CPDCC aide à protéger les pays fournisseurs de leur droit de partage des avantages, il constitue une barrière de sécurité pour la protection des ressources génétiques⁷⁰⁵. En tant que principe fondamental et programme de base du système d'accès et partage des avantages des ressources génétiques⁷⁰⁶, le CPDCC a donné des bases aux politiques de développement durable et au partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques prévu dans le premier article de la *Convention sur la diversité biologique*⁷⁰⁷.

321. Un panorama général international du CPDCC est proposé qui reprend l'état de la législation actuelle et ses caractéristiques.

§ 1 : État de la législation actuelle

322. La législation autour du CPDCC trouve des exemples probants autour de la CDB et du Protocole de Nagoya, mais aussi de la législation européenne et notamment française. La Chine quant à elle n'a pas déployé de mécanisme en CPDCC, quand bien même un article de sa « Loi sur les médecines traditionnelles chinoises » ait offert en 2017 une ouverture dans cette voie. Aussi l'état de la législation actuelle autour de la CPDCC sera traité par un aperçu général de législations existantes, puis par un focus sur leur champ d'application sur la CDB, sur l'Europe et la France.

⁷⁰⁵ YAN Hai, WU Qiong, *Study on the prior informed consent based on the protection of biogenic resources*, Journal of Qingdao University of Science and Technology (Social Sciences), Dec. 2012, Vol.28, No.4, p.90.

⁷⁰⁶ YAN Hai, WU Qiong, *Pensée juridique du cadre réglementaire de la biopiraterie*, Environnement et développement durable, 2011(4), p. 44-48.

⁷⁰⁷ Les objectifs de la présente Convention, dont la réalisation sera conforme à ses dispositions pertinentes, sont la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des techniques pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux techniques, et grâce à un financement adéquat.

A) Législations autour de la CPDCC : généralités

1) APPORTS DE LA CDB ET DU PROTOCOLE DE NAGOYA

323. Le CPDCC : la CDB en racines. La *Convention sur la diversité biologique* est une avancée internationale majeure qui engage les Parties dans une démarche de développement durable en faveur des ressources génétiques. Elle stipule dans son article 15, alinéa 5 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* ». Ce consentement préalable en connaissance de cause est une pierre angulaire incontournable dans la démarche de protection des ressources génétiques, avant même d'aborder le principe du partage des avantages résultant de leur exploitation. Sur ce principe en avril 2002, la Conférence des Parties à la Convention lors de sa sixième réunion, a adopté *Les Lignes directrices de Bonn* sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation » résumées par « Les Lignes directrices de Bonn ». Sur la base de l'article 15 de la *Convention sur la diversité biologique*, *Les Lignes directrices de Bonn* apportent des précisions pratiques et rationnelles pour la mise en œuvre de mesures relatives au consentement préalable en connaissance de cause. L'article 26 de ces Lignes en précise les contours essentiels⁷⁰⁸. Ces derniers apportent des contraintes tant pour le demandeur de l'accès aux ressources génétiques que pour l'entité en charge ou en droit de lui donner l'autorisation. Quatre principes sont donnés.

- Une exigence de transparence juridique : « *La clarté et la certitude juridiques* »,
- un accès à ces ressources facilité et à un prix raisonnable : « *L'accès aux ressources génétiques devrait être facilité aux coûts les plus bas* »,
- des restrictions à l'accès aux ressources fondées sur le droit et dans le respect de la

⁷⁰⁸ Article 26 des Lignes Directrices de Bonn : « Les principes fondamentaux d'un système de consentement préalable donné en connaissance de cause devraient comprendre ce qui suit : a) La clarté et la certitude juridiques ; b) L'accès aux ressources génétiques devrait être facilité aux coûts les plus bas ; c) Les restrictions imposées à l'accès aux ressources génétiques devraient être transparentes, être fondées en droit et ne pas aller à l'encontre des objectifs de la Convention ; d) Le consentement de l'autorité (des autorités) nationale(s) compétente(s) du pays fournisseur. Le consentement des parties prenantes concernées, telles que les communautés autochtones et locales, selon les circonstances et conformément au droit interne, devrait également être obtenu. »

Convention : *«Les restrictions imposées à l'accès aux ressources génétiques devraient être transparentes, être fondées en droit et ne pas aller à l'encontre des objectifs de la Convention »*,

– un consentement par une autorité nationale voire par les parties prenantes telles que les communautés autochtones : *« Le consentement de l'autorité (des autorités) nationale(s) compétente(s) du pays fournisseur. Le consentement des parties prenantes concernées, telles que les communautés autochtones et locales, selon les circonstances et conformément au droit interne, devrait également être obtenu »*.

Ainsi les *Lignes directrices de Bonn* ont fixé les principes et les éléments de base du système de consentement préalable donné en connaissance de cause, ce qui a fourni de nombreuses règles utiles aux Parties à la Convention afin qu'elles puissent mettre en place leur propre système de consentement préalable donné en connaissance de cause.

324. CPDCC : les apports du Protocole de Nagoya. En octobre 2010, « le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation (APA) à la Convention sur la diversité biologique » (dénommé le Protocole de Nagoya) a été adopté par la dixième réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique des Nations unies, à Nagoya, au Japon. Le Protocole de Nagoya est un jalon important de la conservation de la biodiversité dans le domaine du développement mondial. Le Protocole de Nagoya a pour but de mettre en œuvre le consentement préalable à l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels associés, ainsi que le partage juste et équitable des avantages liés à leur utilisation. L'article 7 du Protocole de Nagoya précise que : « Conformément à son droit interne, chaque Partie prend, selon qu'il convient, les mesures appropriées pour faire en sorte que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques détenues par les communautés autochtones et locales soit soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation de ces communautés autochtones et locales, et que des conditions convenues d'un commun accord soient établies ». Cette disposition impose ainsi à chaque Partie une obligation de prendre les mesures pour que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques soit soumis au consentement préalable des communautés autochtones et locales. Il s'agit d'une avancée importante qui redonne enfin aux communautés autochtones un droit significatif jusqu'à présent nébuleux. Plus encore et qui concerne directement les connaissances

traditionnelles, l'article 16.1 de ce protocole apporte des directives notables en matière d'agissement à mener par les Parties. L'article 16.1 du *Protocole de Nagoya* stipule en effet que « *Chaque Partie prend des mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées, efficaces et proportionnées, selon qu'il convient, afin de garantir que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques utilisées sous sa juridiction a été soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation des communautés autochtones et locales et que des conditions convenues d'un commun accord ont été établies, conformément aux dispositions législatives ou réglementaires internes relatives à l'accès et au partage des avantages de l'autre Partie où ces communautés autochtones et locales sont situées* ». Cet article 16.1 du *Protocole de Nagoya* fut réputé comme celui qui impose « des mesures imposées aux pays utilisateurs » ou simplement « des mesures d'utilisateur »⁷⁰⁹. À cet égard, il faut noter que « l'utilisateur » est une personne ou une entité, alors que « le pays utilisateur » fait référence à chaque pays ayant juridiction sur tout utilisateur. Il est important de ne pas confondre ces termes. Souvent d'ailleurs les pays utilisateurs sont assimilés aux pays développés, et les pays fournisseurs sont assimilés aux pays en voie de développement. Cependant, un nombre croissant de pays en voie de développement ont des capacités technologiques probantes en matière de manipulation génétique et de synthèse des composés biologiques qui leur permettent également d'être des pays utilisateurs. Ainsi l'expression « chaque Partie prend des mesures », reprise dans cet article, signifie que, non seulement les pays développés doivent adopter des mesures de conformité obligatoires, mais aussi que les pays en voie de développement sont également soumis à ces mêmes obligations, dès lors que l'utilisation de ressources génétiques provenant d'autres pays est sous sa juridiction⁷¹⁰. Cette évolution constitue un changement notable : la demande contraignante de déployer des mesures de conformité, faite par les pays fournisseurs aux pays utilisateurs, généralement les pays dits développés, a été étendue au cours de la négociation à ces pays en voie de développement. Les Parties doivent mettre en place des mesures « appropriées, efficaces, proportionnées » qui assurent que la ressource a

⁷⁰⁹ NIJAR Gurdial Singh, *The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources: Analysis and Implementation Options for Developing Countries*, Research Papers of South Centre, 2011, p.6.

⁷¹⁰ WALLOE Morten et YOUNG Tomme, *Beyond Access: Exploring Implementation of the Fair and Equitable Sharing Commitment in the CBD*, IUCN, Gland, Switzerland, 2007, p.5-10.

été légalement accessible et que son utilisation est conforme aux lois et aux exigences juridiques du pays fournisseur. Des mesures « appropriées, efficaces, proportionnées » signifie aussi que les mesures que les Parties adoptent ont une flexibilité considérable. C'est à chaque Partie de décider d'établir des lois ou non ou bien de mettre en place des mesures administratives (par exemple la mise en œuvre des règlements administratifs) ou des mesures politiques (par exemple l'adoption d'un projet stratégique ou d'un plan d'action). En outre, les termes « appropriées, efficaces, proportionnées » sont utilisés dans cette article pour limiter les exigences de mesures prises par les Parties⁷¹¹.

Quel sont les effets recherchés par ces mesures ? L'objectif de cet article est d'imposer à chaque Partie qu'elle s'assure déjà que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques au sein de sa propre juridiction soit juridiquement bien encadré avant qu'elle ne l'impose aux autres Parties. Ces mesures appropriées qu'elles soient administratives, législatives ou de politique générale, doivent permettre de garantir que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques utilisées sous la juridiction d'une des Parties a été soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation des communautés autochtones et locales. Elles doivent également assurer que des conditions convenues d'un commun accord ont été établies, conformément aux dispositions législatives ou réglementaires internes relatives à l'accès et au partage des avantages de l'autre Partie où ces communautés autochtones et locales sont situées⁷¹². La formule « conformément aux dispositions législatives ou réglementaires internes relatives à l'accès et au partage des avantages de l'autre Partie où ces communautés autochtones et locales sont situées » illustre clairement deux aspects : Tout d'abord, cette disposition impose que les pays fournisseurs mettent également en place des législations ou des dispositions législatives ou réglementaires internes efficaces relatives à l'accès et au partage des avantages. Cette condition est un préalable pour que ces pays fournisseurs puissent exiger des pays demandeurs une législation imposant un consentement préalable en connaissance de cause aux utilisateurs. Si les pays

⁷¹¹ « Approprié » signifie que les mesures que les Parties adopteront doivent s'accorder avec sa situation politique, juridique, sociale et économique. « Efficace », signifie que les mesures qui seront adoptées par les Parties doivent avoir le potentiel d'obtenir les effets désirés avec succès. « Proportionnel » souligne que ces mesures doivent être adaptées sans en alourdir inutilement la charge.

⁷¹² NIJAR Gurdial Singh, *The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources: Analysis and Implementation Options for Developing Countries*, Research Papers of South Centre, 2011, p.6.

fournisseurs ont déjà adopté des mesures législatives nécessaires, alors les utilisateurs doivent s'y référer pour obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause. Si les pays fournisseurs n'ont pas adopté eux-mêmes de législation ou de dispositions législatives ou réglementaires internes relatives à l'accès et au partage des avantages, ils ne pourront exiger des pays utilisateurs qu'ils établissent et mettent en œuvre les législations pour appliquer celles qu'ils n'ont eux-mêmes pas mis en œuvre. Et dans ce cas, ils seront incapables d'imposer un contrôle sur l'accès aux ressources génétiques par l'utilisateur, à moins que celui-ci de sa propre initiative ne cherche lui-même le consentement préalable du fournisseur. Ensuite, l'obligation des Parties signataires se limite à la mise en place d'une législation sur le consentement préalable donné en connaissance de cause avant l'accès au savoir-faire traditionnel associés aux ressources génétiques et d'établir des conditions convenues d'un commun accord. L'objectif de cette restriction est de ne pas imposer aux pays utilisateurs une charge supplémentaire, en les obligeant, par exemple, à procéder à un contrôle formel destiné à vérifier si le consentement préalable donné en connaissance de cause ainsi que les conditions convenues d'un commun accord ont été effectivement atteints. Cette contrainte se conforme aux dispositions de l'article 16.3 : « Les Parties coopèrent, dans la mesure du possible et selon qu'il convient, en cas de violation présumée des dispositions législatives ou réglementaires internes en matière d'accès et de partage des avantages ».

Les dispositions de l'article 16.3 ont établi une obligation des Parties à coopérer en cas de violation présumée des dispositions législatives ou réglementaires internes en matière d'accès et de partage des avantages. La coopération comprend le partage de l'enquête, l'échange d'informations, mais ne peut pas être interprétée comme la reconnaissance des jugements étrangers, parce qu'il n'est question que d'une violation « présumée ». Ce paragraphe impose donc, d'une part, une obligation de coopération entre les Parties mais limite la portée de cette obligation en précisant qu'elle ne doit être respectée que « dans la mesure du possible selon qu'il convient ». En conséquence, les Parties possèdent un droit discrétionnaire pour l'élaboration du cadre de l'exécution de ces obligations.

2) APPORTS DE LA LÉGISLATION EUROPÉENNE

325. CPDCC : Le « Règlement (UE) N° 511/2014 ». L'Union européenne a ratifié le Protocole de Nagoya, puis a adopté des mesures pour le mettre en œuvre à son échelle, dans le respect des compétences de ses États membres. Elle a de fait déployé des mesures de « conformité » à ce Protocole, avec notamment le « Règlement (UE) N°511/2014 » et son « Règlement d'exécution n° 2015/1866 ». Ce dispositif européen porte sur l'utilisation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés. Il établit des obligations pour les utilisateurs qui opèrent dans l'Union européenne, et qui doivent de manière générale, faire preuve de « diligence nécessaire » afin de s'assurer que l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques qu'ils utilisent s'est effectué conformément aux dispositions législatives ou réglementaires, et que les avantages font l'objet d'un partage juste et équitable selon des conditions convenues d'un commun accord, conformément à toute disposition législative ou réglementaire applicable⁷¹³. Mais l'Union européenne ne met pas en place des règles uniques d'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées, qui restent de la compétence de ses États membres. En pratique, seuls la France et l'Espagne ont donné suite à ces règlements en 2017, ces règlements sont donc encore en développement potentiel dans les autres pays. C'est le choix de chaque pays en effet de décider ou non de protéger ses ressources génétiques et ses savoirs traditionnels.

3) ADAPTATIONS EN FRANCE

326. En France, en matière de CPDCC, il faut attendre la loi de 2014 (*Loi n° 2016-1087*) et son décret de 2017 (*Décret n°2017-848*) qui fixe les modalités d'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées, ainsi qu'au partage des avantages qui découleraient de leur utilisation. Ce décret envisage deux situations : l'accès aux ressources génétique d'une part, et l'accès aux connaissances traditionnelles associées.

⁷¹³ Article 4 : Obligations des utilisateurs, alinéa 1, Règlement (UE) N°511/2014.

327. CPDCC en France : utilisation des ressources génétiques. Lorsque l'utilisation de ressources génétiques ne s'effectue pas à des fins commerciales, un régime dit de déclaration préalable s'applique⁷¹⁴. En pratique, l'utilisateur potentiel d'une ressource génétique doit faire préalablement la déclaration au ministre de l'Environnement. Dès lors que cette déclaration est complète, le ministre ne peut refuser l'accès à la ressource génétique et doit alors délivrer un récépissé. Ce dernier est transmis au Centre d'échange sur l'accès et le partage des avantages du Protocole de Nagoya⁷¹⁵. Lorsque l'accès aux ressources génétiques a lieu sur le territoire d'une collectivité où sont présentes des communautés d'autochtones, ce récépissé sera également transmis à la personne morale de droit public en charge d'organiser leur consultation. Ainsi donc, pour des utilisations non commerciales de ressources génétiques, l'État français a renoncé à exercer une obligation de consentement préalable. En revanche, lorsque l'utilisation des ressources génétiques vise des fins commerciales, un régime « d'autorisation préalable » s'applique. L'utilisateur souhaitant accéder à une ressource génétique devra cette fois adresser une demande d'autorisation au ministre de l'Environnement et non plus une simple déclaration. Comme pour le régime de la déclaration préalable, la demande doit contenir un certain nombre d'informations obligatoires, et notamment des propositions en matière de partage des avantages. Le ministre de l'Environnement peut non seulement assujettir son autorisation par des prescriptions en matière de conditions d'utilisation des ressources génétiques mais il peut également refuser la demande. Il doit également préciser au demandeur un délai pendant lequel ce dernier doit parvenir à un accord sur le partage des avantages à l'issue duquel si un accord n'est pas trouvé, la demande sera refusée. Cet arrêté d'autorisation sera ensuite transmis par le ministre en charge de l'environnement au Centre d'échange sur l'accès et le partage des avantages et à la personne morale de droit public en charge d'organiser la consultation, lorsque l'accès aux ressources génétiques a lieu sur le territoire d'une collectivité où sont présentes des communautés d'habitants⁷¹⁶.

328. CPDCC en France : utilisation des connaissances traditionnelles. Lorsque l'utilisation de connaissances traditionnelles associées aux ressources

⁷¹⁴ Code environnement, article R. 412-13 et suivants.

⁷¹⁵ Code environnement, article R. 412-15.

⁷¹⁶ Code environnement, article R. 412-24.

génétiques est requise, seul le régime de l'autorisation préalable s'applique. La demande d'autorisation doit être présentée au ministre de l'Environnement et aura fait intervenir les personnes morales de droit public désignées par la loi n° 2016-1087. Ces personnes morales sont chargées d'identifier les porteurs de savoirs et de recueillir leur consentement préalable en connaissance de cause. Il est toutefois notable que la procédure décrite ne concerne que les connaissances détenues par des communautés d'habitants de la Guyane ou des îles Wallis et Futuna, quand bien même la loi n° 2016-1087 donne une définition très large de la notion de « communautés d'habitants »⁷¹⁷. Cette remarque permet de soulever les difficultés rencontrées par l'État français à généraliser cette procédure à l'ensemble de ses territoires, notamment d'outre-mer. Et quand bien même la Guyane, par la voix de son Grand conseil coutumier des populations amérindiennes, ait donné son aval pour la désignation d'une personne morale de droit public chargée d'identifier les porteurs de savoirs traditionnels et de recueillir leur consentement préalable en connaissance de cause, cette désignation reste en pratique bien délicate⁷¹⁸.

B) Le champ d'application du CPDCC

329. Cette revue générale des législations permet dans un second temps de préciser leur champ d'application.

1) CHAMPS D'APPLICATION DE LA CDB ET DU PROTOCOLE DE NAGOYA

330. CDB : extension aux savoirs traditionnels. La *Convention sur la diversité biologique* précise non seulement le principe du consentement préalable donné en connaissance de cause dans le cadre de l'accès des ressources génétiques, mais en élargit le champ d'application au domaine des connaissances traditionnelles associés aux ressources génétiques des communautés autochtones et locales. La *Convention sur*

⁷¹⁷ L'article L412-4 4° du Code de l'environnement définit les communautés d'habitants comme « toute communauté d'habitants qui tire traditionnellement ses moyens de subsistance du milieu naturel et dont le mode de vie présente un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité ».

⁷¹⁸ Guide 2017 : L'APA, pas à pas, FRB, 2017, ISBN 979-10-91015-24-0.

la diversité biologique a préavisée que le champ d'application est étendu aux savoirs traditionnels dans son préambule en « *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* »⁷¹⁹. Aussi l'article 8 (j) de la *Convention sur la diversité biologique* demande aux Parties de respecter, préserver et maintenir les savoirs traditionnels, et d'en favoriser l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques. L'article veille également à encourager le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques ». En utilisation l'expression « l'accord et la participation » dans cet article, la Convention met en valeur le principe du consentement préalable donné en connaissance de cause. Un peu plus en aval de l'accord, l'article 10 (c) énonce que chaque Partie contractante « protège et encourage l'usage coutumier des ressources biologiques conformément aux pratiques culturelles traditionnelles compatibles avec les impératifs de leur conservation ou de leur utilisation durable ». Cette disposition montre qu'il faut négocier avec les communautés locales en question avant d'accéder à leurs connaissances traditionnelles. Sur la base de ces règlements, la décision v/16 adoptée par la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique à sa cinquième réunion, en mai 2000, a pour la première fois précisé explicitement que « le consentement préalable donné en connaissance de cause » s'applique aux connaissances traditionnelles. Cette décision est formulée ainsi : « l'accès au savoir, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales doit être soumis au consentement ou à l'approbation préalables en connaissance de cause des dépositaires de ce savoir, de ces innovations et de ces pratiques »⁷²⁰. Par la suite, l'article 3 du *Protocole de Nagoya* adopté en 2010 soutiendra l'extension du champ d'application de ces mesures aux connaissances traditionnelles et non plus

⁷¹⁹ « Convention sur la diversité biologique », préambule, paragraphe 12.

⁷²⁰ UNEP/CBD/COP/5/23, Décision adoptées par la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique à sa cinquième réunion tenue à Nairobi du 15 au 26 Mai 2000, No. V/16, Articles 8 j) et dispositons connexes, Annexe programme de travail sur l'application de l'article 8(j) et des dispositions connexes, I. Principes généraux, paragraphe 5, p. 95.

seulement aux ressources génétiques. Il mentionne expressément que « *le présent Protocole s'applique aux ressources génétiques qui entrent dans le champ d'application de l'article 15 de la Convention ainsi qu'aux avantages découlant de l'utilisation de ces ressources. Le présent Protocole s'applique également aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques qui entrent dans le champ d'application de la Convention et aux avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances* ». Cette disposition pose ainsi clairement que les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques font partie de son champ d'application.

331. Protocole de Nagoya : rétroactivité. L'application potentiellement rétroactive du consentement préalable donné en connaissance de cause a fait aussi l'objet de discussions serrées au cours de la négociation du *Protocole de Nagoya*. Les pays fournisseurs ont clairement défendu cet accord pour qu'il s'applique aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles obtenues avant la validation du *Protocole de Nagoya*. Mais la proposition ci-dessus s'est confrontée à l'opposition déterminée des pays développés⁷²¹. En fin de compte, le *Protocole de Nagoya* adoptera une position ambiguë et imprécise sur cette potentielle application rétroactive⁷²². Dès lors en pratique l'application du consentement préalable donné en connaissance de cause devra respecter le principe de droit général international de « non-rétroactivité » imposé par l'article 28 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* ratifiée en 1969⁷²³. Selon ce principe, le *Protocole de Nagoya* ne s'applique pas aux ressources génétiques et connaissances traditionnelles obtenues avant sa validation⁷²⁴.

De ce principe de non rétroactivité émergent des situations équivoques : comment traiter les ressources génétiques ou connaissances traditionnelles exploitées avant la mise en application du *Protocole de Nagoya* et dont l'utilisation perdure, ou pour de

⁷²¹ EVANSON CHEGE Kamau, BEVIS Fedder, GERD Winter, *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing : What is New and What are the Implications for Provider and User Countries and the Scientific Community ?* Law, Environment and Development Journal, Vol. 6(3), 2010, p.246-262.

⁷²² XU Jing, LI Junsheng, XUE Dayuan, YIN Senlu, *Core Contents Interpretation of Nagoya Protocol on Genetic Resources Access and Benefit-sharing and the Prediction of its Entry into Force*, Journal of Plant Genetic Resources, 2012, Vol.13(5), p.722.

⁷²³ Article 28 Non-rétroactivité des traités : A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une Partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette Partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date.

⁷²⁴ ZHANG Xiaoyong, *Les avancées de la législation internationale sur les ressources génétiques - Analyse du Protocole de Nagoya*, Revue droit des brevets, 2012, p.84.

nouvelles utilisations ? En fait, l'utilisation présente de ces ressources peut être désormais soumise au *Protocole de Nagoya* sans que cela ne contredise le principe de non-rétroactivité du droit international. En effet le *Protocole de Nagoya* pourrait s'appliquer à ces situations puisque ce n'est pas de l'obtention passée de ces ressources dont il est question mais bien de leur utilisation présente. Il apparaît donc tout à fait concevable que les utilisateurs obtiennent ce consentement préalable donné en connaissance de cause, même si le terme préalable est alors dans ce cas un peu dépassé, et partagent les avantages pour des utilisations présentes et futures⁷²⁵.

2) EN EUROPE ET EN FRANCE

332. Règlement européen n°511/2014 : entrée en vigueur. Le Règlement européen n°511/2014 s'applique à toutes les utilisations de ressources génétiques et connaissances traditionnelles associées se déroulant sur le territoire de l'Union européenne concernant des accès effectués après le 12/10/2014 dans un État qui a ratifié le Protocole de Nagoya et mis en place des mesures d'accès et partage des avantages.

333. Loi française n°2016-1087 : modalités. Les procédures françaises d'accès et partage des avantages s'appliquent si le matériel (ressources génétiques, connaissances traditionnelles associées) a été prélevé en France, métropole comme outre-mer. Les ressources génétiques visées peuvent se trouver dans leur milieu naturel ou être conservées dans une collection à la date d'entrée en vigueur de la loi n°2016-1087, à savoir le 9 août 2016. Si les activités de recherche et de développement se déroulent dans l'Union européenne, en France ou dans un autre État membre, alors les obligations européennes s'appliquent également. La loi n°2016-1087 exclut de son champ d'application certaines ressources génétiques et certaines connaissances traditionnelles associées, dont le traitement fait déjà l'objet de mesures différentes, et qui concerne notamment le respect de la nature humaine, l'application de réglementations étrangères, d'imprécisions patentes concernant le détenteur, la sécurité nationale, le secret commercial ou la protection des labels. Ces ressources génétiques exclues de la loi sont les suivantes : les ressources génétiques humaines ; les ressources

⁷²⁵ NIJAR Gurdial Singh, *The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources: Analysis and Implementation Options for Developing Countries*, Research Papers of South Centre, 2011, p.20.

génétiques prélevées en dehors du territoire national ; les ressources génétiques couvertes par des instruments internationaux spécialisés d'accès et partage des avantages (par exemple Traité international de la FAO sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture) ; les ressources génétiques des espèces utilisées comme modèles dans la recherche et le développement ; les connaissances traditionnelles associées ne pouvant être attribuées à une ou plusieurs communautés d'habitants, ou dont les propriétés sont bien connues et ont été utilisées en dehors des communautés d'habitants qui les partagent ; les modes de valorisation dont sont susceptibles de bénéficier les produits agricoles, forestiers ou alimentaires et les produits de la mer (exemple : « label rouge », « appellation d'origine », « agriculture biologique », mention « montagne », « fermier »...) ; les activités concourant à la sauvegarde des intérêts de la défense et de la sécurité nationale⁷²⁶ .

334. Sur la base de ce contexte législatif plus ou moins favorable, il est intéressant de cerner plus en profondeur cette notion de CPDCC.

§ 2 : Caractéristiques du CPDCC

335. Bien que la Convention introduise des procédures de consentement préalable donné en connaissance de cause en matière d'accès aux ressources génétiques et du partage des avantages, la convention ne donne pas la définition de ce terme. En pratique, certains pays ont tenté de la préfigurer cette notion par leurs législations internes, mais jusqu'à présent, l'ensemble des pays ne se sont pas parvenus à une harmonisation juridique à l'échelle internationale.

336. **CPDCC : notion et définition.** Par exemple la loi péruvienne n° 27811 du 24 juillet 2002 « établissant le Régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques » définit le consentement préalable en connaissance de cause comme étant « l'autorisation donnée dans le cadre de ce régime de protection par l'organisation représentative des peuples autochtones possédant des connaissances collectives et conformément aux dispositions reconnues par eux, pour la

⁷²⁶ Article. L. 412-5, Code de l'environnement.

conduite d'une activité particulière qui implique l'accès et l'utilisation dudit savoir collectif, et sous réserve de fournir des informations suffisantes sur les buts, les risques ou les implications de ladite activité, y compris les utilisations qui pourraient être faites de la connaissance et, le cas échéant, sur sa valeur »⁷²⁷. Il s'agit d'une définition assez riche qui reprend les concepts essentiels relatifs à ce qui peut caractériser le consentement préalable.

Au Costa Rica, le consentement préalable donné en connaissance de cause correspond à l'autorisation donnée par l'État, les propriétaires privés ou les communautés autochtones ou locales d'accéder aux ressources biologiques ou aux éléments intangibles qui leur sont associés, sur la base de conditions convenues mutuellement, et à la condition qu'ils aient reçues toutes les informations requises⁷²⁸.

Dans la pratique, comme le montre les exemples précédents, les procédures relatives au consentement préalable en connaissance de cause établies à partir du cadre de la Convention varient selon les pays, notamment en matière des informations requises et dans la rigueur des procédures. D'un point de vue pratique, ces procédures comprennent toutes les trois éléments constitutifs du socle évoqués précédemment : « préalable », « en connaissance de cause », « consentement ».

A) La notion de « préalable »

337. CPDCC : composante « préalable ». Le terme « préalable » de l'expression « consentement préalable en connaissance de cause » est à préciser suivant plusieurs approches. Il suppose une action antérieure à une autre et porte l'idée des contraintes de temps donc de dates⁷²⁹. Et c'est bien justement ces précisions ou plutôt

⁷²⁷ Article 2 (c), "Prior informed consent" means authorization given under this protection regime, by the representative organization of the indigenous peoples possessing collective knowledge and in accordance with provisions recognized by them, for the conduct of a particular activity that entails access to and use of the said collective knowledge, subject to the provision of sufficient information on the purposes, risks or implications of the said activity, including any uses that might be made of the knowledge, and where applicable on its value.

⁷²⁸ Costa Rica, Loi n° 7788 sur la biodiversité (modifiée en dernier lieu par la loi n° 8686 du 21 novembre 2008), Date d'entrée en vigueur : 27 mai 1998, article 7, alinéa 9. Prior informed consent: Procedure through which the State, private owners or the local or indigenous communities, as the case may be, properly supplied with all the required information, allow access to their biological resources or to intangible components associated to them, under mutually agreed conditions.

⁷²⁹ YAN Hai, WU Qiong, *Study on the prior informed consent based on the protection of biogenic resources*, Journal of Qingdao University of Science and Technology (Social Sciences), Dec. 2012, Vol.28, No.4,

l'absence de précisions relatives à ces deux aspects du « préalable » qui ont ouvert la voie à de multiples interprétations. Celles-ci diffèrent suivant par exemple que l'on se place du point de vue de l'utilisateur ou du détenteur, autrement dit à qui des contraintes sont imposées. La *Convention sur la diversité biologique* ne donne pas de précisions claires permettant de déterminer comment l'utilisateur ou le détenteur doit répondre à cette obligation. Ainsi en matière de ressources génétiques, il est loisible de s'interroger sur ce qui doit être préalable à quoi. S'agit-il par exemple d'un préalable à l'accès aux ressources génétiques ou à leur exploitation ? Et quelle serait justement la période de temps préalable minimale et maximale qui pourraient être imposées ? La plupart des pays ne fixent pas de délais précis, et restent assez nébuleux sur la question⁷³⁰. Certains pays comme le Brésil, l'Inde et les Philippines ont fixé des durées relatives pour cadrer ces autorisations, ce qui est contraignant, moins pour l'utilisateur potentiel que pour le pays fournisseur qui doit se positionner dans un certain délai de traitement administratif. Par exemple les Philippines, suivant l'Ordre Exécutif n° 247 du 18 mai 1995 ont fixé à 60 jours maximum la réponse à donner après réception d'une demande⁷³¹. Ainsi donc cette expression « préalable » suppose d'établir à l'avance et de façon adéquate le consentement préalable en connaissance de cause tant pour ceux qui accordent l'accès que pour ceux qui le sollicitent et ce en vue de permettre un examen approprié de l'information fournie. Bien qu'il soit essentiel d'allouer une période appropriée aux parties intéressées pour qu'elles puissent évaluer l'information adéquatement, une trop longue période de temps aurait pour effet de nuire aux acheteurs potentiels qui sollicitent l'accès⁷³². Généralement, l'utilisateur choisi librement le moment qui lui semble propice pour procéder au développement et à l'application de ses recherches. Sur ce point le droit ne doit pas fixer de contraintes calendaires, conformément aux exigences et aux principes des *Lignes Directrices de Bonn* sur l'obtention des ressources génétiques, qui s'oppose à l'application d'obstacles déraisonnables. Et dans cet esprit de simplification, l'approbation des autorités compétentes qui relève

p.91.

⁷³⁰ QIN Tianbao, *Prior Informed Consent as to Access to Genetic Resources and Benefit-sharing*, *Modern Law Science*, mai 2008, Vol.30, n°3, p.87.

⁷³¹ Executive Order No. 247 of May 18, 1995, prescribing Guidelines and establishing a Regulatory Framework for the Prospecting of Biological and Genetic Resources, their By-Products and Derivatives, for Scientific and Commercial Purposes; and for other Purposes, sec. 4: [...] A copy of the proposal must be submitted to the recognized head of the local or indigenous cultural community or communities that may be affected. Action on the proposal shall be made only after 60 days has lapsed after a copy of the proposal is received by the persons concerned.

⁷³² UNEP/CBD/COP/5/8, p.24.

généralement d'une action d'État sous forme de licence administrative, doit au contraire être assujettie à des contraintes de temps dans sa phase de traitement, ceci d'une part afin de favoriser une obligation de résultat et d'efficacité de la part de ces autorités, et d'autres part de prévenir un délai de traitement trop important susceptible de décourager tout utilisateur potentiel. C'est pourquoi les pays fournisseurs doivent s'imposer des délais de traitement des demandes.

De même les changements et évolutions dans les caractéristiques d'utilisation doivent faire l'objet d'une nouvelle demande d'autorisation. Le consentement est autorisé pour une ou plusieurs utilisations spécifiques, pour une personne ou une entité spécifique. En cas de changement de la part de l'utilisateur, celui-ci doit obtenir une nouvelle autorisation préalable. D'autant que généralement l'utilisateur n'est pas en mesure de prévoir toutes les utilisations et valeurs finales des matériaux obtenus lorsqu'il demande et obtient un consentement préalable donné en connaissance de cause. Ainsi par exemple, l'utilisateur peut être tenté de transférer ou céder à un tiers, peut-être non autorisé, les ressources génétiques dont il bénéficie. Ou bien au cours de ses activités de recherche, l'utilisateur peut trouver des utilisations potentielles nouvelles de ces ressources. Dans ces cas, il lui sera nécessaire d'obtenir à nouveau un consentement donné en connaissance de cause pour ces nouvelles conditions d'utilisation⁷³³. Certains pays prévoient également des dispositions spécifiques imposant l'obtention d'un nouveau consentement préalable dans le cas d'un transfert des résultats des recherches. C'est le cas du *Règlement de 2004 sur la diversité biologique en Inde*⁷³⁴.

B) « En connaissance de cause »

338. CPDCC : caractériser la « connaissance de cause ». Pour que le détenteur puisse accorder son consentement en connaissance de cause, il doit d'abord disposer de certaines informations incontournables. Il convient donc de préciser quelles sont ces informations à fournir par l'utilisateur. La connaissance est une base préliminaire au

⁷³³ UNEP/CBD/COP/5/8, p.24.

⁷³⁴ Article 17, Procedure for seeking approval for transferring results of research, (1) Any person desirous of transferring results of research relating to biological resources obtained from India for monetary consideration to foreign nationals, companies and Non Resident Indians (NRIs), shall make an application to the Authority in the Form II...(4) On being satisfied that the applicant has fulfilled all the requirements, the Authority may grant the approval for transferring the results of research subject to such terms and conditions as it may deem fit to impose in each case.

consentement : le détenteur doit pouvoir accorder son consentement en toute connaissance de cause des informations utiles relatives à l'utilisation de son savoir ou de ses ressources. Pour cela il doit pouvoir exiger que l'utilisateur lui fournisse les informations détaillées et adéquates de l'utilisation ou des utilisations prévues l'utilisateur. À cette fin l'article 26 des *Lignes directrices de Bonn* apporte certaines indications utiles. Il précise 15 indications de référence à renseigner par l'utilisateur. Ces 15 éléments sont toutefois indiqués en tant que suggestions proposées aux pays membres qui peuvent les retenir ou non selon leur propres besoins. Ainsi ces Parties peuvent ajouter ou sélectionner dans leur législation et selon leurs situations et préoccupations les éléments à retenir. En pratique, les exigences retenues par chacun de pays en matière de divulgation des informations sont différentes d'un pays à l'autre. Certains ont précisé clairement les informations spécifiques que doit contenir une demande d'accès, comme le Bhoutan et l'Afghanistan⁷³⁵. D'autres comme la Chine⁷³⁶ n'ont indiqué que des dispositions confuses, sans se contraindre donc à citer des exigences concrètes en matière d'informations. Théoriquement les informations que le demandeur apporte doivent répondre aux deux exigences suivantes : tout d'abord elles doivent être suffisantes pour que le fournisseur des ressources ou du savoir comprenne le contexte, la signification, le but et l'impact potentiel de l'exploitation prévue par l'utilisateur, de sorte qu'il puisse décider de permettre ou non au demandeur l'accès à ces ressources. Ensuite ces informations données doivent préciser et prouver que le partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources ou savoirs sera équitable et raisonnable⁷³⁷. Concrètement les connaissances de cause doivent expliquer à la fois sous forme écrite et orale au détenteur des ressources génétiques et/ou des savoirs, afin de préciser l'objet de l'accès à ces ressources et savoirs, les procédures d'utilisation et leur contenu, les avantages et des risques potentiels, les influences potentielles sur le détenteur lui-même, sur sa communauté ou sur le pays où se trouvent les ressources, pendant ou après l'utilisation⁷³⁸. Pour garantir que le détenteur est réellement « en connaissance de cause », il convient que l'utilisateur agisse de manière raisonnable. En

⁷³⁵ UNEP/CBD/WG-ABS/5/4, Montreal, 2007, p.5-7. Par exemple, Le Bhoutan, (section 7 de la loi sur la biodiversité.) et l'afghanistan, (section 63 de la loi sur l'environnement).

⁷³⁶ Article 43 alinéa 2 de la Loi sur les médecines traditionnelles chinoises.

⁷³⁷ QIN Tianbao, *Recherche sur le problème juridique de l'obtention des ressources génétiques et du partage des avantages*. Wuhan : Éditions de l'université de wuhan, 2006, p.385-392.

⁷³⁸ LU Ming, *La protection des ressources génétiques biologiques et le consentement préalable donné en connaissance de cause*, Technologie et loi, 2002 (4), p.112-115.

général les pays ayant légiféré en la matière imposent le respect d'une procédure formalisée qui contient généralement les exigences suivantes et qui concernent les informations divulguées au détenteur pour qu'il soit effectivement en connaissance de cause :

- Les informations divulguées sont à fournir dans la ou les langues que le détenteur est en mesure de comprendre ou exigées par ce dernier.
- L'utilisateur doit tracer et divulguer ces informations à toutes les parties prenantes, afin qu'elles puissent réagir le cas échéant.
- Le modèle de communication doit être adapté sur la forme aux parties concernées, communautés autochtones ou locales, et à leur coutumes. La communication doit se faire en amont, et comporter des délais raisonnables.
- Le modèle de communication doit respecter la tradition, la culture, les pratiques et le droit coutumier des communautés autochtones et locales.

C) « Le consentement »

339. CPDCC : un consentement. La véracité du consentement est la pierre angulaire du consentement préalable donné en connaissance. C'est une composante du système qu'il convient d'explicitier plus en détail. En France le code civil ne définit pas explicitement le consentement mais il précise les vices qui peuvent l'entacher (articles 1108 à 1118 du code civil). En Chine il n'est pas non plus de définition du consentement, ni dans la Loi sur le contrat de la RPC, ni dans le droit civil. Le consentement est l'action de se prononcer en faveur d'un acte juridique. Les textes juridiques utilisent parfois des expressions équivalentes mais néanmoins nuancées telles que « acquiescement », « agrément » ou « acceptation ». Dans le cas présent le consentement doit être un accord donné par la ou les personnes compétentes sous une forme adaptée au demandeur de l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs. C'est alors que se pose la question de qui est compétent pour accorder ce consentement.

1) LE DÉPOSITAIRE DU CONSENTEMENT ET SA PERTINENCE

340. CPDCC : qui peut consentir. Actuellement les dispositions concernant l'accès aux ressources génétiques sont du ressort l'autorité nationale compétente et dans

la majorité des cas cette autorisation exige également le consentement préalable donné en connaissance de cause de l'autorité compétente de la zone géographique de collecte des ressources génétiques⁷³⁹. Concernant les savoirs traditionnels, les règles sont différentes. Les pays protecteurs exigent l'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause des propriétaires et, ou, des détenteurs des savoirs traditionnels et non pas d'une autorité nationale⁷⁴⁰. En effet l'autorisation ou le refus d'octroyer l'accès aux ressources génétique est du ressort basiquement d'une autorité compétente nationale. Toutefois si certaines législations se contentent de l'accord de cette autorité⁷⁴¹, la majorité des situations exigent également le consentement préalable donné en connaissance de cause de l'autorité compétente/du fournisseur de la ressource de la zone géographique où les ressources génétiques doivent être collectées. Les fournisseurs de ressources sont généralement les communautés autochtones et locales ou les autres parties prenantes pertinentes, telles que les propriétaires privés ou les autorités de l'aire de conservation⁷⁴². Un grand nombre de pays prévoient également la protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques dans le cadre de leur législation nationale⁷⁴³. À cet égard, certains de ces pays exigent l'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause des propriétaires/détenteurs des savoirs traditionnels⁷⁴⁴.

⁷³⁹ Voir par exemple les sections 8.04 et 8.09 de la réglementation australienne ; le paragraphe 9 de l'article 16 de la loi provisoire brésilien; les articles 63, 65 et 66 de la loi costaricienne ; la section E 8) des procédures et lignes directrices pour l'accès et la collecte des ressources génétiques au Malawi, la section 87bis de la loi générale mexicaine sur l'équilibre écologique et la protection de l'environnement ; les sections 21 et 22 du décret panaméen ; la section 14 de la loi des Philippines sur la conservation des ressources de la faune et de la flore sauvages ; la section 82 de la loi sud-africaine sur la biodiversité ; la section 12 de l'Ouganda ; et la section 34.6 b) de la loi du Vanuatu sur la gestion et la conservation de l'environnement (la loi du Vanuatu sur l'environnement).

⁷⁴⁰ Voir par exemple les sections 37 et 38 de la loi bhoutanaise sur la biodiversité ; la section 66 de la loi costaricienne ; les sections 7 et 12.2 de la proclamation éthiopienne ; la section 82 de la loi sud-africaine sur la biodiversité ; et la section 34.6 b) de la loi du Vanuatu sur l'environnement.

⁷⁴¹ Tels que le Bhoutan et l'Éthiopie (sauf dans les cas d'accès aux savoirs traditionnels)

⁷⁴² Voir par exemple la section 64 de la loi afghane sur l'environnement ; les sections 8.04 et 8.09 de la réglementation australienne ; le paragraphe 9 de l'article 16 de la loi provisoire brésilienne ; les articles 63, 65 et 66 de la loi costaricienne ; la section E 8) des procédures et lignes directrices pour l'accès et la collecte des ressources génétiques au Malawi ; la section 87BIS de la loi générale mexicaine sur l'équilibre écologique et la protection de l'environnement ; les sections 21 et 22 du décret panaméen ; la section 14 de la loi des Philippines sur la conservation des ressources de la faune et de la flore sauvages ; la section 82 de la loi sud-africaine sur la biodiversité ; la section 12 de l'Ouganda ; la section 34.6 b) de la loi du Vanuatu sur la gestion et la conservation de l'environnement (la loi du Vanuatu sur l'environnement).

⁷⁴³ Comme l'afghanistan, l'afrique du Sud, le Bhoutan, la Bolivie, le Brésil, le Costa Rica, l'Éthiopie, l'Inde, le Panama et le Vanuatu.

⁷⁴⁴ Par exemple, les sections 37 et 38 de la loi bhoutanaise sur la biodiversité ; la section 66 de la loi

341. La CDB en faveur des communautés autochtones. En 1992 la CDB a pris l'initiative de proposer des dispositions générales en faveur des savoirs traditionnels, précisant que le consentement préalable donné en connaissance et le partage des avantages doivent s'adapter non seulement aux ressources génétiques, mais aussi aux connaissances traditionnelles concernées. Mais si la CDB retient le principe de la souveraineté nationale sur ses ressources génétiques, ce dernier ne couvre pas les connaissances traditionnelles associées, autrement dit, la CDB ne fixe pas d'une manière incontestable que le « pays » est la propriétaire des connaissances traditionnelles à l'intérieur du pays, mais accorde uniquement un pseudo-droit à disposer de connaissances traditionnelles aux communautés autochtones et locales de ce pays. L'article 7 du *Protocole de Nagoya* précise que « l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques détenues par les communautés autochtones et locales soit soumises au consentement préalable en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation de ces communautés autochtones et locales. »⁷⁴⁵ Bien que le mot « droit » n'apparaisse pas dans cet article, celui de « détenues » signifie que les connaissances traditionnelles concernées sont la propriété des communautés autochtones et locales, et que donc ces communautés possèdent dans une certaine mesure un droit de propriété sur les connaissances traditionnelles. L'article fixe clairement qu'il faut obtenir le consentement préalable donné en connaissance ou l'approbation et la participation préalable des communautés locales et autochtones, et qu'il faut de plus que l'établissement des conditions soit convenu ensemble. Ainsi le *Protocole de Nagoya accorde* indubitablement un droit de propriété collective sur les connaissances traditionnelles aux « communautés autochtones et locales »⁷⁴⁶.

342. La Chine en retrait de la CDB, l'Europe en accord. Néanmoins ce principe d'un droit de propriété collective sur les connaissances traditionnelles attribué aux communautés autochtones et locales, et accordé par le *Protocole de Nagoya* et par

costaricienne ; les sections 7 et 12.2 de la proclamation éthiopienne ; la section 82 de la loi sud-africaine sur la biodiversité ; et la section 34.6 b) de la loi du Vanuatu sur l'environnement.

⁷⁴⁵ Article 7 sur l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques : Conformément à son droit interne, chaque Partie prend, selon qu'il convient, les mesures appropriées pour faire en sorte que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques détenues par les communautés autochtones et locales soit soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation de ces communautés autochtones et locales, et que des conditions convenues d'un commun accord soient établies.

⁷⁴⁶ ZHANG Xiaoyong, *Les avancées de la législation internationale sur les ressources génétiques - Analyse du Protocole de Nagoya*, Revue droit des brevets, 2012, p.98.

la CDB n'a pas été retenu par la législation chinoise, tout au moins jusqu'à la publication de la Loi sur les MTC en décembre 2016. Car d'un point de vue des pratiques légales, la Loi sur le patrimoine culturel immatériel de la République populaire de Chine adopte un mode de protection basé sur le droit public⁷⁴⁷. Ce droit est confié aux Gouvernements Populaires et à leurs services compétents de la culture au-dessus du niveau du District afin qu'ils en assurent la protection. Selon l'article 15 de la Loi sur le patrimoine culturel immatériel de la République populaire de Chine, il faut obtenir l'approbation du gouvernement provincial si l'on veut procéder à des investigations sur le patrimoine culturel immatériel. Cela signifie donc que le consentement préalable donné en connaissance fixé par la CDB est directement rattaché aux autorités populaires locales, ce qui ne se conforme pas complètement à l'article 8(j) de la CDB qui exige que les connaissances traditionnelles soient approuvées par les communautés autochtones et locales. De plus, cet article n'est pas conforme à l'esprit du partage des avantages. Toutefois la *Loi sur les médecines traditionnelles chinoises* publiée le 25 décembre 2016 a changé cette situation, tout au moins pour les détenteurs de savoirs en matière de médecines traditionnelles. L'alinéa 2 de l'article 43 précise que les détenteurs de savoirs traditionnels pourront bénéficier du droit d'utiliser et de transmettre les connaissances traditionnelles de la MTC détenues par elles et de bénéficier des droits tels que le consentement éclairé et le partage des intérêts⁷⁴⁸. À partir du 1 juillet 2017, le détenteur de savoirs traditionnels de la médecine traditionnelle chinoise disposera d'un droit de consentement préalable en connaissance de cause.

Face à la Chine, l'Union européenne a toujours défendu une position en matière de connaissances traditionnelles favorable à un accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles basé le principe de directives politiques nationales, d'initiatives de co-réglementation, et sur l'autonomie des parties contractantes. Au cours des discussions avec la WIPO-IGC, l'Union européenne maintient fermement

⁷⁴⁷ En 2002, le projet du Droit de protection culturelle populaire nationale (transformé en 2004 en Droit de protection sur le patrimoine culturel immatériel de République populaire de Chine) soumis à l'assemblée nationale populaire adopte aussi le mode du droit public, mais la protection du droit privé a été ajoutée au projet (droit) de protection sur le patrimoine culturel immatériel de République Populaire de Chine.

⁷⁴⁸ Article 43, alinéa 2, Loi sur les médecines traditionnelles chinoises : Les détenteurs de droits des connaissances traditionnelles de la MTC jouiront du droit d'hériter et d'utiliser les connaissances traditionnelles de la MTC détenues par elles et de bénéficier des droits tels que le consentement éclairé et le partage des intérêts des connaissances traditionnelles de la MTC.

cette stratégie destinée à soutenir le commerce bilatéral et empêcher la nationalisation des savoirs traditionnels⁷⁴⁹.

2) FORME DU CONSENTEMENT PRÉALABLE EN CONNAISSANCE DE CAUSE

343. CPDCC : formalise du consentement. Qu'une autorité impose le droit au consentement préalable en connaissance de cause porte alors la réflexion sur ce qu'est ou doit être un tel consentement, quel doit être son formalisme. Pour cela cette autorité doit dans un premier temps exprimer et approuver distinctement le contenu essentiel d'un tel consentement, à savoir les éléments et conditions concernant la nature, le domaine, le délai et le partage des avantages de l'obtention et de l'utilisation des ressources génétiques ou du savoir traditionnel par le demandeur.

344. CPDCC : un accord écrit pertinent. Première considération : s'agissant potentiellement de sujets de droit privé, la véracité par écrit de l'accord sur ce consentement est indispensable. En effet, les communautés autochtones et locales qui offrent les connaissances traditionnelles sont des sujets reconnus de droit privé, or c'est elles potentiellement qui possèdent ou sont supposées posséder la propriété et le contrôle des connaissances traditionnelles. L'utilisateur ou bénéficiaire des connaissances traditionnelles étant également un sujet reconnu au plan du droit privé, le consentement préalable donné en connaissance entre ces sujets doit se formaliser par un contrat convenu entre eux pour l'obtention et le partage des avantages. Pourtant, ce consentement en connaissance de cause n'est pas qu'un simple contrat de droit privé, car il doit intégrer la réglementation de droit public du pays. Il est nécessaire que le contenu du contrat convenu entre les parties satisfasse aux normes minimales imposées par la législation en vigueur relative notamment à l'obtention et au partage des avantages du pays⁷⁵⁰. De plus, dans de nombreux cas, il convient que ce contrat soit vérifié et approuvé par les autorités administratives adéquates, sinon, il ne sera pas

⁷⁴⁹ Qin Tianbao : *Mode de contrôle sur l'obtention des ressources génétiques et du partage des avantages entre l'Union européenne et ses pays membres – source d'inspiration pour la Chine*, Technologie et loi, en février 2007.

⁷⁵⁰ Par exemple, le Brésil a fixé les articles essentiels d'un contrat pour l'utilisation des ressources génétiques et du partage des avantages à respecter entre le demandeur et le fournisseur des ressources.

valide⁷⁵¹. Dès lors, certaines législations requièrent que le consentement préalable donné en connaissance de cause des parties prenantes et/ou que la preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause soit communiqués à la ou les autorités nationales compétentes avant la délivrance du permis d'accès ou la signature du contrat d'accès. Cela concerne notamment des pays tels que l'Afghanistan, l'Afrique du Sud, l'Ouganda, le Panama et le Vanuatu⁷⁵². En outre, certains pays ont adopté différentes prescriptions en matière d'accès en fonction du type de demandeur. Par exemple, les régimes de l'Inde⁷⁵³, de la Bolivie⁷⁵⁴, du Brésil⁷⁵⁵ et des Philippines⁷⁵⁶ imposent des procédures variables suivant qu'elles doivent être menées par des sujets nationaux ou étrangers qui veulent obtenir l'accès aux ressources génétiques. D'autres pays, comme l'Afrique du Sud⁷⁵⁷, l'Australie⁷⁵⁸, le Bhoutan⁷⁵⁹, le Costa Rica⁷⁶⁰ et les

⁷⁵¹ Par exemple, l'Afrique du Sud fixe ce qu'il convient de demander au ministère de l'environnement afin que l'accord du transfert des ressources et l'accord sur le partage des avantages signés entre le demandeur et le fournisseur des ressources biologiques locales soient approuvés. Dans le cas contraire ces accords ne seront pas validés.

⁷⁵² En Afghanistan, un permis d'accès peut seulement être délivré si l'autorité nationale compétente est satisfaite des termes du consentement préalable donné en connaissance de cause des parties prenantes compétentes (section 64.4 de la loi sur l'environnement). Au Panama, le contrat entre les fournisseurs et le demandeur doit être connu de l'autorité nationale compétente avant la signature du contrat d'accès (décret panaméen, article 22). En Afrique du Sud, la délivrance d'un permis d'accès requiert que le demandeur et la partie prenante concluent un accord de transfert de matériel et un accord de partage des avantages (section 82 de la loi sur la biodiversité). En Ouganda, le demandeur doit obtenir, avant que l'autorité compétente puisse délivrer un permis d'accès, le consentement préalable donné en connaissance de cause d'une agence cheffe de file et doit conclure un accord accessoire avec l'agence cheffe de file, la communauté locale ou le propriétaire foncier. Le demandeur doit également conclure un accord de transfert de matériel avec l'agence cheffe de file (voir les sections 12, 14 et 19 de la réglementation ougandaise). Au Vanuatu, l'autorité compétente « doit s'assurer elle-même qu'un contrat juridiquement contraignant et exécutoire est conclu avec les propriétaires fonciers coutumiers, ou tout propriétaire des savoirs traditionnels » (cf. la section 34.6 b) de la loi sur l'environnement).

⁷⁵³ Par exemple, aux termes de la loi indienne sur la biodiversité (sections 3.2 et 19), le consentement préalable donné en connaissance de cause de la National Biodiversity Authority est exigé pour les étrangers. Différentes procédures sont établies pour les nationaux sous les sections 7, 23 et 24 de la même loi.

⁷⁵⁴ L'article 17 du décret bolivien stipule que les demandes d'accès soient adressées à un organe différent selon que le demandeur est étranger ou non.

⁷⁵⁵ L'article 16.6 de la loi provisoire brésilienne dispose que la participation d'une entité juridique étrangère à l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs qui leur sont associés sera autorisée seulement si une institution publique brésilienne, qui aura des activités de coordination obligatoires, est associée aux activités de l'entité juridique étrangère.

⁷⁵⁶ Les articles 14 et 15 de la loi des Philippines sur la conservation et la protection des ressources de la faune et de la flore sauvages (loi républicaine n° 9147 des Philippines) énoncent que « [Si] un demandeur est une entité ou une personne étrangère, une institution locale devrait participer activement aux activités de recherche, de collecte et, le cas échéant, au développement technologique des produits issus des ressources biologiques et génétiques ». Voir également la section 19.2 des Lignes directrices des Philippines pour les activités de prospection biologique.

⁷⁵⁷ Le régime d'accès et de partage des avantages de la loi sud-africaine sur la biodiversité régit la prospection biologique (section 80) qui traite seulement de « la recherche ou du développement ou de l'application des ressources biologiques indigènes à des fins d'exploitation commerciale ou industrielle » (section 1.1).

Philippines⁷⁶¹, ont établi différentes prescriptions selon que l'accès doit être accordé à des fins commerciales ou non commerciales. Certains pays, tels que l'Éthiopie⁷⁶², le Kenya⁷⁶³ et l'Ouganda⁷⁶⁴ tiennent compte de ces deux considérations pour soustraire de leur régime d'accès et de partage des avantages les activités de recherche menées à des fins d'éducation et entreprises par les institutions nationales.

3) LE POUVOIR D'APPROBATION ET DE REFUS

345. CPDCC : l'évaluation administrative. Conformément aux exigences du principe international de gestion transparente, les autorités nationales doivent adopter une attitude ouverte et transparente quand elles étudient le consentement préalable donné en connaissance présenté par le demandeur. Pour les contrats passés avec les communautés autochtones et locales, la divulgation des informations pertinentes n'est pas nécessaire d'un point de vue du droit privé, mais en général, ce consentement est souvent régi par le droit public, et souvent soumis à une approbation par l'État.

⁷⁵⁸ Les sections 8A.2 et 8A.3 de la réglementation australienne prévoient différentes prescriptions concernant l'accès aux ressources biologiques à des fins (potentiellement) commerciales plutôt que l'accès aux ressources biologiques à des fins non commerciales. Si les deux requièrent l'obtention d'un permis d'accès, l'accès à des fins (potentiellement) commerciales nécessite le consentement donné en connaissance de cause des propriétaires fonciers et un accord de partage des avantages avec chaque fournisseur d'accès aux ressources, alors que l'accès aux ressources biologique à des fins non commerciales nécessite seulement une autorisation écrite des fournisseurs d'accès et une copie de la déclaration légale octroyée à chaque fournisseur d'accès, déclarant que le demandeur n'a pas l'intention d'utiliser les ressources biologiques à des fins commerciales et s'engage à remettre un rapport écrit sur les résultats des recherches, de fournir un autre exemplaire taxonomique de chaque spécimen, de ne pas transférer quelque spécimen qui soit sans l'autorisation de chaque fournisseur d'accès et de ne pas mener ou autoriser d'autres à mener des activités de recherche-développement à des fins commerciales sur n'importe quelle ressource génétique ou élément biochimique.

⁷⁵⁹ Voir la section 6 de la loi du Bhoutan sur la biodiversité.

⁷⁶⁰ Voir l'article 71 de la loi costaricienne

⁷⁶¹ Aux Philippines, la collecte et l'utilisation des ressources biologiques à des fins non commerciales sont autorisées à la signature de l'accord avec l'autorité nationale compétente et la délivrance du permis est gratuite, tandis que la prospection biologique à des fins commerciales nécessite le consentement préalable donné en connaissance de cause des communautés locales affectées et des particuliers ainsi que le paiement de redevances sur les activités de la prospection biologique. Voir les sections 14 et 15 de la loi républicaine n° 9147 des Philippines.

⁷⁶² Selon la section 15.1 de la proclamation éthiopienne, les organismes publics de recherche, les établissements d'enseignement supérieur éthiopiens et les organisations intergouvernementales implantées dans le pays peuvent obtenir un permis d'accès sans être obligés de suivre rigoureusement la procédure d'accès.

⁷⁶³ La réglementation kényane autorise les activités de recherche à des fins éducatives au sein des instituts de recherche et des établissements universitaires kényans agréés, réglementées par les droits de propriété intellectuelle pertinents (section 3 d)).

⁷⁶⁴ La réglementation ougandaise ne s'applique pas aux activités de recherche menées à des fins d'éducation par les institutions ougandaises agréées par l'autorité compétente et qui n'aboutissent pas à l'accès aux ressources génétiques à des fins commerciales ou à l'exportation vers les autres pays (section 4.2 e)).

La *Convention de la diversité biologique* ne précise pas les situations dans lesquelles les pays souverains peuvent restreindre l'accès aux ressources génétiques, donc chaque pays peut établir sa propre loi dans son pays. La législation de l'Inde précise que l'Autorité, si elle le juge nécessaire et approprié, prend les mesures pour restreindre ou interdire la demande d'accès aux ressources biologiques pour les raisons suivantes⁷⁶⁵:

- les ressources génétiques demandées concernent des espèces en voie de disparition ;
- les ressources génétiques demandées concernent des espèces endémiques et rares ;
- la demande d'accès peut vraisemblablement avoir un impact négatif sur les moyens de subsistance des populations locales ;
- la demande d'accès peut entraîner un impact environnemental négatif qui peut être difficile à contrôler et à atténuer ;
- la demande d'accès peut provoquer une érosion génétique ou affecter un écosystème ;
- l'utilisation des ressources est contraire à l'intérêt national ou à d'autres accords internationaux connexes conclus par l'Inde.

Le Brésil impose juridiquement les mêmes conditions. Pour les ressources génétiques biologiques, seuls les établissements publics ou privés qui s'occupent de la recherche peuvent disposer des ressources génétiques biologiques du pays. Lorsqu'une entité étrangère intervient pour la collecte et l'obtention d'échantillons de ressources génétiques, celle-ci ne peut être approuvée que lorsque cette entité est liée à un établissement national, que cet établissement a la responsabilité de s'occuper de la coordination des activités autour de ces ressources génétiques, et que toutes les parties intéressées travaillent sur la recherche.

Il existe également d'autres pays ayant légiféré sur des dispositions relatives à des procédures aboutissant à l'autorisation ou au refus en matière de consentement préalable en connaissance de cause, par exemple le Bhoutan (sections 9 et 10 de la loi sur la biodiversité), la Bolivie (sections 23 à 29 de son décret) et l'Éthiopie (sections 13 et 14 de sa proclamation)⁷⁶⁶.

346. Ce tour d'horizon international permet de conclure à l'hétérogénéité patente des exigences nationales en matière de CPDCC. Celui-ci s'accommode des conditions politiques dans lesquelles ces exigences ont été conçues et dépend de l'importance que

⁷⁶⁵ Règlement de 2004 sur la diversité biologique en Inde, article 16 Restriction sur les activités liées à l'accès aux ressources biologiques.

⁷⁶⁶ UNEP/CBD/WG-ABS/5/4, p. 7.

le pays lui a consacrée. Néanmoins les évolutions restent possibles en faveur d'une amélioration de la protection des SFTM par cette protection positive, progrès que chaque pays peut puiser dans les exemples qu'il trouvera chez ses voisins internationaux. Dans ce cadre le CPDCC est avec la divulgation d'origine un préalable nécessaire pour le déploiement d'une protection positive qui puisse procurer concrètement des moyens matériels aux détenteurs, grâce au partage juste et équitable des avantages.

SECTION 2 : LE PARTAGE JUSTE ET ÉQUITABLE DES AVANTAGES

347. À partir de la CDB puis des Lignes directrices de Bonn, le Protocole de Nagoya constitue la pierre angulaire de cette protection positive du SFTM. À ce titre, il est intéressant de comprendre le déploiement de cet accord en matière de partage des avantages depuis sa genèse, et sa déclinaison en Europe et en Chine.

§ 1 : Un déploiement laborieux depuis la CDB

348. Le Protocole de Nagoya dispose d'un contexte spécifique qui est à l'origine de sa création et de sa ratification. Il apporte des avancées notables en matière de PJEA.

A) La CDB à la source

349. **Genèse du Protocole de Nagoya, la CDB en défaut sur le PJEA.** Le *Protocole de Nagoya* est un traité international adopté en octobre 2010 qui porte des instructions sur l'exploitation des connaissances traditionnelles relatives aux ressources génétiques et au partage des avantages. Il n'entrera en vigueur qu'en octobre 2014. Le Protocole vise notamment à instaurer le partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques d'une manière juste et équitable⁷⁶⁷. Mais sa genèse remonte à celle de la Convention sur la diversité biologique, en 1992, dans un contexte particulièrement marqué par la biopiraterie. La Convention s'était chargée en troisième objectif d'établir des règles concernant le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques, suivant l'idée que si le partage des avantages est respecté, la protection et l'utilisation durable de la diversité

⁷⁶⁷ Premier article du Protocole de Nagoya

biologique seront encouragées. Les dispositions concernant l'accès aux ressources génétiques et l'établissement des règles du partage des avantages sont précisées dans l'article 15 de la Convention. Selon les articles 15.1e et 15.7e de la Convention, la législation du pays joue un rôle essentiel dans l'obtention des ressources génétiques et le partage des avantages. Cependant, jusqu'en 2007, sur les 189 Parties signataires de la convention, seules 39 d'entre elles ont établi une législation correspondante ou se sont préparées à l'établir⁷⁶⁸. Il est à noter que ces 39 parties contractantes sont des pays en voie de développement, souvent fournisseurs de ces ressources génétiques. Ces pays espèrent ainsi accéder à une place confortable dans ces échanges en prenant des mesures législatives, notamment, en régularisant les activités d'exploitation des ressources génétiques de leur pays. Contrairement à ces pays en voie du développement qui adaptent leur législation de manière à répondre aux dispositions de la Convention, les pays développés qui possèdent des technologies biologiques avancées et utilisent des ressources génétiques ne s'acquittent pas de l'obligation précisée par l'article 15.7 de la Convention en prenant des mesures juridiques dans les dix ans qui suivent la signature de cette convention. En réalité, la Convention n'exige pas que les pays qui fournissent les ressources génétiques posent un cadre juridique aux activités qui agissent sur elles, mais elle contraint les pays développés à partager les avantages avec les pays qui fournissent les ressources génétiques en s'imposant des mesures juridiques, administratives ou politiques⁷⁶⁹. Dans les faits, les pays qui ont pris des mesures législatives sont en pratique des pays en développement, qui n'ont pourtant pas cette obligation, alors que les pays développés qui ont cette obligation sont restés attentistes. Puisque les pays développés n'ont généralement pas pris les mesures législatives adéquates pour une obligation de partage des avantages avec les pays fournisseurs, les pays en voie de développement ont donc pris des mesures législatives qui visent à limiter l'accès aux ressources génétiques afin de contrer les utilisations abusives de leurs ressources⁷⁷⁰. De telles législations ont évidemment fait l'objet de nombreuses

⁷⁶⁸ Aperçu général des développements nationaux ou régionaux récents relatifs à l'accès et au partage des avantages. UNEP/CBD/WG-ABS/5/4, 30 août 2007, p.3.

⁷⁶⁹ Article 15 (7), Chaque Partie contractante prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées, conformément aux articles 16 et 19 et, le cas échéant, par le biais du mécanisme de financement créé en vertu des articles 20 et 21, 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

⁷⁷⁰ EVANSON CHEGE Kamau. BEVIS Fedder, GERD Winter, *The Nagoya Protocol on Access to Genetic*

critiques, telles que des défauts de clarté, des restrictions trop strictes pour l'accès aux ressources génétiques, des coûts d'accessibilité trop élevés et l'opacité des processus d'autorisation. Elles subissent surtout le reproche de ne pas respecter l'article 15.2 de la Convention⁷⁷¹.

350. Protocole de Nagoya, les Lignes directrices de Bonn en défaut. Sur le constat que le troisième objectif de l'article 15 de la CDB est resté peu appliqué par l'ensemble des pays signataires, et pour favoriser un équilibre entre les parties contractantes qui puisse satisfaire les besoins réciproques, la Conférence des Parties de la CDB a adopté en avril 2002 des « *Lignes directrices de Bonn* » lors de sa sixième réunion⁷⁷². *Les Lignes directrices de Bonn* sont élaborées afin d'aider les États pour l'adoption de mesures législatives, administratives ou politiques destinées à régir l'accès aux ressources biologiques et le partage des avantages dans leurs pays. Toutefois ces *Lignes directrices* présentent des déséquilibres évidents. Par exemple leur contenu reste incomplet, et manque de force juridique contraignante. Il porte une attention favorable à l'égard l'utilisateur, au détriment du fournisseur. Il omet par exemple d'imposer à l'utilisateur son devoir de respecter et d'appliquer le régime de l'obtention et du partage des avantages fixé par les pays qui fournissent les ressources. Plus grave encore *les Lignes directrices de Bonn* ne répondent pas aux besoins des pays membres qui attendent des solutions pratiques qui puissent être mises en œuvre concrètement. Ces *Lignes directrices de Bonn* n'ont pas apporté non plus de solution aux obstacles rencontrés dans la mise en œuvre du partage juste et équitable des avantages⁷⁷³. Dès lors les pays en voie du développement floués vont relancer de nouvelles négociations sur ce sujet, afin d'aboutir à une résolution effective, complète et efficace conforme au troisième objectif et à l'article 15 de la CDB. Durant cette même sixième réunion de la Conférence des Parties contractantes à la CDB est adopté

Resources and Benefit Sharing : What is New and What are the Implications for Provider and User Countries and the Scientific Community ? Law, Environment and Development Journal, Vol. 6(3), 2010, p.246-262.

⁷⁷¹ Article 15 (2), Chaque Partie contractante s'efforce de créer les conditions propres à faciliter l'accès aux ressources génétiques aux fins d'utilisation écologiquement rationnelle par d'autres Parties contractantes et de ne pas imposer de restrictions allant à l'encontre des objectifs de la présente Convention.

⁷⁷² Introduction des Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation : « On dénomme ainsi [les Lignes directrices de Bonn] car c'est à Bonn que la première version en a été établie, lors d'une réunion intergouvernementale tenue en octobre 2001 ; le projet de texte a ensuite été adopté, avec quelques modifications, par la Conférence des Parties à la Convention lors de sa sixième réunion, à La Haye, en avril 2002. »

⁷⁷³ BHATTI S., CARRIZOSA S., MCGUIRE P., YOUNG T., *Contracting for ABS: The Legal and Scientific Implications of Bioprospecting Contracts*, IUCN, Gland, Switzerland, 2009, p.29.

un plan stratégique, avec la mission « d'assurer d'ici 2010 une forte réduction du rythme actuel de perte de diversité biologique aux niveaux mondial, national et régional, afin de contribuer à la réduction de la pauvreté dans le monde, et au profit de toutes les formes de vie sur terre ». Cet objectif pour 2010 a été approuvé par la suite par les chefs d'États et de gouvernements présents au Sommet mondial pour le développement durable en septembre 2002 à Johannesburg, en Afrique du Sud⁷⁷⁴. Les États se sont engagés lors de ce sommet à réduire fortement avant 2010 le rythme de perte de biodiversité aux niveaux mondial, régional et national. Cet engagement doit ainsi contribuer à l'atténuation de la pauvreté, et profiter à toutes les formes de vie sur la planète (« objectif de biodiversité de 2010 »). Cet objectif est ensuite largement plébiscité en 2004 par la Conférence des Parties de la CDB lors de sa septième réunion. À cette occasion un groupe de travail spécifique à composition non limitée est mandaté pour concevoir un régime international qui puisse permettre de déployer la mise en œuvre de l'article 8j de la CDB⁷⁷⁵.

351. Protocole de Nagoya, un accord de la dernière heure. Les négociations de ce groupe progressent lentement et difficilement sur des avis très divergents, et durent formellement de début 2004 à 2010. Le 29 octobre 2010 la négociation est entrée dans une impasse, elle est alors rompue. Pour permettre de trouver une issue, le ministre japonais de l'environnement, alors Président de la dixième réunion de la Conférence des Parties de la CDB soumet alors un projet de compromis à toutes les Parties contractantes. Ce projet est adopté dans la nuit du 29 au 30 octobre 2010 et prend le nom de *Protocole de Nagoya sur l'Accès aux ressources génétiques et le Partage juste et équitable des Avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique (Protocole de Nagoya sur l'APA ou plus simplement Protocole de Nagoya)*. Le *Protocole de Nagoya* est venu ainsi développer et enrichir l'article 15 de la CDB. Le protocole a également permis d'établir un cadre général sur l'accès et le partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et l'obtention des connaissances traditionnelles relatives aux ressources génétiques. Ce sont essentiellement les articles 5 et 7 qui ont permis d'établir ce cadre. L'article 5 concerne

⁷⁷⁴ <https://www.greenfacts.org/fr/perspectives-mondiales-biodiversite/1-2/2-objectif-biodiversite-2010.htm>

⁷⁷⁵ UNEP/CBD/COP/7/21, P.287 - La Conférence des Parties décide qu'une réunion du groupe de travail spécial intersessions à composition non limitée sur l'article 8 j) et les dispositions connexes, financée à partir du budget ordinaire (BY), se tiendra avant la huitième réunion de la Conférence des Parties afin de faire progresser la mise en œuvre du programme de travail sur l'article 8 j) et les dispositions connexes.

le partage juste et équitable des avantages, l'article 7 concerne l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

B) la contribution du *Protocole de Nagoya*

352. Le partage des avantages est un des trois principes défendu par la CDB et le principal objectif abordé par le *Protocole de Nagoya*.

353. Le Protocole de Nagoya et le partage des avantages. Ce *Protocole de Nagoya* a prévu le partage des avantages afin d'assurer que ces avantages, financiers ou autres, puissent encourager ou apporter un soutien financier aux pays fournisseurs ou aux communautés autochtones dans le domaine du développement durable et de la diversité biologique. Dans ce but, le *Protocole de Nagoya* a précisé les dispositions concernant ce partage des avantages issus des connaissances traditionnelles, notamment en son article 5.5. Cet article précise stipule ainsi que « *Chaque Partie prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon qu'il convient, afin que les avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques soient partagés de manière juste et équitable avec les communautés autochtones et locales détentrices de ces connaissances. Ce partage s'effectue selon des conditions convenues d'un commun accord.* ». Ainsi les Parties ont la responsabilité de prendre des mesures, afin de partager les avantages générés par les connaissances traditionnelles avec les peuples et les régions. La disposition de ce chapitre est plus concrète et contraignante que l'article 8j de la CDB, mais aussi plus explicite⁷⁷⁶. On notera d'ailleurs que l'expression « afin que » utilisée dans l'article 5.5 sur le partage des avantages, article associé aux connaissances traditionnelles, est plus directive en terme d'obligation de résultat que celle de « dans le but d'assurer » utilisée dans les articles 5.2⁷⁷⁷ et 6.2⁷⁷⁸ qui ne sont pas centrés sur les connaissances

⁷⁷⁶ Article 8j) de la CDB : « [Chaque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra :] Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, 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 »

⁷⁷⁷ Article 5.2. Chaque Partie prend des mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon qu'il convient, dans le but d'assurer que les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques

traditionnelles mais sur le partage des avantages découlant des ressources génétiques. Ceci peut s'interpréter comme une volonté internationale de reconnaître le droit d'administrer, de contrôler et d'exploiter les connaissances traditionnelles par les peuples autochtones et les régions locales. Il abonde ainsi à ce que chaque pays prenne des mesures pour approuver et protéger ces droits. En matière de droits relatifs aux connaissances traditionnelles, ce chapitre mentionne que les avantages doivent être partagés de manière juste et équitable avec les communautés autochtones et locales détentrices de ces connaissances. L'article 7 du *Protocole de Nagoya* affirme un droit de propriété des communautés autochtones et locales sur ces connaissances traditionnelles⁷⁷⁹.

354. Dès lors, avec la ratification de la CDB, des *Lignes directrices de Bonn*, et surtout du *Protocole de Nagoya*, l'Europe et la Chine adhèrent progressivement à la possibilité donnée aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels, et donc aux SFTM de disposer d'une protection positive. Mais après la ratification il appartient à chaque pays d'en transposer les conclusions en droit national.

§2 : Panorama législatif sur le PJE, influence du Protocole de Nagoya

355. Dans ce cadre de ces transpositions, le travail réalisé par l'Europe, dont la France, et par la Chine, sont éloquentes.

qui sont détenues par les communautés autochtones et locales, conformément à la législation interne relative aux droits établis desdites communautés sur ces ressources, sont partagés de manière juste et équitable avec ces communautés selon des conditions convenues d'un commun accord.

⁷⁷⁸ Article 6.2. Conformément à son droit interne, chaque Partie prend, selon qu'il convient, les mesures nécessaires pour s'assurer que le consentement préalable donné en connaissance de cause ou l'accord et la participation des communautés autochtones et locales sont obtenus pour l'accès aux ressources génétiques, dès lors que leur droit d'accorder l'accès à ces ressources est établi.

⁷⁷⁹ Article 7 du Protocole de Nagoya : accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques : « Conformément à son droit interne, chaque Partie prend, selon qu'il convient, les mesures appropriées pour faire en sorte que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques détenues par les communautés autochtones et locales soit soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation de ces communautés autochtones et locales, et que des conditions convenues d'un commun accord soient établies».

A) En Europe

356. L'Europe plutôt favorable au PJEA. Pour l'Union européenne, le partage juste et équitable des avantages découlant des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles favorise la protection et l'utilisation durable de la diversité biologique. L'UE est attachée à la mise en œuvre des dispositions de la CDB sur l'accès et partage des avantages (APA) et participe activement à la négociation des Lignes directrices de Bonn. Celles-ci sont susceptibles de contribuer au développement durable en permettant que les avantages qui découlent de l'utilisation des ressources génétiques puissent servir à améliorer la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique⁷⁸⁰. En effet, bien qu'étant au rang des nations dites développées, l'Union européenne adopte de manière générale une politique affichée en faveur de la diversité biologique. Ainsi dès 1992 l'Union européenne signe la *Convention sur la diversité biologique* - le 13 juin 1992 précisément - et y apporte son approbation le 21 décembre 1993. Au contraire les États Unis qui ont signé la CDB le 4 juin 1993, mais ne l'ont toujours pas ratifié 25 ans plus tard, et sont restés les seuls au monde à ne pas l'avoir ratifié⁷⁸¹. Quant à l'accès et au partage des avantages des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles, la politique de l'Union européenne a opté en faveur d'une coopération internationale, en particulier la coopération avec les pays en voie du développement plutôt que pour des mesures répressives. L'Union européenne a toutefois signé le *Protocole de Nagoya* le 23 juin 2011, l'a approuvé le 16 mai 2014, à l'inverse des États-Unis qui en 2017 n'auront toujours pas signé le Protocole⁷⁸². L'Europe est historiquement une grande utilisatrice des ressources génétiques, tant pour la recherche que pour le développement des produits. Mais elle joue également le rôle de fournisseur de ressources car elle bénéficie d'une diversité biologique importante, notamment autour de la Méditerranée⁷⁸³. Mais en matière d'accès et de partage des avantages, l'Union européenne se positionne bien plus en tant qu'utilisateur que de

⁷⁸⁰ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil - Mise en oeuvre par la Communauté européenne des «Lignes directrices de Bonn» sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui en découlent au titre de la Convention sur la diversité biologique, COM(2003) 821 final, p.5.

⁷⁸¹ <https://www.cbd.int/information/parties.shtml>

⁷⁸² <https://www.cbd.int/abs/nagoya-protocol/signatories/default.shtml>

⁷⁸³ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil - Mise en oeuvre par la Communauté européenne des « Lignes directrices de Bonn » sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui en découlent au titre de la Convention sur la diversité biologique, Bruxelles, le 23/12/2003, COM(2003) 821 final , p.7.

fournisseur⁷⁸⁴, et son positionnement en matière d'obtention des ressources génétiques et du partage des avantages est plus en adéquation avec les États-Unis. Elle conserve toutefois dans ce domaine une attitude de défiance plus modérée. C'est ainsi par exemple que durant la 6^{ème} réunion de la Conférence des Parties à la CDB, intervenant au nom de la Communauté Européenne et de ses États membres, le représentant de la Belgique avait déclaré que l'Union européenne s'était engagée sur le principe du partage juste et équitable des avantages issus de l'utilisation des ressources génétiques. Dès lors, exprimant son soutien pour l'élaboration de Lignes directrices sur l'accès et le partage des avantages⁷⁸⁵, la représentante défendit la position qu'elles devaient servir à aider les Parties et les acteurs concernés à élaborer, selon le besoin, des mesures législatives, administratives et de politique générale, ainsi que des arrangements contractuels sur l'accès et le partage des avantages⁷⁸⁶.

Sur la base des principes du partage juste et équitable des avantages, l'Europe a établi certains mécanismes juridiques dans le domaine de la protection des connaissances traditionnelles. Elle édicte tout d'abord en 1998 la *Directive 98/44/CE* et en 2014 le Règlement (UE) n°511/2014 et le Règlement (UE) d'exécution 2015/1866.

1) LA DIRECTIVE 98/44/CE EN FACILITATRICE

357. La Directive 98/44/CE, inspirée de la CDB. La *Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 06 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*, constitue un premier document juridique destiné à faciliter les dispositions relatives au partage des avantages de la *Convention de la Diversité Biologique*, bien qu'elle ne mentionne pas directement de mesures relatives au partage des avantages. En effet elle encourage les demandeurs à présenter la source des matières biologiques utilisées dans l'invention de la technologie biologique⁷⁸⁷. Cela

⁷⁸⁴ Ces activités se déroulent souvent dans des pays où la diversité biologique est la plus riche de la planète (pays dits «à mégabiodiversité», essentiellement en Amérique latine, en Asie du Sud-Est, en Océanie et, dans une certaine mesure, en Afrique). Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil - Mise en oeuvre par la Communauté européenne des «Lignes directrices de Bonn» sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui en découlent au titre de la Convention sur la diversité biologique, Bruxelles, le 23/12/2003, COM(2003) 821 final , p.7.

⁷⁸⁵ Avec un éventail d'approches variées autres comme les codes de bonne conduite, les indicateurs, les accords types, ainsi que les Lignes directrices sectorielles mises au point par d'autres organisations.

⁷⁸⁶ Rapport groupe de travail ad hoc à composition non-limitée sur l'accès et le partage des avantages, UNEP/CBD/COP/6/6, paragraphe 19.

⁷⁸⁷ Paragraphe 27 de l'avant-propos : considérant que, si une invention porte sur une matière biologique

favorise ainsi le consentement préalable donné en connaissance de cause par les pays d'origine des ressources génétiques et des conditions convenues d'un commun accord lors de l'obtention des ressources. Les États membres sont tenus de prendre en considération l'article 8j) de la Convention de la Diversité Biologique lors du déploiement des dispositions législatives réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive⁷⁸⁸. Il est à noter que l'article 1 alinéa 2 de la *Directive 98/44/CE* précise que « la présente directive n'affecte pas les obligations découlant, pour les États membres, des conventions internationales, et notamment de l'accord ADPIC et de la Convention sur la diversité biologique ». Étant donné qu'il n'y a pas de consensus pour résoudre le différend qui oppose l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et la Convention de la Diversité Biologique (CDB), la *Directive 98/44/CE* y fait référence mais sans apporter une orientation tranchée sur la question.

2) LES RÈGLEMENT (UE) N° 511/2014 ET LE RÈGLEMENT (UE) D'EXÉCUTION 2015/1866

358. Le Règlement (UE) n°511/2014 et le Règlement (UE) d'exécution 2015/1866, inspirés du Protocole de Nagoya. Quelques années plus tard l'UE déploie le Règlement (UE) n°511/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux mesures concernant le respect par les utilisateurs dans l'Union du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, complété par le Règlement (UE) d'exécution 2015/1866. Toutefois ces règlements ne rendent pas d'orientations détaillées sur tous les aspects concernant l'accès et le partage des avantages, simplement ils servent de critère

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 ;

⁷⁸⁸ Article 55 de l'avant-propos des Directives : considérant que la Communauté, à la suite de la décision 93/626/CEE (7), est Partie à la convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992 ; que, à cet égard, les États membres, dans le cadre de la mise en vigueur des dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive, tiennent compte notamment de l'article 3, de l'article 8, point j), et de l'article 16, paragraphe 2, deuxième phrase, et paragraphe 5, de ladite convention.

de référence pour tous les pays membres sur lequel les législations de chaque pays pourront venir s'appuyer. En effet, ces Règlements n'imposent aux utilisateurs que de faire preuve de « diligence nécessaire ». Mais chaque État membre de l'UE reste compétent pour fixer son propre régime d'accès aux ressources se trouvant sous sa souveraineté et les modalités en matière de partage des avantages.

B) En France

359. Sous l'influence de l'Union européenne, la France a signé le Protocole de Nagoya le 20 septembre 2011, qu'elle a ratifié le 31 août 2016⁷⁸⁹. À la suite, la France a établi la Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 dénommée *Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages* qui a été adoptée par l'Assemblée nationale le 20 juillet 2016 après deux ans de débat. Enfin la France adopte le Décret n° 2017-848 du 9 mai 2017 relatif à l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées et au partage des avantages découlant de leur utilisation. Ce texte entre en vigueur le 1er juillet 2017.

360. En France, une loi inspirée du Protocole de Nagoya. La *Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016* autorise la ratification du protocole de Nagoya signé en 2011 par la France, que les richesses en outre-mer ont motivé à lutter contre la biopiraterie. Elle réglemente l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées, en vue d'assurer un partage juste et équitable des avantages économiques. La loi prévoit que les communautés d'habitants seront simplement informées lorsqu'un accès aux ressources génétiques est prévu sur leur territoire. Il est à noter qu'elles seront informées et non pas consultées. Le titre V de cette loi énonce que ces communautés pourront bénéficier d'avantages résultant des recherches entreprises sur la base de leurs SFT, mais il n'a quasiment pas d'effet rétroactif dans l'utilisation des ressources, car seul une exploitation dans le cadre d'un nouveau domaine d'activités sera soumise au nouveau régime d'accès. Par ailleurs la loi donne naissance à un nouvel opérateur national pour la biodiversité dénommé Agence pour la biodiversité. Cette entité exerce notamment les missions de police administrative et de police judiciaire relative à l'eau

⁷⁸⁹ <https://www.cbd.int/abs/nagoya-protocol/signatories/default.shtml>

et l'environnement. Elle est composée d'environ 1200 agents répartis sur l'ensemble du territoire français comprenant la métropole et les territoires d'outre-mer.

361. En France, un décret inspiré du Protocole de Nagoya. Le décret n° 2017-848 fixe des règles en matière de police administrative, s'agissant des procédures déclaratives et d'autorisation d'utilisation de ressources génétiques ou de connaissances traditionnelles associées. Les modalités d'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées et le partage des avantages découlant de leur utilisation sont désormais précisées au sein du code de l'environnement.

362. PJEA : l'apport de la loi 2016-1087 et du décret 2017-848.

Le régime d'accès et partage des avantages est décrit dans le titre V de la loi n°2016-1087. Le Décret n°2017-848 est un des décrets d'application de cette loi. Selon cette loi et son décret d'application, les règles diffèrent pour un accès à des ressources génétiques et pour un accès à des connaissances traditionnelles associées. Ces règles sont assez similaires que celles appliquées pour le consentement préalable en connaissance de cause.

Concernant l'utilisation de ressources génétiques : si celle-ci est sans objectif commercial, la procédure de déclaration s'applique. Dans ce cas, il n'est pas requis de consentement préalable ni de contrat de partage des avantages. Si l'utilisation des ressources génétiques est à but commercial, la procédure d'autorisation préalable s'applique. L'utilisateur doit faire une demande d'autorisation préalable auprès de l'autorité compétente et négocier avec elle les modalités du partage des avantages. La loi prévoit que l'autorité compétente est le ministère chargé de l'environnement, sauf pour certains territoires d'outre-mer⁷⁹⁰. Le partage des avantages doit être établi par voie contractuelle. L'absence d'accord sur le partage des avantages résultant de l'utilisation des ressources génétiques emporte refus de la demande d'accès aux ressources génétiques. Lorsque le demandeur et l'autorité compétente ne parviennent pas à un accord sur le partage des avantages et qu'une procédure de conciliation est envisagée, ce sont les règles fixées pour la médiation par le code de justice administrative qui s'appliquent⁷⁹¹.

Concernant l'utilisation de connaissances traditionnelles associées à des ressources

⁷⁹⁰ Article L.412-15, Code de l'environnement.

⁷⁹¹ Article R. 412-21, Code de l'environnement.

génétiques impliquant les communautés d'habitants : l'utilisateur doit faire une demande d'autorisation préalable auprès de l'autorité compétente et négocier avec elle les modalités du partage des avantages, et ce, que cette utilisation soit à but commercial ou non. La demande d'autorisation doit être présentée au ministre de l'Environnement et aura fait intervenir les personnes morales de droit public désignées par la loi n° 2016-1087. Ces personnes morales sont également chargées d'identifier les porteurs de savoirs et de recueillir leur consentement préalable en connaissance de cause.

Les modalités de partage des avantages sont précisées dans le cadre l'article L412-8-V du Code de l'environnement. Celui-ci prévoit que les contributions financières susceptibles d'être versées par les utilisateurs sont calculées sur la base d'un pourcentage du chiffre d'affaires annuel mondial hors taxes réalisé et des autres revenus, quelle que soit leur forme, perçus grâce aux produits ou aux procédés obtenus à partir de la ou des ressources génétiques faisant l'objet de l'autorisation. Ce pourcentage ne doit pas dépasser 5 %, quel que soit le nombre de ressources génétiques couvertes par l'autorisation. De cette volonté avantageuse pour les porteurs de ressources, il subsiste toutefois quelques craintes quant à son efficacité, dans la mesure où cette rémunération espérée n'advient peut-être jamais. En effet, une demande d'accès à une ressource génétique n'implique pas automatiquement un bénéfice. Dès lors sur cette base, une négociation d'avantages futurs et incertains peut ne sembler pour les protagonistes qu'une simple perte de temps et d'énergie⁷⁹².

C) L'influence du *Protocole de Nagoya* sur la Chine

363. En Chine, une loi inspirée du Protocole de Nagoya. Avant la prise en considération par la Chine du *Protocole de Nagoya* le 8 juin 2016, il n'existe pas de législation sur le partage des avantages découlant des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associés en Chine⁷⁹³. La Loi sur l'élevage des animaux en son article 16 est la seule à envisager le principe de partage des avantages⁷⁹⁴. Mais les

⁷⁹² TARDIEU-GUIGUES (E.), *Réflexions sur la loi française relative à la biodiversité*, Propriété industrielle, n° 2, Février 2016, étude 3, n°22.

⁷⁹³ XUE Dayuan, *Le contenu principal du Protocole de Nagoya et ses influences potentielles*, Revue de Biodiversité, 2011, 19 (1), p.113-119.

⁷⁹⁴ Animal Husbandry Law of the People's Republic of China, article 16, Where any livestock or poultry genetic resource included in the protection list is to be exported from China or is to be researched and

dispositions cette loi ne présentent que des simples règles de principe qui n'ont pas d'efficacité opérationnelle.

Le 25 décembre 2016, la « Loi sur les médecines traditionnelles chinoises » est publiée, pour n'entrer en vigueur que le 01 juillet 2017. Cette loi présente donc dans le domaine du partage des avantages une avancée législative substantielle. C'est en effet la première fois que sont prescrites des dispositions claires et explicites sur le partage des avantages découlant des connaissances traditionnelles en médecine chinoise⁷⁹⁵. Cette loi prévoit que les détenteurs de connaissances traditionnelles relatives à la MTC jouiront du droit de les transmettre, de les utiliser, et de bénéficier des droits tels que le consentement préalable et le partage des avantages liés à l'utilisation de ces connaissances. Mais cette nouvelle loi porte le même écueil que sa grande sœur relative à la Loi sur l'élevage des animaux, elle ne donne pas de règles pratiques pour mettre en œuvre des dispositions sur le partage notamment sur le qui, quoi, et comment de ce partage. Elle reste désespérément muette sur les modalités pour la demande d'autorisation, sur la définition de l'autorité compétente, sur les moyens de résoudre les désaccords sur le partage.

364. Ainsi donc jusqu'en 2016, la Chine est restée à l'écart d'une législation sur le partage de des avantages sur les connaissances traditionnelles, puis une loi de 2016 sur la MTC le prévoit enfin, mais en restant particulièrement imprécise sur les modalités pratiques d'application. Et pourtant, en Chine comme en Europe, la production de ces législations récentes issues du *Protocole de Nagoya* n'est pas anodine, elle répond à de nombreux exemples d'incohérences juridiques et de biopirateries patentes relevées sur plusieurs décennies dans le monde.

utilized within China in cooperation with any foreign institution or individual, the applicant shall file an application with the stockbreeding and veterinary administrative department of the provincial people's government and shall simultaneously put forward a plan on sharing the benefits with the state. The stockbreeding and veterinary administrative department that accepts the application shall, upon examination, submit them to the stockbreeding and veterinary administrative department of the State Council for approval.

⁷⁹⁵ Loi sur les médecines traditionnelles chinoises, article 43 alinéa 2, The right-holders of TCM traditional knowledge shall enjoy the rights to inherit and use TCM traditional knowledge held by them, and enjoy the rights such as informed consent and interest sharing of TCM traditional knowledge.

CONCLUSION TITRE II

365. Conclusion Titre II. En matière de protection défensive, la création de bases de données et de registres dans lesquelles sont repris les SFTM permet de disposer d'une preuve attestant que ce SFTM fait partie de l'état de la technique, et de rendre caduque la condition de nouveauté et de créativité indispensables pour la validité d'un brevet. L'inconvénient principal de ces bases de données est de nuire ainsi à l'aspect secret du SFT, quand bien même ces bases de données soient ouvertes et accessibles ou potentiellement secrètes. La solution pertinente serait donc de distinguer le SFT suivant son état de secret. Lorsque le SFT ne l'est plus vraiment, il pourrait intégrer une base de données montrant qu'il relève de l'état de la technique, et lorsqu'il est encore secret, il intégrerait un registre national qui puisse conserver sa vertu secrète. Les difficultés à surmonter concernent premièrement la garantie de disposer du consentement préalable en connaissance de cause du détenteur pour porter ses savoirs dans de telles bases ou registres, et par ailleurs de faire en sorte que les instances qui délivrent les brevets puissent y accéder en dépit des mesures visant à conserver ce SF secret.

Également en matière de protection défensive, la Chine a intégré des dispositions concernant l'obligation de divulgation d'origine lors de la modification de sa loi sur les brevets en 2008. Un manquement ou faute sur la divulgation lors de la demande de brevet est susceptible d'entraîner son rejet ou le retrait de la demande, mais pas sa nullité. De son côté, la législation française ne prévoit pas de disposition en matière de divulgation d'origine. Pourtant l'Europe a fixé quelques dispositions dans ce domaine dans la Directive 98/44/CE mais sans force contraignante, et elle insiste dans son Règlement 511/2014 sur un partage juste et équitable des avantages. L'Europe ne se veut donc pas punitive en la matière, et préfère des dispositions contractuelles susceptibles de réparer des dommages. Toutefois, de façon générale, un renforcement

de la protection la divulgation d'origine serait de nature à faciliter la protection des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés.

366. Par ailleurs, le consentement préalable en connaissance de cause est un outil pertinent associé aux protections positives utiles au SFTM, qui permet d'en assurer le partage des avantages, en agissant comme un verrou de sécurité. Le principe est déjà présent dans les dispositions de la CDB, il est renforcé par le *Protocole de Nagoya* et ses déclinaisons internationales, notamment en Chine, en Europe, dont la France. Un travail législatif reste à mener toutefois pour surmonter des lacunes sensibles : son champ d'application n'est pas rétroactif, or de nombreuses entités multinationales ont déjà collecté des plantes en conservation ex situ et échappent ainsi aux contraintes du Protocole. Par ailleurs ce Protocole prévoit dans son article 7 que le contrôle des richesses et des SFT soit assuré par les communautés locales et autochtones, mais en Chine ce principe est en contradiction avec la *Loi sur le patrimoine immatériel* qui donne le contrôle au gouvernement. Bien que la *Loi sur les médecines traditionnelles chinoises* redonne ce pouvoir au « détenteur » du SFTM et vient nuancer cette contradiction, elle ne précise pas qui est le détenteur. Ces imprécisions rémanentes sur la notion de détenteur des droits risque de laisser des situations défavorables aux communautés autochtones, comme ce fut le cas jusqu'à présent. Une voie de progrès en Chine sera donc d'affiner la précision de cette notion de détenteur. Les éléments présentés nous portent à conclure que le gouvernement peut et doit intervenir en aide mais de façon générale ne doit pas être ce détenteur. Une voie de défense à porter est donc celle qui permettra aux communautés autochtones de pouvoir disposer de contrats équitables et protecteurs dans ces partages des avantages, avec nécessairement l'intervention de la force publique et compétente.

CONCLUSION PARTIE SECONDE

367. La première partie de cette étude a permis de cerner le contexte juridique actuel et le passé relatif au SFTM, la seconde partie d'étudier les solutions potentielles pour sa protection. Sur ce point le domaine de la propriété intellectuelle offre de prime abord des perspectives intéressantes. En premier, le brevet s'avère un outil essentiel qui pourrait sembler utile pour la protection mais qui dans les faits se révèle au contraire une menace majeure au SFT, car il permet d'individualiser et de privatiser les sources efficaces des SFT en les modifiant légèrement et parfois même en les utilisant dans leur forme originelle. De plus, les SFT ne sont généralement pas en mesure de répondre aux critères de brevetabilité. En marge du système des brevets sont possibles les recours au secret commercial, au droit des marques, à l'indication géographique. Ces voies de protection offrent des perspectives certes existantes et parfois utilisées, mais loin d'être adaptées à l'ensemble des SFT. Enfin de manière générale sur les questions relatives au détenteur du droit sur la PI, sur le principe que la PI protège des intérêts individuels et non collectifs, sur la durée de protection limitée d'un droit de PI, et sur ce que peut

protéger la PI qui n'est qu'une partie résultante d'un SFT, notre étude parvient à la conclusion que la PI s'avère généralement déficiente pour protéger les SFT.

Hors du champ de la PI existent des voies de sécurisation des SFTM notamment par des législations sui generis, et notre étude s'appuie à titre d'exemple sur les possibilités offertes par la Chine. Ces solutions s'avèrent intéressantes et profitables aux SFTM mais sont très rapidement limitées aux volontés réelles des autorités nationales et régionales dans la sauvegarde de ces SFT. Lorsque donc les communautés autochtones et leurs pratiques ne sont pas au cœur de la sauvegarde entreprise par ces autorités, les remèdes peuvent s'avérer pires que le mal et précipiter le SFT à sa déchéance.

Le recours aux possibilités de l'Unesco pourrait sembler une solution intéressante mais dans les fait celle-ci se heurte aux préférences économiques qu'elle suscite notamment dans le cadre touristique, plus qu'à la pérennité du SFTM. Pourtant la France et la Chine ont ratifié la Convention de l'Unesco pour la sauvegarde du patrimoine immatériel, ce qui montre que ces pays sont sensibles à la protection de leur patrimoine en question. Ils ont également procédé à des déclarations dans les listes des patrimoines culturels immatériels de l'Unesco. Les différences entre les deux pays sont marquées par des intérêts spécifiques et proviennent globalement de l'histoire et du contexte politique de ces deux pays. À la suite de la Convention de l'Unesco la Chine a établi en interne une *Loi sur le patrimoine culturel immatériel*, mais la France n'a pas adapté sa législation interne en conséquence. Toutefois la France disposait déjà d'une législation efficiente destinée à protéger ses monuments historiques et artistiques, mais elle ne traite pas spécifiquement le cas des savoir-faire traditionnels. En développant sa législation en conséquence, la Chine a ouvert une possibilité nouvelle de protection de ses savoir-faire, et notamment son folklore. Toutefois s'agissant d'une loi fortement contestée car présentant des défauts importants, elle a rapidement été vidée de sa substance vitale pour ne garder qu'un aspect essentiellement administratif. Par exemple cette loi ne précise pas qui est le propriétaire du savoir traditionnel, de sorte le gouvernement qui en a hérité par défaut a dépossédé les peuples autochtones de ce rôle, et parfois pour un usage à vocation commerciale préjudiciable aux SFT eux-mêmes.

En Chine la législation potentiellement protectrice de la MTC se situerait au niveau de la « Loi sur les médecines traditionnelles chinoises ». Il s'agit d'une loi nouvelle entrée en vigueur en 2017 qui introduit la notion novatrice de détenteur du SFT en lui conférant des droits conséquents. Toutefois cette loi ne précisant pas qui est ce détenteur, les problèmes essentiels que rencontrent les SFTM ne sont pas résolus et les

laisse plongés dans les mêmes écueils des lois précédentes. C'est donc sur ce point irrésolu depuis des décennies qu'un axe de progrès reste possible voire indispensable pour la sauvegarde en Chine des SFTM.

Face aux dangers qui menacent les SFTM, des protections défensives peuvent se concevoir sous la forme de bases de données et de registres nationaux, parfois internationaux, pouvant arborer une stratégie protégeant plus ou moins le secret du SFT. Ils agissent en réponse aux brevets prédateurs, l'objectif étant soit d'éviter que ces derniers soient accordés abusivement, soit de les faire annuler en supprimant leur condition de nouveauté et de créativité.

La divulgation d'origine est également un moyen de protection défensive des SFTM, mais la plupart des pays développés ne l'ont par rendue obligatoire. Le consentement préalable en connaissance de cause et le partage des avantages, emblématiques du Protocole de Nagoya, sont des sources de protection positives qui peuvent dans le cadre d'un déploiement international pertinent apporter l'étalement nécessaire à la protection des SFTM. Mais pour disposer d'une protection efficiente, que ce soit avec la divulgation d'origine, le consentement préalable en connaissance de cause et le partage des avantages, il faut une volonté internationale qui puisse les rendre juridiquement contraignants. Cette possibilité passe par la ratification de conventions internationales, comme la CDB et le *Protocole de Nagoya*, mais aussi des déploiements législatifs nationaux correspondants.

Enfin, c'est dans l'amélioration continue des accords sur le partage juste et équitable entre le détenteur et le demandeur, avec l'appui bienveillant de l'État auprès du détenteur, que les savoir-faire traditionnels en médecine pourront bénéficier d'une protection renforcée.

CONCLUSION GÉNÉRALE

368. La démarche première de cette étude sur la protection des savoir-faire traditionnels en médecine, s'est orientée sur la signification de l'expression « savoir-faire traditionnel en médecine » et des raisons qui ont conduit à son utilisation. Cette entreprise a été menée sous un angle terminologique progressif d'expressions originelles approchées : savoir-faire, savoir traditionnel, savoir-faire traditionnel, puis étendue à différents domaines et zones géographiques : en langage commun et juridique, en France, en Chine, à l'international.

Le constat principal qui ressort de cette recherche est l'absence d'une rigueur formelle à l'échelle internationale sur cet aspect terminologique, mais que celle-ci ne semble pas préjudiciable à l'application de législations dans l'ensemble de la communauté internationale, et ne constitue pas un obstacle pour l'exploration de la protection juridique des savoir-faire traditionnels. Aussi de façon pragmatique notre étude a emprunté volontairement les chemins de cette ambiguïté en employant à pertinence les expressions de savoirs, savoir-faire, savoirs traditionnels, connaissances, connaissances traditionnelles, patrimoine culturel immatériel. Il est de fait que les natures et les modes

d'expression de ces savoirs diffèrent au point de rendre difficile une définition juridique et scientifique générale qui soit universellement acceptable. Toutefois dans cette recherche, notre assentiment s'est posé sur la définition du Professeur Jean-Marc MOUSSERON pour expliciter en France le « savoir-faire ». À l'international l'expression correspondante « know-how » est largement plébiscitée, mais sa traduction dans chacune des langues est éminemment variable, y compris en France. Enfin sur les bases complémentaires apportées par l'OMS, nous sommes parvenus à la définition suivante pour le savoir-faire traditionnel en médecine :

Le savoir-faire traditionnel en médecine correspond à des connaissances, compétences et pratiques fondées sur les théories, les croyances et l'expérience, nées dans différentes cultures qui, qu'elles soient explicables ou non, sont utilisées pour l'entretien de la santé ainsi que la prévention, le diagnostic, l'amélioration ou le traitement des maladies physiques ou mentales.

369. L'étude contextuelle du savoir-faire traditionnel en médecine s'est ensuite intéressée à ses caractéristiques historiques en se basant sur l'exemple de la Chine, aux dangers qui le menacent et aux environnements juridiques existants qu'il côtoie. Le constat principal fut celui de l'inadéquation des lois et règlements qui imposent à la médecine traditionnelle des formes de compatibilité à la médecine d'origine occidentale, et qui la détournent de ses fondements, de son essence, de ses possibilités de progresser et in fine de sa raison d'être. Ce désavantage se retrouve aux plans de l'apprentissage, juridique et financier. S'ajoute à cela un contexte public en retrait parfois des concepts essentiels, à la recherche d'une centralisation contrôlée incompatible avec l'aspect potentiellement individuel et libre de cette médecine. C'est donc sur ce terrain sociétal que chaque pays souhaitant protéger ses SFTM pourra agir en redorant ses atouts originels, et en la protégeant des chimères de la modernité.

370. Un autre terrain de réflexion existe sur la façon d'apporter une protection pertinente aux savoir-faire traditionnels. À l'échelle internationale, il pourrait s'agir de définir les émoluments potentiels de cette protection qui ne doivent pas résider uniquement dans la volonté de distribuer des avantages financiers et monopolistiques à des individus sur leur patrimoine ancestral, mais aussi et plutôt de protéger ce patrimoine pour permettre de le pérenniser, de l'améliorer le cas échéant, sans omettre les valeurs sociales, culturelles, et les ressources biologiques qui en dépendent. Il doit s'agir avant tout également de lutter contre les actes d'usurpation des savoir-faire

traditionnels et de destruction des ressources biologiques. La valorisation financière dans ce contexte est, certes, un élément déterminant, mais elle est susceptible d'être approchée comme une valeur potentielle parmi d'autres qui, pour certains autochtones, ne serait pas indubitablement la plus importante. En parallèle il doit être facilité aux communautés traditionnelles et systématisé par la puissance publique la possibilité de prendre les bonnes décisions sur la base de conseils éclairés et adaptés à leur environnement social. Encore faut-il s'accorder sur ce que sont de « bonnes décisions », et garantir que le conseiller ou le décideur ne soit pas lui-même prédateur.

371. Par ailleurs, une étude complémentaire à cette recherche pourrait s'orienter sur les moyens d'améliorer la force contraignante juridique des différents accords internationaux existants dans le domaine de la protection des savoir-faire traditionnels et notamment de la Convention sur la diversité biologique, du Protocole de Nagoya, et des propositions de l'Unesco. Pour cette réflexion complémentaire, une priorité serait d'étudier le renforcement des contraintes sur l'obligation de la divulgation d'origine et du consentement préalable en connaissance de cause, et de leurs éventuelles implications en matière d'annulation des autorisations données sur des brevets ou des exploitations de ressources biologiques en cas de non-respect. Une solution novatrice serait d'intégrer la protection des SFTM au sein même de l'ADPIC, dans un domaine parallèle à celui des brevets, marques, indications géographiques,..., ce qui lui octroierait des protections avec forces contraignantes que procure présentement l'ADPIC. Toutefois une telle mesure ne devra pas interdire la mise en œuvre complémentaire de protections sui generis au sein des pays, ni d'accords et de législations transnationaux regroupant plusieurs pays qui vont plus loin que la CDB.

372. Enfin, une autre voie de protection potentiellement efficace des SFTM pourrait être orientée sur la création de statuts juridiques nationaux et internationaux spécifiques aux SFTM. Les protections accordées dans le cadre de ces statuts doivent alors s'orienter sur des intérêts publics, sociétaux, communautaires, plutôt qu'individuels et privés plus nuisibles au développement des SFTM. Un tel statut destiné à protéger la médecine traditionnelle permettrait à ses praticiens, chercheurs, utilisateurs, d'être respectés dans leur pratique et la compréhension de leurs savoirs. Il prodiguerait aux SFTM une valeur ajoutée effective dans l'esprit des populations, des entreprises, des praticiens, des nations, facilitant le respect et la motivation pour la sauvegarde de ces trésors.

Bibliographie

Ouvrages généraux

BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.) et CIMAMONTI (S.), *Traité de droit civil. Les biens*, 2 éd., GHESTIN (J.) (dir.), Paris : LGDJ, 2010.

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, tome 3 : Les biens, Paris : PUF, 2000.

DROSS (W.), *Droit des biens*, Domat / Droit privé, Paris : Montchrestien : lextenso éditions, 2012.

HE (H.), *Grand dictionnaire économique et financier*, éditions financières et économiques de Chine, 1990.

JOURDAIN (P.), *Les biens*, Paris : Dalloz, 1995.

MALAURIE (Ph.) et AYNÈS (L.), *Les biens*, Droit civil, 5e éd., Paris : Defrénois, 2013.

PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, Collection droit fondamental, Droit civil, Paris : PUF, 1989.

REBOUL-MAUPIN (N.), *Droit des biens*, HyperCours, 4e éd., Paris : Dalloz, 2012.

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Thémis Droit, 2^e éd., Paris : Presses universitaires de France, 2013.

ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.), *Les biens*, collection droit fondamental, 3e éd., Paris : PUF, 2008.

ZHOU (Y.), GU (M.), *Le Grand dictionnaire de Droit*, éditions de l'université chinoise de droit politique, 1991.

Ouvrages spécialisés

AXT (J.) R. et al., *Biotechnology, Indigenous Peoples, and Intellectual Property Rights*, Congressional Research Service, The Library of Congress, April 1993.

AZÉMA (J.) et GALLOUX (J.-Ch.), *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz - Série Droit Privé, 7ème éd., Paris : Dalloz, 2012.

BANNERMAN (R.H.); BURTON (J.); CH'EN (W.C.), *Traditional medicine and health care coverage: a reader for health administrators and practitioners*, World Health Organization, 1983.

- BENTLEY (L.) et MANIATIS (S.) (eds.), *Intellectual Property and Ethics*, London, Sweet & Maxwell, 1998.
- BERTIN (A.), *Le secret en matière d'inventions*, Paris : Éditions du Tambourinaire Entreprise Moderne d'Édition, 1965.
- BHATTI (S.), CARRIZOSA (S.), MCGUIRE (P.), YOUNG (T.), *Contracting for ABS: The Legal and Scientific Implications of Bioprospecting Contracts*, IUCN, Gland, Switzerland, 2009.
- BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ : Lextenso éditions, 2010.
- BOYER-BEVIERE (B.) (dir.), *La dignité humaine en santé (France-Chine)*, Les Études hospitalières, 2017.
- BUYDENS (M.), *La protection de la quasi-crédation*, Bruxelles : Larcier, 1993.
- CAO (H.) et LIU (C.) (éds.) , *Recueil du symposium au sujet de l'inscription sur la Liste représentative du patrimoine culturel immatériel de l'humanité de la médecine traditionnelle chinoise*, Chengdu, 2007.
- CURCI (J.), *The Protection of Biodiversity and Traditional Knowledge in International Law of Intellectual Property*, Cambridge University Press, 2010.
- DELEUZE (J.M.), *Le contrat de transfert de processus technologique : know-how*, Les Manuels de droit et pratique du commerce international, Paris : Masson, 1976.
- DESSEMONTET (F.), *Le Savoir-faire industriel*, librairie Droz, Genève, 1974.
- DING (L.), *La conception des droits de la protection des connaissances traditionnelles et l'élaboration des systèmes - centrées sur les droits de propriété intellectuelle*, Edition de la loi, 2009.
- DRATLER (J.) (auteur), WANG (C.) (traducteur), *Licence du droit de la propriété intellectuelle*, Tsinghua University Press, 2003.
- DU (R.), *La protection de la propriété intellectuelle des médecines traditionnelles*, Editions de Cour populaire, décembre 2004.
- DUGUET (A.-M.), *La faute médicale à l'hôpital*, Berger-Levrault, 1994.
- DUTFIELD (G.), *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, Routledge, 2004.
- FOYER (J.) et VIVANT (M.), *Le droit des brevets*, Paris : PUF, 1991.
- GANGULI (P.) (auteur), SONG (J.) (traducteur), *Intellectual Property Rights : Unleashing the Knowledge Economy*, éditions de la propriété intellectuelle, 2004.
- GAUDIN (J-H), *Guide pratique de l'ingénierie des licences et des coopérations industrielles*, Paris : Librairies techniques, 1993.
- GLOWKA (L.), et al., *A Guide to the Convention on Biological Diversity*, Published by: IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK, 1994.
- HANSEN (S.) A. and VANFLEET (J.W.), *Traditional Knowledge and Intellectual Property: A Handbook on Issues and Options for Traditional Knowledge Holders in*

- Protecting their Intellectual Property and Maintaining Biological Diversity*, New York: American Association for the Advancement of Science (AAAS), 2003.
- HONG (J.), *La protection de la propriété intellectuelle de la médecine traditionnelle chinoise*, Editions de la médecine traditionnelle chinoise, 2003.
- JIA (Q.), *Les stratégies des médecins traditionnels chinois*, Beijing, Edition des anciens ouvrages de la MTC, 2007.
- KONG (X.), *The Judicial Protection of Trade Scerets*, Éditions législation de Chine, 2012.
- KONG (X.), *Traité de droit contre la concurrence déloyale*, Éditions la Cour Populaire, 2001.
- KREIS (A.), *La Transmission de know-how entre les entreprises industrielle. Une coopération technologique personnalisée en vue d'exploitations commerciales conjointes*, Paris : Librairies techniques, 1987.
- LELOUP (J-M), *La franchise : droit et pratique*, 3e éd., Paris : Delmas : Dalloz, 2000.
- MATHELY (P.), *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, Éditeur : [s.n.] (Paris), 1970.
- MATHELY (P.), *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Paris : Librairie du Journal des Noraires, 1991.
- MCGOWN (J.), *Out of Africa: Mysteries of Access and Benefit Sharing*, Washington, USA: Edmonds Institute, 2006.
- MOUSSERON (J.-M), *Traité des brevets*, Paris : Librairies techniques, 1984.
- NIJAR (G. S.), *The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources: Analysis and Implementation Options for Developing Countries*, Research Papers of South Centre, 2011.
- PASSA (J.), *Droit de la propriété industrielle. Tome 1 : Marques et autres signes distinctifs – Dessins et modèles*, 2e éd., Paris : LGDJ, 2009.
- PASSA (J.), *Droit de la propriété industrielle. Tome 2 : Brevets d'invention – Protections voisines*, Paris : LGDJ, 2013.
- POLLAUD-DULIAN (F.), *Droit de la propriété industrielle*, Paris : Montchrestien, 1999.
- POLLAUD-DULIAN (Fr.), *Propriété intellectuelle : la propriété industrielle*, Corpus – Droit privé, Paris : Economica, 2011.
- QIN (T.), *Recherche sur le problème juridique de l'obtention des ressources génétiques et du partage des avantages*. Wuhan : Éditions de l'université de wuhan, 2006.
- ROUBIER (P.), *Le droit de la propriété industrielle*, tome 2, Paris : Recueil Sirey, 1954.
- SIMON (F.-L.), *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, Paris : Joly Éditions : Lextenso Éditions, 2009.

TANG (G.) (éds.), *Les études de propriété intellectuelle*, Tome 17, Éditions Fang Zheng en Chine, 2005.

TANG (G.), *Introduction à la protection internationale des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions du folklore*, Éditions la propriété intellectuelle, 2002.

VIVANT (M.), *Les créations immatérielles et le droit*, Droit en questions, Paris : Ellipses, 1997.

WALLOE (M.) et YOUNG (T.), *Beyond Access: Exploring Implementation of the Fair and Equitable Sharing Commitment in the CBD*, IUCN, Gland, Switzerland, 2007.

WEI (Z.), *Traité de droit de la propriété intellectuelle*, Éditions la propriété intellectuelle, 2002.

WENIGER (O.), *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (know-how) - Étude comparative des droits allemand, français et suisse*, Librairie Droz, Genève, 1994.

WU (H.) (éds.) *Annuaire de droits de la propriété intellectuelle*, Editions d'Université Pékin, 2005.

YAN (Y.), *La protection de la propriété intellectuelle des savoirs traditionnels*, Éditions juridique, 2006.

YANG (S.), *L'administration pharmaceutique*, Tome 5, Beijing, Éditions de la santé populaire, 2011.

ZHANG (G.), *Recherche de protection du folklore par la propriété intellectuelle*, Éditions juridiques, 2007.

ZHANG (X.), *l'accès aux ressources génétiques, le partage des avantages et le droit de la propriété intellectuelle*, édition propriété intellectuelle, Tome 1 ,2007.

ZHANG (Y.), *La protection juridique des secrets commerciaux*, Éditions la propriété intellectuelle, 1994.

ZHENG (C.) (éds.), *Les études de propriété intellectuelle*, Tome 3, Éditions Fang Zheng en Chine, 1997.

ZHENG (C.) (éds.), *Une série de la propriété intellectuelle*, Tome 13, Éditions Fang Zheng en Chine, 2006.

ZHENG (C.) (éds.), *Une série des propriétés intellectuelles*, Tome 8, Éditions Fang Zheng en Chine, 2000.

ZHENG (C.) (éds.), *Une série des propriétés intellectuelles*, Tome 10, Éditions Fang Zheng en Chine, 2004.

ZHENG (C.), *les droits de propriété intellectuelle - application de la loi et théorie de base*, Éditions populaire, janvier 2005.

ZHENG (C.), *Questions en droit de la propriété intellectuelle*, éditions populaires de Gansu, 1985.

ZHENG (C.), *Théorie générale du droit de la propriété intellectuelle*, Éditions Droit, 1986.

ZHU (S.), *La diversité et l'intégration de la médecine chinoise et occidentale*, Beijing, Éditions de la santé populaire, 2000.

Articles, Chroniques et Rapports

ABABACAR (M.), DIALLO (D.), FANE (S.), SANOGO (R.), PAULSEN (B. S.) and CISSE (B.), *A survey of toxic plants on the market in the district of Bamako, Mali : traditional knowledge compared with a literature search of modern pharmacology and toxicology*, *Journal of Ethnopharmacology*, Vol. 96, 2005.

ABDELGAWAD (W.), *Les contrats internationaux de bioprospection : moyen de protection de la biodiversité et des savoirs traditionnels ou instrument de biopiraterie*, *Revue québécoise de droit international*, 2009, n°22-1, p.53-85.

AGUILAR (G.), *Access to Genetic Resources and Protection of Traditional Knowledge in the Territories of Indigenous Peoples*, *Environmental Science & Policy* (4), 2001.

AN (S.), *Analyse sur le sujet et l'objet dans la protection des savoirs traditionnels - Du point de vue de la législation locale*, *Intellectual Property*, mai 2008, Vol.18, n°3, p.59-63.

ANH NGO (M.), *La protection des variétés végétales dans le commerce international : le droit, un outil stratégique*, *Propriété industrielle*, n° 10, Octobre 2008, étude 23.

ARHEL (P.), *Cycle de Doha : bilan et perspectives*, *Recueil Dalloz*, 2007, p.1984.

ARHEL (P.), *Dix ans d'activité normative de l'OMC en matière de propriété intellectuelle*, *Propriété industrielle* n° 5, Mai 2012, étude 10.

ARHEL (P.), *Droit des brevets : vers un meilleur accès à la santé publique*, *Propriété industrielle*, n° 7-8, Juillet 2007.

ARHEL (P.), *L'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la Corée - Le volet « propriété intellectuelle »*, *Propriété industrielle*, n° 6, Juin 2010, étude 10.

ARHEL (P.), *Propriété intellectuelle : contribution de la Communauté européenne à un meilleur accès à la santé publique*, *Petites affiches*, 11/10/2007, n° 204 , p. 6.

ARHEL (P.), *Registre multilatéral des indications géographiques - Travaux récents de l'OMC*, *Propriété industrielle*, n° 2, Février 2009, étude 3.

ATIAS (Ch.), *Le contentieux de la franchise*, *Annales des loyers*, 1994, n° 8-9, p. 85

AZÉMA (J.), *Définition juridique du Know How*, in, *Le Know-how : 5^{ème} Rencontre de propriété industrielle*, Paris : Librairies techniques, 1976, p. 13.

- BAO (Z. H.), BAO (F.-I.), *On The Importance of Comparative Study of Traditional Chinese and Ethical Medicine*, Journal of Medicine&Pharmacy of Chinese Minorities, Février 2006, n°1, p.2-4.
- BASCHET (D.), *Le savoir-faire dans le contrat de franchise*, gazette du palais, 2 juin 1994, p. 690
- BERGEL (J.-L.), *Rapport général*, in, La propriété, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome LIII, Paris : SLC, 2006, pp. 203-221.
- BERNAULT (C.), *Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées – Règles générales (CPI, art. L112-1 et L112- 2)*, JCl. Propriété Littéraire et Artistique, fasc. 1135, n° 38-61.
- BERTIN (A.), *Le secret en matière d'inventions*, (116.65), p.27.
- BINCTIN (N.), *Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses*, Communication Commerce électronique, juin 2006, n° 6.
- BINCTIN (N.), *L'apport en société de savoir-faire*, AJ Contrats d'affaires - Concurrence, 2015, p.355
- BLAKENEY (M.), *Protection of Traditional Medical Knowledge of Indigenous Peoples*, European Intellectual Property Review, 1997.
- BODEKER (G.), *Traditional Medical Knowledge, Intellectual Property Rights and Benefit Sharing*, Symposium: Traditional knowledge, intellectual property, and indigenous culture, Cardozo Journal of International and Comparative Law, Summer 2003.
- BORGES (R.-M.), *Premières vues sur la loi brésilienne relative à l'accès aux ressources génétiques et à la répartition des bénéfices*, Propriété industrielle, n° 10, Octobre 2015, étude 19, p.13-17.
- BOUCHE (N.), *La protection du savoir-faire*, AJ Contrats d'affaires - Concurrence, 2015, p.346
- BOUJU (A.), *La protection des inventions aux États-Unis*, (153.60), p.202.
- BOUTILLON (I.), *TRAITÉ DE COOPÉRATION EN MATIÈRE DE BREVETS (PCT). – Cadre juridique et institutionnel. – Mécanisme d'évolution du système du PCT ou comment les différents acteurs se partagent les pouvoirs. – Quelques variations sur l'exercice du pouvoir. – États contractants*, JurisClasseur Brevets, Fasc. 4488-1, n°14-18.
- BOY (L.), *Droit des organismes génétiquement modifiés au mali et développement durable*, Revue juridique de l'environnement, 2011/4 (Vol.36), p.509-530.
- BOYER-PAILLARD (D.), *Essai sur les notions d'origine et de provenance en droit du commerce : la reconnaissance juridique des « territoires des productions typiques »*, Droit rural, n° 435, Août 2015, étude 16.
- BRAHY (N.), *La contribution des bases de données et du droit coutumier à la protection des savoirs traditionnels*, Revue internationale des sciences sociales, 2006/2 (n° 188), p. 273-298.

BURELLI (T.) et DOAGOO (C. B.), *Quel avenir pour les projets d'articles sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles développés par l'OMPI?*, Les Cahiers de propriété intellectuelle, Janvier 2016, Vol.28, N°1, p.5-58.

BURELLI (T.), *Faut-il se réjouir de la conclusion du protocole de Nagoya ?*, Revue juridique de l'environnement, 2012/1 (Vol.37), p. 45-61.

BURELLI (T.), *L'Union européenne et la mise en œuvre du protocole de Nagoya. Faut-il se réjouir de l'adoption du règlement n. 511 /2014 ?*, Revue juridique de l'environnement, 2015/3, (Vol. 40), p. 437-462.

BURELLI (T.), *Une « aventure scientifique passionnante » d'ethnopharmacologie remise en cause par l'OEB. - Brevetabilité et savoirs autochtones devant l'OEB*, Propriété industrielle, n° 7-8, Juillet 2014, étude 19.

BURST (J.-J.) et KOVAR (R.), *La mariée est en blanc*, Gazette du Palais, 1986, III, Doct., p. 392-398.

BURST (J.-J.), *L'assistance technique dans les contrats de transfert technologique*, Recueil Dalloz Sirey : hebdomadaire, Paris : Jurisprudence Générale Dalloz, 1979, chr. I., p. 2.

BUSINGYE (J.), *Wiebke Keim « Un champ de bataille politique : négocier un espace protégé pour les savoirs autochtones et traditionnels dans le système capitaliste »*, Revue internationale des sciences sociales, 2010/1 (n° 195), p. 47-66.

BYK (C.), *La responsabilité sociale, fondement d'un droit civil renouvelé ? - Réflexions prospectives d'un civiliste à propos de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, La Semaine Juridique Edition Générale, n° 43-44, 25 Octobre 2006, doct. 181.

BYK (C.), *Le droit international appliqué à la médecine traditionnelle : un facteur d'intégration pour quels objectifs ?* Journal du droit international (Clunet), n° 1, Janvier 2017, var. 1, p.117-138.

CAI (Z.), *JIANG (T.), les études sur la protection du brevet d'invention dans le domaine de la médecine traditionnelle chinoise*, Pharmacie Chinoise, n° 1, 1999.

CALVO (J.) et COURET (A.), *La protection des savoir-faire de l'entreprise*, Revue française de gestion, n°105, 1995, p.95-107 ;

CAMPROUX-DUFFRÈNE (M.-P.), *Entre environnement per se et environnement pour soi : la responsabilité civile pour atteinte à l'environnement*, Environnement, n° 12, Décembre 2012, étude 14.

CAO (X.), *Recherche d'un modèle de protection du patrimoine culturel immatériel*, Studies in Law and Business, 2009, n°2, p.75-84.

CATALA (P.), *La « propriété » de l'information* in, Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD, Paris : Dalloz, 1985, pp.97-112.

CHAPMAN (A. R.), *La propriété intellectuelle en tant que droit de l'homme (obligations découlant de l'article 15 (1) (c) du Pacte international relatif aux droits*

économiques, sociaux et culturels), Unesco - Bulletin du droit d'auteur, 2001, n°3, p.4-40.

CHE (L.), CHANG (C.), *Convention et norme fixées par la culture traditionnelle envers l'éducation de la MTC - rapport général de l'étude des pensées éducatives de la MTC*, Education de la MTC, 1995, 14 (2).

CHEN (K.), *Qu'est-ce que la médecine traditionnelle ?*, Science & Culture, Juin 2000, p.107.

CHEN (P.), *Etude de Know-how*, Youth law Science, 1992, n°3.

CHEN (Z.), *ADPIC, CDB et les connaissances traditionnelles - Réexamen de l'article 27:3 b) de l'Accord sur les ADPIC ; relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique ; protection des connaissances traditionnelles et du folklore, avis de Communauté Européenne et de ses pays membres*, Revue droit des brevets, 2003.

CHENG (G.), HUANG Luqi, XUE Dayuan, ZHANG Xiaobo, *Essential procedure and key methods for survey of traditional knowledge related to Chinese materia medica resources*, China Journal of Chinese Materia Medica, Dec.2014, Vol.39, n°24, p.4728-4731.

CHENG (G.), WANG (C.), XUE (D.), *L'attitude des organisations internationales vis-à-vis des savoirs traditionnels et les réponses de la Chine*, Biodiversity Science, 2012, 20(4), p.505-511.

CHRÉTIEN (F.), *Les États membres de l'OMPI abordent la question de la protection des savoirs traditionnels et du Folklore*, Propriété industrielle n° 1, Janvier 2005, alerte 2.

CHRÉTIEN (F.), *Projet de traité sur le droit matériel des brevets - Les États membres de l'OMPI examinent des dispositions relatives à l'harmonisation du droit des brevets*, Propriété industrielle, n° 7-8, Juillet 2003, act. 78.

CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, 2013, p. 173

CREMIEUX (M.), *Le secret des affaires*, in LOUSSOUARN (Y.) et LAGARDE (P.) (dir.), *L'information en droit privé*, Paris : LGDJ, 1978, p. 458

CUI (G.), *L'inextricable protection des savoirs traditionnels*, Journal du droit des brevets, 2002, p.226-251.

CUI (G.), *Réponse du droit des brevets face au principe du consentement préalable - l'obligation de divulgation des utilisateurs de biomatériaux*, Global Law Review, 2005, n°5, p.571-580.

DADI (L.), *OMPI - Vers la création de nouvelles bibliothèques numériques relatives aux savoirs traditionnels (BNST)*, Communication Commerce électronique, n° 6, Juin 2011, alerte 53.

DARAGON (E.), *Étude sur le statut juridique de l'information*, recueil Dalloz, 1998, p. 63

- DE CARVALHO (N. P.), *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 & Policy, Vol.2, 2000.
- DE REDON (L.), *Une CMP pour le projet de loi «biodiversité» après son adoption au Sénat en 2e lecture*, Énergie - Environnement - Infrastructures, n° 6, Juin 2016, alerte 212.
- DENG (Y.) et al., *Thinking of the Law in Selling Chinese medicine Prescriptions from "Ni Haiqing" Case*, Medicine and Society, Février 2016, Vol.29, n°2,p.98-101.
- DENG (Y.), XING (H.), WANG (S.), *Considération juridiques sur la production et la vente des préparations populaires de médecine traditionnelle chinoise à partir du cas NI Haiqing*, Médecine et Société, Vol.29 No.2, Feb. 2016.
- DEVÉSA (Ph.), *Contrat de savoir-faire*, JCl. Contrats Distribution, fasc. 1860, 2008, n° 12
- DING (Y.), *le sujet de responsabilité de la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, Journal de l'Institut Normal de Guangxi, Vol.4, 2008.
- DONG (Y.), SONG (B.), WANG (M.), *La détermination du contenu des savoirs traditionnels, de la médecine traditionnelle et de la médecine traditionnelle chinoise*, China Health Care Management, 2008, n°8, p.520-522.
- DOWNES (D. R.), *How Intellectual Property Could Be a Tool to Protect Traditional Knowledge*, Columbia Journal of Environmental Law, Vol. 25, Issue 2, 2000.
- DUMESNIL (C.), *Les savoirs traditionnels médicaux pillés par le droit des brevets ?*, Revue internationale de droit économique, 2012, n°3, p. 321-343.
- DURAND (P.), *Le Know-How*, La Semaine Juridique - Edition Générale, 1967, I, 2078, n° 7.
- DUTFIELD (G.), *TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge*, Case Western Reserve Journal of International Law, 2001, Vol 33, Issue 2.
- EVANSON CHEGE (K.), BEVIS (F.), GERD (W.), *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing: What is New and What are the Implications for Provider and User Countries and the Scientific Community?* Law, Environment and Development Journal, Vol. 6(3), 2010.
- FABRE (R.) et SERSIRON (L.), *Réservation du savoir-faire*, JCl. Brevets, 2014, fasc. 4200, n° 72. Sur la qualification juridique du savoir-faire, v. nos développements infra, n° 24-27.
- FABRE (R.) et SERSIRON (L.), Fasc. 4710 : *Contrat de licence de savoir-faire*, jurisClasseur Brevets, 25/01/2012.
- FANG (W.), *Views on the Development History of TCM Research*, Shanxi JOF TCM, Dec. 2003, Vol.19, n°6.

- FECTEAU (L. M.), *The Ayahuasca Patent Revocation: Raising Questions about Current U.S. Patent Policy*, Boston College Third World Law Journal, Vol. 21, Issue 1, 2001.
- FENG (X.), *Patrimoine culturel immatériel et protection de la propriété intellectuelle*, Intellectual Property, mai 2010, Vol.20, p.15-23.
- FERRIER (D.), *Franchise*, Répertoire de droit commercial Dalloz, 2013, n° 18
- FIDLER (D. P.), *Introduction to Written Symposium on Public Health and International Law*, Chicago Journal of International Law, Spring 2002.
- FILOCHE (G.), *Les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles en matière de biodiversité : un kaléidoscope juridique*, Droit et société, 2009/2 (n° 72), p. 433-456.
- FU (J.), JIA (Q.), *La Loi sur les médecines traditionnelles chinoises et les responsabilités de ses médecins*, Chinese Journal of Information on TCM, Janvier 2008, Vol.15, n°1, p.3-5.
- FU (Y.), FENG (X.), *Justification of Protecting Traditional Knowledge by Intellectual Property Law*, Journal of Xiangtan University (Philosophy and Social Sciences), Mars 2005, Vol.29, n°2, p.113-117.
- GALLOCHAT (A.), *L'industrie face au secret*, in, La propriété industrielle et le secret, Journée d'étude à la faculté de droit Lyon, 4 avr. 1995, Collection du CEIPI, Litec, 1996, p. 51.
- GALLOUX (J.-C.), *Ébauche d'une définition juridique de l'information*, Recueil Dalloz, 1994 p.229.
- GALLOUX (J.-C.), *La protection internationale des savoirs traditionnels*, RTD Com., 2004, p.286.
- GALLOUX (J.-C.), *Le droit de brevet à l'aube du 3^e millénaire*, La Semaine Juridique Edition Générale, n° 1, 5 Janvier 2000, I, 195.
- GANGULI (P.), *Intellectual property rights: mothering innovations to markets*, World Patent Information, 2000, vol. 22.
- GAO (X.), WU (Y.), *On the nature of private right and it's reflecting of the Intangible Cultural Heritage*, Hebei Academic Journal, Sep.2012, Vol.32, n°5, p.153-155.
- GARCIA (T.), HERITIER (A.), *La diversité culturelle à l'aune de la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, LEGICOM, 2006/2 (N° 36), p. 35-47.
- GAUMONT-PRAT (H.), *OEB : Accès à la bibliothèque numérique des savoirs traditionnels de l'Inde*, Propriété industrielle, n° 4, Avril 2009, alerte 60.
- GAUMONT-PRAT (H.), *OMPI : Ressources génétiques et protection par brevet*, Propriété industrielle, n° 7-8, Juillet 2014, alerte 55.
- GAUMONT-PRAT (H.), *OMPI : Calendrier des réunions de l'IGC sur la protection des ressources génétiques et des savoirs traditionnels*, Propriété industrielle, n° 4, Avril 2012, alerte 31.

GAUMONT-PRAT (H.), *OMPI : Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore*, Propriété industrielle, n° 10, Octobre 2009, alerte 132.

GAUMONT-PRAT (H.), *Question sur l'interdiction du dépôt de brevets concernant les organismes vivants*, Propriété industrielle, n° 5, Mai 2006, alerte 45.

GAUMONT-PRAT (H.), *Rapport sur le séminaire sur la propriété intellectuelle et les expressions culturelles traditionnelles du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore*, Propriété industrielle, n° 9, Septembre 2017, alerte 56.

GAUMONT-PRAT (H.), *UE : introduction dans l'accord sur les ADPIC d'une prescription impérative concernant la divulgation de l'origine des ressources biologiques et des savoirs traditionnels*, Propriété industrielle, n° 11, Novembre 2008, alerte 173.

GEORGE (J.) and VAN STADEN (J.), *Intellectual property rights: plants and phyto-medicinals - past history, present scenario and future prospects in South Africa*, South African Journal of Science. Vol. 96, Issue 8, Aug 2000.

GONG (W.), TAN (P.), LUO (W.), *Civil Organizations and the Perfection of Intangible Cultural Heritage Law*, Journal of Jishou University (Social Science Edition), Sept.2014, Vol.35, n°5, p.75-80.

GOUTAL (J.-L.), *Propriété intellectuelle et développement : la remise en cause de notre modèle*, Propriété industrielle, n° 11, Novembre 2003, chron. 20.

GU (J.), *Les théories et pratiques du mouvement de sauvegarde du patrimoine culturel français*, Science sociale de Jiangxi, 2005, Vol.3.

GU (Z.), *Justification for Protection of Traditional Knowledge in the TRIPS Framework*, Modern law science, Juillet 2006, Vol.28, n°4, p.136-141.

GU (Z.), *Les systèmes de protection des savoirs traditionnels dans le cadre de l'ADPIC*, Chinese Journal of Law, 2001, n°1, p.197-208.

GU (Z.), *On the Ability of Traditional Knowledge to Obtain Intellectual Property*, Journal of Xiamen University (Arts & Social Sciences), 2006, n°2, p.11-17.

GUO (H.), *Conservation or Protection: A Dilemma about Intangible Cultural Heritage*, Journal of RENMIN University of China, 2011, n°2, p.28-33.

GUO (H.), *Les doutes sur le modèle du droit privé pour la sauvegarde de patrimoine culturel immatériel*, Journal de l'Université du Peuple de Chine, N°2, 2011.

GUO (W.), *Remarques sur le secret des médicaments chinois*, Journal de médecine et d'économie, vol 2, le 01 novembre 2006.

HAN (X.), *Right Of Intangible Cultural Heritage Should Be Defined As A New Type Of Separated Right*, Law Science Magazine, 2011, n°1, p.35-41.

HAN (Y.), XU (T.), *Understanding of the Historical Development of Chinese Medicine, la pharmacie*, 2010, Vol.26, n°5, p.25-27.

- HARROP (S. R.), *'Living In Harmony With Nature'? Outcomes of the 2010 Nagoya Conference of the Convention on Biological Diversity*, Journal of Environmental Law, Volume 23, Issue 1, 1 March 2011.
- HENAFF (P.), *Enquête d'une protection juridique*, RLDI, 2007, p. 33.
- HOLWICK (S.), *Developing Nations and the Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, 2000.
- HU (W.), *Analyse de la notion de savoir traditionnel*, L'économiste, 2009, n°10, p.12-13.
- HUANG (L.) et al., *Preliminary Discussion on Development Status of Folk Chinese Medicine in the Historical and Cultural Evolution*, Guide de médecine chinoise, Mars 2017, Vol.23, n°5.
- HUANG (Y.), *Protection des droits privés sur le patrimoine culturel immatériel*, China Legal Science, 2008, n°5, p.136-145.
- HUANG (Y.), *Stratégie de protection de la médecine traditionnelle chinoise*, Protection des ressources culturelles traditionnelles, 2005(3), p.98-101.
- JACOBY (C.) D. and WEISS Charles, *Recognizing Property Rights in Traditional Biocultural Contribution*, Stanford Environmental Law Journal, January, 1997.
- JAIN (M.), *Global Trade and the New Millennium: Defining the Scope of Intellectual Property Protection of Plant Genetic Resources and Traditional Knowledge in India*, Hastings International and Comparative Law Review, Summer, 1999.
- JIANG (Y.), *Le cafard sale fabriqué en médicament - plusieurs milliers de compositions efficaces prélevée du cafard*, Journal de la science technologique de Beijing, (4), le 20 aout 2007.
- KOVAR (R.), *Accords de transfert de technologie- Règlement n°772/2004 de la Commission du 27 avr. 2004*, JCl. Brevets, fasc. 4480, 2013, n° 47
- KRUGER (M.), *Harmonizing TRIPs and the CBD: A Proposal from India*, Minnesota Journal of Global Trade, Winter, 2001.
- KRUMENACHER (T. J.), *Protection for Indigenous Peoples and their Traditional Knowledge: Would a Registry System Reduce the Misappropriation of Traditional Knowledge?* Vol.8, Issue 1, Marquette Intellectual Property Law Review, 2004.
- LANFRANCHI (M.-P.), *Droit de l'OMC et protection de l'environnement*, JurisClasseur Droit international, Fasc.130-100, n°60.
- LANKARANI (L.), *La notion de dispersion en droit international des patrimoines culturels (immatériel, naturel et mondial)*, Journal du droit international (Clunet) n° 2, Avril 2011, doct. 4.
- LARRIEU (J.), *La réparation du trouble de parasitisme*, Commentaire sur Cass. com., 8 nov. 2016, n° 15-14.437, Sté Activ Medical Disposable (AMD) c/ Sté Ontex : JurisData n° 2016-023298, Propriété industrielle, n° 2, Février 2017.

- LARRIEU (J.), *Le savoir-faire de la sage-femme*, CA Versailles, 14e ch., 27 janv. 2010, Sylvie Bonhomme-Boterel c/ Julie Bonapace : JurisData n° 2010-000649, Propriété industrielle, n° 5, Mai 2010, comm. 33.
- LAURIE (G.), WAELDE (C.), BROWN (A.), KHERIA (S.), and CORNWELL (J.), *Contemporary Intellectual Property: Law and Policy*, (3rd ed.), Oxford University Press, 2013.
- LE STANC (C.), *Péri, para, proto - (les environs de la) propriété intellectuelle*, Propriété industrielle, n° 10, Octobre 2007, repère 9.
- LE STANC (C.), *Propriété intellectuelle et savoir-faire*, Propriété industrielle n°5, Mai 2013.
- LE STANC (C.), *Savoirs traditionnels*, Propriété industrielle, n° 12, Décembre 2003.
- LE TOURNEAU (Ph.) et ZOIA (M.), *Franchisage- Franchisage dans le domaine des services- Le franchiseur et le franchisee*, JCl. Contrats Distribution, fasc. 1050, 2013, n°36.
- LEGEAIS (D.), *Contrat de franchise*, JCl. Commercial, fasc. 316, 2014, n° 35
- LI (C.), XU (H.), *La justification de la protection des savoirs traditionnels par le droit de la propriété intellectuelle - la communauté en tant que titulaire du droit*, Presentday Law Science, Juin 2007, Vol.5, n°3, p.11-17.
- LI (G.), *La protection juridique et les droits de propriété de la technique exclusive*, Journal of Lanzhou University (Social Science), Vol 21, n°4, 1993.
- LI (H.), *The Identification and Support to Successors of Intangible Cultural Heritage - Comments on Article 29,30,31 of Intangible Cultural Heritage Law*, Journal of Henan Institute of Education (Philosophy and Social Sciences), 2011, Vol.30, n°3, p.63-67.
- LI (T.), *Pourquoi est-il difficile de promulguer la loi sur la médecine traditionnelle chinoise depuis 30 ans*, La loi et la Société, 2012, Vol. 9.
- LI (X.), *Le nouveau médicament de BAILING contre l'hépatite B sera bientôt au stade de l'essai Clinique*, Journal de science de la Chine, le 26 février 2014.
- LI (Y.), *Plusieurs questions juridiques sur le secret technique*, Hebei Law Science, 1992, n°2.
- LI (Z.), *Étude de la protection des indications géographiques sous l'angle des savoirs traditionnels*, Intellectual Property, Janvier 2009, Vol.19, n°109, p.10-15.
- LIBCHABER (R.), *Les biens*, Répertoire de droit civil Dalloz, 2011, n° 8.
- LIU (J.), *Histoire de la médecine traditionnelle chinoise*, Observations et réflexions, 01 aout 2007, p.20-21.
- LIU (J.), *Traité sur la protection et l'utilisation des ressources génétiques humaines de Chine*, Médecine et société, Vol.3, 1999.
- LIU (R.), *La sauvegarde du patrimoine culturel immatériel dépendant des droits de propriété intellectuelle*, Journal de propriété intellectuelle de Chine, le 6 juin 2007.

- LIU (X.), *Le médicament Tifentai Y 101 de BAILING sera prochainement au stade de test*, Journal des valeurs financières de la Chine, le 8 juillet 2013.
- LIU (Y.), *La traumatologie de la MTC est en danger*, Journal de Santé, le 16 mairs 2007.
- LIU (Y.), *La protection des savoirs traditionnels - Exclusion et sélection d'objets*, in, Étude sur le droit des brevets. Beijing : édition Propriété Intellectuelle, 2006, p.132-146
- LONGACRE (E.), *Advancing Science While Protecting Developing Countries from Exploitation of Their Resources and Knowledge*, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal. Vol 13, Issue 3, 2003.
- LOWÉ GNINTEDEM (P.J.), *L'homo inventor saisi par le droit : un regard panoramique*, Petites affiches , 16/07/2013 , n° 141, p.12.
- LU (M.), *La protection des ressources génétiques biologiques et le consentement préalable donné en connaissance de cause*. Technologie et loi, 2002 (4).
- LU (W.), *Determination of and Legal Protection for Know-How in Technical Transfer*, Peking University Law Journal, 1990, n°5.
- LUCAS-SCHLOTTER (A.), *Protection juridique du Folklore*, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1962.
- LUO (J.), *Study and Protection by Modern Ways and Means of Traditional Techniques of Traditional Chinese Medicine*, World Science and Technology / Modernization of Traditional Chinese Medicine and Materia Medica, 2002, Vol.4,n°3, p.13-16.
- LUO (R.), *les efforts pour promouvoir la gloire de la médecine traditionnelle de la patrie*, Journal of Practical Traditional Chinese Medicine, 2000, (1).
- MA (Y.), *Protection de la propriété intellectuelle du patrimoine culturel immatériel – Réflexions sur la protection juridique de la médecine autochtone*, Economic Research Guide, 2014, n°28, p.298-299.
- MA (Z.), *On the Intellectual Property Strategy and Innovation of Traditional Chinese Medicine and Medical Art*, World Science and Technology / Modernization of Traditional Chinese Medicine and Materia Medica, 2008, Vol.10, n°5, p.76-81.
- MAGNIN (C.), *Propriété industrielle et Marché commun*, Colloque de Grenoble 1963 (151.633), p.47.
- MALAUURIE-VIGNAL (M.), *La protection des informations privilégiées et du savoir-faire*, recueil Dalloz, 1997, p. 207, n° 17.
- MALLET-POUJOL (N.), *La protection des bases de données : un péage pour l'accès aux informations génétiques ?* Revue Le Lamy Droit de l'immatériel, N° 93, 1er mai 2013.
- MCMANIS (C. R.), *Intellectual Property, Genetic Resources and Traditional Knowledge Protection: Thinking Globally Acting Locally*, Cardozo Journal of International and Comparative Law, Vol. 11(2); 2003.
- MENDOZA-CAMINADE (A.), *Biodiversité et propriété intellectuelle : à la recherche d'un modèle juridique*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2014, p. 105-111.

- MENDOZA-CAMINADE (A.), *Ethique et voyage : la circulation des savoir-faire traditionnels*, In : Variations juridiques sur le thème du voyage Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole- LGDJ, ISBN 978-2-36170-108-6, 2015.
- MIGNOT (M.), *La notion de bien, contribution à l'étude du rapport entre droit et économie*, Revue de recherche juridique, 2006, p. 1805
- MO (H.), *La protection juridique et administrative de la technique exclusive*, Public Administration & Law, 2005, n°7.
- MORIN (J.-F.), *La divulgation de l'origine des ressources génétiques : une contribution du droit des brevets à la protection de l'environnement*, Les Cahiers de propriété intellectuelle, 2005, Vol. 17, n° 1, p.133-146.
- MOUSSERON (J.-M.), *Aspects juridiques du know-how*, Cahiers droit de l'entreprise, n°1, 1972.
- MOUSSERON (J.-M.), *Rapport introductif*, in, Le Know-how, 5ème Rencontre de propriété industrielle, Paris : Librairies techniques, 1976, p. 63-67.
- MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.) et REVET (Th.), *De la propriété comme modèle*, in, Mélanges offerts à André COLOMER, Paris : Litec, 1993, p. 285, n° 13.
- MOUSSERON (J.-M.), *Valeurs, biens, droits*, in, Mélanges en hommage à André BRETON et Fernand DERRIDA, Paris : Dalloz, 1991, p. 277
- MOUSSERON (J.-M.), *Nouvelles technologies et création des salariés*, droit social, 1992.
- NAN (Z.), DONG (B.), *On Concept and Characteristics of Traditional Knowledge*. Economy and Management, 2007, Vol.21, n°7, p.77-81.
- NEIRAC (C.), *Constitution et circulation des collections scientifiques*, Revue Le Lamy Droit de l'immatériel, n°93, 1er mai 2013.
- NOIVILLE (C.), BELLIVIER (F.), *Les contrats d'accès aux bases de savoirs traditionnels : le brevet au secours du paysan indien*, Revue des contrats, 01/01/2010, n° 1, p.331.
- OGUAMANAM (C.), *Between Reality And Rhetoric: The Epistemic Schism in the Recognition of Traditional Medicine in International Law*, St. Thomas Law Review, Vol. 16, Iss. 1, 2003.
- PESSINA DASSONVILLE (S.), *La protection des savoirs traditionnels autochtones (associés aux ressources génétiques) et les sirènes de la propriété intellectuelle*, Revue Le Lamy Droit de l'immatériel, n°93, 1er mai 2013,
- PORDIE (L.), GAUDILLERE (J.-P.), *Industrialiser les médicaments ayurvédiques : les voies indiennes de l'innovation pharmaceutique*, Autrepart, 2012/4 (N° 63), p. 123-143.
- QIN (F.), *Un résumé de l'histoire et du développement de la médecine chinoise*, Chinese journal of ethnomedicine and ethnopharmacy, 2012, p.12-20.
- QIN (T.), *Mode de contrôle sur l'obtention des ressources génétiques et du partage des avantages entre l'Union européenne et ses pays membres – source d'inspiration pour la Chine*, Technologie et loi, en février 2007.

- QIN (T.), *Prior Informed Consent as to Access to Genetic Resources and Benefit-sharing*, *Modern Law Science*, mai 2008, Vol.30, n°3, p.80-91.
- QIN (T.), *Protection des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés, le Pérou éclaire la Chine*, *Science-Technology and Law*, 2005, n°4, p.89-93.
- QIU (J.), HUANG (Z.), PAN (W.), CAO (P.), LIANG (G.). *Composition des dérivés de Dichondra et activité du virus de l'hépatite B*, *Journal académique de l'université du médicament de la Chine*, 2012, 43(5).
- RAMANI (R.), *Market Realities V. Indigenous Equities*, *Brooklyn Journal of International Law*, 2001.
- RAGAVAN (S.), *Protection of Traditional Knowledge*, *Minnesota Intellectual Property Review*, Vol. 2, Issue 2, 2001.
- RAYNARD (J.), *Retour sur le savoir-faire non breveté*, in, *Droits de la propriété intellectuelle : Liber Amicorum Georges Bonet*, *Le droit des affaires*, *Propriété intellectuelle*, n° 36, Paris : Litec, 2010, p. 449.
- REN (H.) and HAO (B.), *Efficacité du contrat modularisé et conception du structure du contrat*, *Journal de l'université de Zhejiang*, *Science sociale littéraire*, 2009(2).
- RODHAIN (P.), *Le judicieux équilibre entre harmonisation et intérêts culturels – Nouvelle législation néo-zélandaise relative aux marques*, *Les cahiers de propriété intellectuelle*, Vol.16, n°2, 2004.
- ROUDART (L.), *Appropriation des ressources génétiques végétales, implication pour les relations nord-sud et la sécurité alimentaire*, *Mondes en développement*, 2001/1, n°117, p.75-84.
- RUZEK (V.), *Communautarisation et mondialisation du droit de la propriété intellectuelle*, *Propriété industrielle*, n° 4, Avril 2017, étude 11.
- SACURA, LI (H.-F.), PANG (Z.-R.), *Research on Intellectual Property Protection of Ethnic Traditional Medicine in China*, *Journal of Minzu University of China*, (Philosophy and Social Sciences Edition), 2015, Vol.42, n°2, p.99-103.
- SACURA, *Recherche sur le système juridique de protection de la propriété intellectuelle pour la médecine traditionnelle chinoise*, *Forum chinois de la science et de la technologie*, Mars 2015, n°3, p.135-140.
- SAINT-ALARY (R.), *Rapport sur le secret des affaires en droit français*, in, *Le secret et le droit*, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tome XXV, Dalloz 1974, p. 263.
- SARMA (L.), *Biopiracy: Twentieth Century Imperialism in the Form of International Agreements*, *Temple International and Comparative Law Journal*, Spring 1999.
- SAVATIER (R.), *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, *RTD civ.*, 1958, p. 331 et s.
- SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), *Savoir-faire*, *Répertoire de droit commercial*. Dalloz, 2009.

SCHMITT (P.), *Quelle origine au sens de la Convention sur la diversité biologique faudrait-il indiquer dans une demande de brevet*, *Propriété industrielle*, n° 10, Octobre 2006, étude 27.

SCHUKLENK (U.) and KLEINSMIDT (A.), *North-South benefit sharing arrangements in bioprospecting and genetic research: a critical ethical and legal analysis*, *Developing World Bioethics*, Vol.6, n°3, 2006.

SHEEHAN (H. E.) and BRENTON (B. P.), *Preface*, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science Series*, SAGE Publications, Septembre 2002.

SHEN (Y.), *Perspectives on current protection system of traditional Chinese medicine*, *Journal of China Pharmaceutical University*, 2011, 42(2), p.189-192.

SONG (H.), *Protection du patrimoine culturel immatériel, De nouvelles questions de propriété intellectuelle*, *La Science*, 01 juin 2007.

SONG (X.), HAO (K.), *Comparaison entre deux innovations technologiques – suivant la vision d'une méthode moderne ou traditionnelle*, *Journal of Chongqing Institute of Technology (Social Science)*, Dec.2008, Vol.22, n°12, p.13-15.

SONTOT (A.), *Ressources génétiques : au-delà du débat sur la brevetabilité*, *Natures Sciences Sociétés*, 2009/3 (Vol. 17), p. 266-270.

STEVENSON (G. R.), *Trade Secret: the Secret to Protecting Indigenous Ethnobiological (Medecinal) Knowledge*, *New York University Journal of International Law and Politics*, Summer, 2000.

STRAUS (J.), KLUNKER (N.-S.), *Harmonisierung des internationalen Patentrechts*, *GRUR Int.* 2007.

SUN (H.), *Analysis about the plight and way out for non-material cultural heritage protection in China*, *Law Science Magazine*, 2009, n°8, p.78-81.

TANG (X.), *La stratégie de protection de la médecine traditionnelle*, *Chinese Journal of Law*, Vol.31, 2015, n°1, p. 113-116.

TARDIEU-GUIGUES (E.), *Convention sur la diversité biologique et appropriation des ressources génétiques végétales*, *Revue Le Lamy Droit de l'immatériel*, n°93, 1er mai 2013.

TARDIEU-GUIGUES (E.), *Réflexions sur la loi française relative à la biodiversité*, *Propriété industrielle*, n° 2, Février 2016, étude 3.

THOMAS (F.), *Biodiversité, biotechnologies et savoirs traditionnels. Du patrimoine commun de l'humanité aux ABS*, In: *Tiers-Monde*, tome 47, n°188, 2006. *Biotechnologies et développement agricole*. p. 825-842.

THOMAS (F.), *Le protocole de Nagoya au secours des contrats d'accès à la biodiversité*, *Revue des contrats*, 01/07/2012, n°3, p.975.

TIAN (K.), SHAO (Z.), YU (X.), SHAO (C.), *Further discussion on some issues of TCM legislation*, *China Health Law*, janvier 2013, Vol.21, n°1, p.14-18.

- TROTTI (J.L.), *Compensation Versus Colonization: A Common Heritage Approach to the Use of Indigenous Medicine in Developing Western Pharmaceuticals*, Food and Drug Law Journal, 2001. 56(3).
- VAN DEN BUSSCHE (C.), *La protection pénale contre l'espionnage des secrets d'affaires (1^{re} partie)*, Les Petites Affiches, 10 nov. 1995, n°135, p.19.
- VAN DEN BUSSCHE (C.), *La protection pénale contre l'espionnage des secrets d'affaires (2^e partie)*, Les Petites Affiches, 13 nov. 1995, n° 136, p. 9.
- VILLEY (M.), « *Le jus in re* » du droit romain classique au droit moderne, in, Publications de l'Institut de droit romain, Université de Paris VI, Paris : Recueil Sirey, 1950, p. 187 et s.
- VOGEL (J. H.), *Bioprospecting and the Justification for a Cartel*, Bulletin of the working on Traditional Resource Rights, 1996 (4).
- WANG (F.), *Chronicle of Traditional Medicine Non-material Cultural Heritage*, Journal of Jiangxi University of TCM, 2012, Vol.24, n°4, p.77-82.
- WANG (F.), *Étude sur les problèmes de doctrine dans la protection du patrimoine culturel immatériel de la médecine traditionnelle chinoise*, Journal of NANJING University of TCM (Social Science), Dec.2007, Vol.8, n°4, p.198-200.
- WANG (F.), HE (Z.), *La protection du patrimoine culturel immatériel appliquée à la médecine traditionnelle*, Journal of NANJING University of TCM (Social Science), Mars 2015, Vol.16, n°1, p.1-4.
- WANG (T.), *Problèmes du développement de la médecine chinoise*, World Latest Medicine Information (Electronic Version) , 2015, Vol.15, n°77, p.95-98.
- WANG (Y.), YANG (J.), *Réflexions sur la protection du patrimoine culturel immatériel de la médecine traditionnelle chinoise*, Journal of Traditional Chinese Medicine, 2011, Vol.52, n°11, p.927-929.
- WANG (Z.), XIANG (X.), *Thought on the Protection, Inheritance and Development of the Traditional Medicine of Minorities*, Journal of Yunnan University of Traditional Chinese Medicine, avril 2012, Vol.35, n°2, p.1-4.
- WEERAWORAWIT (W.), *Formulating an international legal protection for genetic resources, traditional knowledge and folklore: Challenges for the intellectual property system*, Cardozo Journal of International and Comparative Law, Vol. 11(2), 2003.
- WEI (X.), *China's legal system of Chinese medicine intellectual property protection - and on the exclusive rights of Chinese medicine Variety Protection*, the people of Justice, Vol. 9, 2004.
- WEN (X.), *Concept et caractéristiques du secret technique*, Propriété industrielle, 1990, n°4.
- WICK (R. T.), *Commentaries on Raidza Torres, The Rights of Indigenous Populations: The Emerging International Norm*, The Yale Journal of International Law, Summer 2000.

WU (G.), ZHANG (T.), *Research on the English Translation of Traditional Knowledge of Chinese Medicine*, World Science and Technology / Modernization of Traditional Chinese and Materia Medica, 2005, Vol.7, n°5, p.68-80.

WU (Y.), *Etude sur la Loi sur les médecines traditionnelles chinoises*, LISHIZHEN medicine and materia medica research, 2015, Vol.26, n°3, p.681-683.

XIANG (J.), *Comment protéger la médecine traditionnelle chinoise folklorique : état actuel de la médecine traditionnelle chinoise folklorique vu par le cas NI Haiqing*, Journal chinois de la médecine traditionnelle chinoise, le 14 juin 2013 (03).

XIAO (H.), *Pourquoi la MTC est en face du danger*, Revue de médecine et de santé, 2006, (24).

XIONG (C.), *Les trois défis en face du médicament traditionnel*, La science technologique mondiale - la modernisation du médicament traditionnel chinois, Vol.3, 2000.

XIONG (Y.), LI (Y.), LI (N.), *Étude de la notion de savoirs traditionnels - analyse de la relation entre les savoirs traditionnels, les ressources génétiques et le folklore*, Journal of Economic research guide, 2008, n°15, p.217-218.

XU (J.), *L'exploitation des savoirs traditionnels et la protection de la propriété intellectuelle*, China Legal Science, 2005, n°6, p.113-120.

XU (J.), *On Legal Protection of Traditional Knowledge*, Journal of South-Central University for Nationalities (Humanities and Social Sciences), Mars 2006, Vol.26, n°2, p.94-97.

XU (J.), LI (J.), XUE (D.), YIN (S.), *Core Contents Interpretation of Nagoya Protocol on Genetic Resources Access and Benefit-sharing and the Prediction of its Entry into Force*, Journal of Plant Genetic Resources, 2012, Vol.13(5).

XUE (D.), CAI (L.), *New hotspot of the Convention on Biological Diversity : traditional knowledge protection*, Environmental Protection, 2006, 12B.

XUE (D.), GUO (L.), *Notion et protection des savoirs traditionnels*, Biodiversity Science, 2009, 17(2).

XUE (D.), *L'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages : contexte, développement et défi*, Revue de Biodiversité, 2007, 5(15).

XUE (D.), *Le contenu principal du Protocole de Nagoya et ses influences potentielles*, Revue de Biodiversité, 2011, 19 (1).

XUE (D.), *Processus international de protection des savoirs traditionnels dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique*, Guizhou Social Sciences, avril 2014, Vol.292, n°4, p.138-143.

YAN (H.), WU (Q.), *Pensée juridique du cadre réglementaire de la biopiraterie*, Environnement et développement durable, 2011(4).

YAN (H.), WU (Q.), *Study on the prior informed consent based on the protection of biogenic resources*, Journal of Qingdao University of Science and Technology (Social Sciences), Dec. 2012, Vol.28, No.4, p.89-93.

- YAN (L.), *Overview of Traditional Medicine in the Asia-Pacific Region*, Feature Article, 2005, p.14-52.
- YAN (L.), WANG (S.), *La médecine traditionnelle à l'échelle internationale et son statut juridique contemporain*, Asia-Pacific Traditional Medicine, mai 2013, Vol.9, n°5, p.7-9.
- YAN (L.), WANG (S.), *Système mondial de la médecine traditionnelle et son statut juridique sous la forme contemporaine*, Asia Pacific Journal of traditional Chinese Medicine, Vol.9, N ° 5, mai 2013.
- YAN (Y.), *Les stratégies de protection et les cadres institutionnels des droits relatifs aux savoirs traditionnels au sens des minorités nationales en Chine - un exemple de médecine traditionnelle des minorités nationales*, Études ethniques, 2006, n°2, p.1-9.
- YAN (Y.), *The Success and Weakness of the International Protection System to the Present GR and TK-On the prior informed consent system of CBD and the farmer's rights system of FAO*, Journal of Guizhou University (Social Sciences), Mai 2006, Vol.24, n°3, p.31-35.
- YANG (M.), *La protection juridique des savoirs traditionnels : Sélection du mode et système*, Studies in law and business, 2006, n°1, p.114-120.
- YANO (L. I.), *Protection of the Ethnobiological Knowledge of Indigenous Peoples*, UCLA Law Review, December 1993.
- YAO (M.), *Problèmes et solutions nouvelles pour la mise en œuvre de méthodes traditionnelles appliquées à la médecine traditionnelle chinoise*, Journal of Traditional Chinese Medicine Management, février 2013, Vol.21, n°2, p.112-116.
- YENTCHARE (P.-Y.), *Partager les fruits de l'innovation avec les Communautés autochtones ou locales : les 12 travaux d'Hercule*, Revue internationale de droit économique, 2016, n°1, p.107-139.
- YIN (W.), LU (X.), *A Recherche about Unskilled Worker's 'Know-how'*, Studies in Dialectics of Nature, 2011, n°3.
- YUAN (L.), *l'étude sur le titulaire du droit de patrimoine culturel immatériel*, Journal d'Université des arts et des sciences de Chongqing, Vol.2, 2009.
- YUAN (Y.), *Protection juridique du secret technique*, Science Technology and Law, 1998, n°2.
- ZENATI (F.), *L'immatériel et les choses*, in, Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit, tome 43, Ed. Sirey, 1999, p. 79.
- ZENG (X.), LIU (Z.), *On Intellectual Property Protection Of Traditional Medicine*, Journal of Law, 2011, n°10, p.52-55.
- ZHANG (C.), *La construction d'un système sui generis des savoirs traditionnels - la définition du détenteur des savoirs traditionnels documentés*, Political Science and Law, 2015, n°1, p.79-92.

ZHANG (D.), *l'orientation de la législation sur la protection des savoirs traditionnels - un exemple de l'internationalisation de la médecine traditionnelle chinoise*, Propriété intellectuelle, 2011,n°4,p.75-78.

ZHANG (Q.) et al., *Recherche sur la divulgation de l'origine des ressources génétiques*, Revue droit des brevets, 2007, p.475-532.

ZHANG (Q.), *Identification de la nature juridique de la technique exclusive*, Law Review, 1993, n°1.

ZHANG (T.), *La relation entre la protection des savoirs traditionnels en médecine chinoises et la protection de la propriété intellectuelle*, Journal of Traditional Chinese Medicine Management, 2006 (1).

ZHANG (T.), *Preliminary Discussion on Conception and Domain of Traditional Knowledge of Chinese Medicine*, World Science and Technology/Modernization of Traditional Chinese Medicine and Materia Medica, 2005, Vol.7, n°3, p.77-80.

ZHANG (T.), *The effect of integrate with executive protection and legal protection of TCMP Intellectual Property*, the world of science and technology - modernization of Chinese medicine, 2001, n°2.

ZHANG (X.), *Les avancées de la législation internationale sur les ressources génétiques - Analyse du Protocole de Nagoya*, Revue droit des brevets, 2012, p.73-116.

ZHAO (F.), XUE (D.), WU (J.), *Hot spots and proposed actions of negotiations of the Nagoya Protocol after it functions*, Biodiversity Science, 2015, Vol.23, n°4, p.536-542.

ZHAO (Q.), CAO (Y.), *Les études sur la protection des droits de propriété intellectuelle des connaissances indiennes des médicaments traditionnels*, Pharmacien chinois, 2011 (2).

ZHENG (C.), *Réflexions à partir de l'interprétation de Know-how*, International Trade Journal, 1981, n°4.

ZHENG (C.), *Théorie du Know-how*, China Legal Science, 2013, n°5.

ZHENG (L.), ZHOU (X.), *Sans s'écarter de son naturel et se consacrer à l'innovation - la position moderne et la révolution de l'éducation supérieure de la MTC*, Journal de l'Université de la MTC de Nankin (version sociale et scientifique), 2001, Vol.12.

ZHONG (J.), *Several Basic Problems of Legal Protection of Trade Secret*, Journal of Renmin University of China, 1995, n°4.

ZHOU (F.), *Étude sur la notion juridique des savoirs traditionnels*, Electronics intellectual property, 2005, n°8,p.18-22.

ZHU (G.-B.), *Traditional Medicine and Protection of Intangible Cultural Heritage*, Journal of MUC (Natural Sciences Edition), août 2011,Vol.20, n°3, p.48-53.

ZHU (X.), *Study on the Legal Protection of Traditional Knowledge*, Journal of Central China Normal University (Humanities and Social Sciences), 2004, Vol.43, n°3, p.31-40.

ZU (D.), *La croissance zéro des travailleurs en MTC en Chine pendant 55 ans de la fondation du pays nous rend triste*, Weekend du Sud, le 14 avril 2005.

Thèses et Mémoires

BANG (Y.), Mémoire de master : *la recherche sur la protection de la propriété intellectuelle de médecine traditionnelle tibétaine en Chine*, Université du sud-ouest de Jiaotong, 2008.

BERLIOZ (P.), *La notion de bien*, thèse, préface AYNÈS (L.), Bibliothèque de droit privé, Tome 489, Paris : LGDJ, 2007.

BINCTIN (N.), *Le capital intellectuel*, thèse, préfaces BONNET (G.) et GERMAIN (N.), Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris : Litec, 2007.

CAI (C.), Mémoire de master : *Study on Legal Protection of Know-how Transfer to China by Transnational Corporations*, East China University of Political Science and Law, 2005.

CAURA (V.), *Secret et contrat*, thèse à l'Université Lille 2, 2001.

CHARTIER (F.), thèse : *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise*, Université de Montpellier I, 2002.

CHEN (Z.), *Legal protection of traditional knowledge*, thèse, Université de Chine de sciences politiques et droit, 2009.

CUI (G.), thèse : *la protection de la diversité culturelle et biologique et la propriété intellectuelle*, Université de Pékin, avril 2002.

DESSEMONTET (F.), *Le savoir-faire industriel. Définition et protection du « Know-how » en droit américain*, thèse, Genève, Librairie Droz, 1974.

DUAN (G.), *Cross-cultural Research on the History and Present Status of Traditional Vietnam and Chinese Medicine*, thèse, Tianjin University of Traditional Chinese Medicine, 2004.

FABRE (R.), *Le know how : sa réservation en droit commun*, thèse, Paris : Librairies techniques, 1976.

FAHS (D.), *Le contrat de communication de savoir-faire*, thèse à l'Université Montpellier 1, Montpellier, 2007.

GARINOT (J.-M.), *Le secret des affaires*, thèse, Paris : LexisNexis, 2013.

GLEIZE (B.), *La protection de l'image des biens*, thèse, préface BRUGUIÈRE (J.-M.), Doctorat et notariat, Tome 33, Paris : Dufrénois, 2008.

HAN (X.), *Étude des fondements de la protection juridique du patrimoine culturel immatériel des minorités ethniques en Chine*, thèse, Université centrale des minorités, 2010.

HU (Y.), *Comparative Study on the Modern Development between China and India*, thèse, China Academy of Chinese Medical Sciences, 2014

KOWOUVIH (S.), *Le savoir-faire traditionnel, contribution à l'analyse objective des savoirs traditionnels*, thèse à l'Université de Limoges, 2007.

LI (M.), thèse : *protection juridique du patrimoine culturel immatériel : l'étude sur les conventions internationales et la législation nationale*, Université de science politique et de droit de l'Est de Chine, 2009.

LI (V.), *Étude sur la protection juridique du patrimoine culturel immatériel des minorités ethniques*, thèse, Université centrale des minorités, 2013.

LUCAS (A.), *La protection des créations industrielles abstraites*, thèse, préface DU PONTAVICE, C.E.I.P.I., Paris : Librairies techniques, 1975.

MAGNIN (F.), *Know-how et propriété industrielle*, thèse, Paris : Librairies techniques, 1974.

MEI (Z.), *Protection de la propriété intellectuelle de la médecine traditionnelle chinoise*, thèse, China Academy of Chinese Medical Sciences, mai 2007.

PÉLISSIER (A.), *Possession et meubles incorporels*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris : Dalloz, 2001, p. 111, n° 241.

SKRZYPNIAK (H.), *la réservation du savoir-faire*, thèse, Université Lille 2, 2014.

SONG Xinzhe, *Geographical Indications: the Transplantation of the French/ European Sui Generis Systems in China*, thèse, Université Toulouse Capitole, 2007.

TANG (H.), *A Study on Issues of Safeguarding Intangible Cultural Heritage in International Law*, thèse, Université de Wuhan, 2010.

TIAN (L.), *Research on Chinese modern history of pharmacy*, thèse, Shenyang Pharmaceutical University, Dec. 2006.

WENIGER (O.), *La protection des secrets économiques et des savoir-faire : étude comparative des droits allemands, français, suisse*, thèse, Genève : Droz, 1994.

XIAO (Y.), Mémoire de master : *la protection légale internationale des droits de propriété intellectuelle des connaissances traditionnelles de médecine*, Université Normale de Hunan, 2004.

YANG (H.), *On International Legislations of Folklore Protection Through Sui Generis Intellectual Property*, thèse, East China University of Political Science and Law, 2010.

YANG (Y.), *Research on the Benefit Sharing Pattern of the Intellectual Property Derived from Genetic Resource*, thèse, Huazhong University of Science and Technology, Juillet 2006.

ZANG (X.), *Recherche sur la protection des savoirs traditionnels*, thèse à l'Université centrale des nationalités, 2006.

ZHOU (Z.), *Réflexions sur la médecine traditionnelle chinoise et sur le patrimoine culturel immatériel*, thèse, Chengdu University of Traditional Chinese Medicine, 2008.

Principales décisions citées

CA Aix-en-Provence, 30 nov. 1995, Juris-Data n° 1995-050808.

CA Paris, 22 sept. 1992, Juris-Data n°1992-024381.
CA Paris, 24 janv. 1975, PIBD 1975, III, p. 323.
CA Paris, 25 fév. 1992, D. 1992, somm. 391.
CA Paris, 25 sept. 1992, D. 1995, somm. 77.
CA Paris, 25 sept. 1998, Juris-Data n°1998-024245.
CA Paris, 27 mai 1993, D. 1995, somm. comm., p.77.
CA Paris, 29 nov. 2007, Juris-Data n°2007-353808.
CA Paris, 7 juin 1990, D.1990, p.176.
CA Rouen, 15 mai 2003, Juris-Data n°2003-218829.
CA Versailles, 14e ch., 27 janv. 2010, Sylvie Bonhommet-Boterel c/ Julie Bonapace :
JurisData n° 2010-000649.
Cass. com., 4 avr. 1995, n° 93-11798, Inédit.
Cass. com., 11 févr. 2003, n°00-15149, Bull. civ., IV, n°17.
Cass. com., 18 déc. 2007, n° 06- 15970, Inédit.
Cass. com., 26 Janv. 1999, n°96-22457.
Cass. com., 4 avr. 1995, n° 93-11798, Inédit
Cass. com., 4 juin 1996, n° 94-21027, Inédit.
Cass. crim., 15 avr. 1982, Inédit.
Cass.com., 21 nov. 2000, n° 98-17783.
CJCE, 28 janv.1986, Pronuptia, aff. 161/84, Rec. CJC, p.353.
TGI Bressuire, 19 juin 1973, D. 1974, p. 107.
TGI Créteil, 4 mai 1999, Juris-Data n° 1999-115950.

Sites Internet

(Vérifiés le 01/08/2017)

<http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Js2298f/9.html>

<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.124.9541&rep=rep1&type=pdf>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A31998L0044>

<http://hrlibrary.umn.edu/hrcouncil2-2006.html>

<http://lib.bjmu.edu.cn/ejym/dispwebframedetail.jsp?subframeid=22&webinfoid=324>

<http://nbaindia.org/uploaded/pdf/PBR%20Format%202013.pdf>

http://wsjs.saic.gov.cn/txnT01.do?locale=en_US

<http://www.cintcm.com/opencms/opencms/jsxtjs/dkrhpt/fangji/>

<http://www.cintcm.com/opencms/opencms/jsxtjs/dkrhpt/zhongyao/>

<http://www.cintcm.com/opencms/opencms/jsxtjs/index.html>

<http://www.cnki.net>

<http://www.economie.gouv.fr/apie/missions-lapie>

<http://www.eur-lex.europa.eu>

<http://www.gitpa.org/Processus%20GITPA%20200/gitpa200-2marieleger.pdf>

<http://www.grain.org/system/old/docs/asean-access-2000-en.pdf>

http://www.greenpeace.org/china/Global/china/_planet-2/report/2007/11/cbd-cop8-overview-briefing.pdf

http://www.ias.unu.edu/binaries/UNUIAS_TKRegistersReport.pdf

http://www.iprcommission.org/graphic/French_Intro.htm

<http://www.lescpi.ca/s/1584>

http://www.menet.com.cn/info/201601/201601110922512251_128638.shtml

http://www.sipo.gov.cn/xxcp/zysjk/200804/t20080407_370312.html

http://www.sipo.gov.cn/ztl/ywzt/yczyhctzsbh/jlfk/xsyd/201312/t20131231_893772.html

<http://www.tkdل.res.in/tkdل/langdefault/common/Abouttkdل.asp?GL=Eng>

<http://www.tkdل.res.in/tkdل/LangFrench/Common/Abouttkdل.asp?GL=Fre>

http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_fr.pdf

<http://www.un.org/fr/rights/overview/themes/indigenous.shtml>

<http://www.unesco.org/culture/ich/fr/listes?display=default&text=&inscription=0&country=00045&multinational=3&type=0&domain=0&display1=inscriptionID>

<http://www.unesco.org/culture/ich/fr/listes?display=default&text=&inscription=0&country=00077&multinational=3&type=0&domain=0&display1=inscriptionID#tabs>

http://www.unesco.org/education/tlsf/mods/theme_c/mod11.html

<http://www.vie-publique.fr/politiques-publiques/politique-patrimoine/chronologie/>

<http://www.vie-publique.fr/politiques-publiques/politique-patrimoine/protection-patrimoine/>

<http://www.voyages-chine.com/guide-voyage-Chine/culture-chinoise/quyi.html>

http://www.who.int/topics/primary_health_care/alma_ata_declaration/fr/
<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/in/in047en.pdf>
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_7/wipo_grtkf_ic_7_7.pdf
http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/wipo_pub_tk_2.pdf
<http://www.wipo.int/tk/fr/igc/>
<http://www.wipo.int/tk/fr/tk/>
http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2011/03/article_0002.html
http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2011/03/article_0002.html#3
<http://www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=9446>
<http://www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=9451>
<http://www.wipo.int/wipolex/fr/profile.jsp?code=PA>
<http://www.wipo.int/wipolex/fr/profile.jsp?code=PE>
<https://www.cbd.int/abs/bonn/default.shtml>
<https://www.cbd.int/abs/nagoya-protocol/signatories/default.shtml>
<https://www.cbd.int/doc/articles/2002-/A-00390.pdf>
<https://www.cbd.int/information/parties.shtml>
<https://www.cbd.int/traditional/intro.shtml>
<https://www.greenfacts.org/fr/perspectives-mondiales-biodiversite/1-2/2-objectif-biodiversite-2010.htm>
https://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/wg2/en/ch9s9-6-2.html
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3534868/>

Index

(les numéros renvoient aux paragraphes)

A

ADPIC82, 171, 174, 175, 302, 303

B

Base de données
exemples
 CTCMPD..... 284
 TKDL..... 273
généralités 282, 283, 285 à 287, 291, 292
Biopiraterie
exemples..... 144 à 151
généralités 142
Brevet
adéquation aux savoirs traditionnels187 à, 192, 195
brevet dominant 193
co-inventeurs 194
généralités 58 à 61

C

CDB..... 77, 156 à 158, 323, 330, 341
CFDA..... 200, 219, 250
Communauté Andine 262, 274, 298
Consentement préalable. 320, 327, 328, 336 à 340, 343
à 345
Contrefaçon médicament 245

D

Divulgateion d'origine..... 295, 300, 301, 308 à 310, 313,
314, 317

F

Folklore 85

I

Indication géographique..... 212 à214

K

Know-how..... 15 à 18, 20, 21, 26
traductions chinoises..... 22 à 25

L

Législations
chinoises
 généralités.....218, 230, 363
 LMTC243, 251, 252
 LPCI.....233 à 235
 RMTC..... 226, 227
 RPMTC.....220 à 224
 sur médecine traditionnelle246, 247, 249
européenne
 Directives..... 357
 Règlements.....256, 325, 332, 358
françaises
 décrets..... 259, 361
 généralités..... 241, 242
 lois258, 333, 360
internationales 299
Lignes directrices de Bonn 159
Lois sui generis..... 265 à 269, 271, 272

M

Marques.....206, 208 à 210
Médecine traditionnelle
 généralités..... 89 à 92, 94, 95, 97, 136 à 139
Médecine traditionnelle chinoise
 écueils..... 119, 122 à 124, 126 à 133
 histoire.....107 à 118

O

| | |
|------------|----------------|
| OMPI | 78, 167 |
| OMS | 100, 163 à 165 |
| ONU..... | 166 |

P

| | |
|-------------------------------------|--------------------------|
| Partage des avantages | 353, 362 |
| Patrimoine culturel immatériel..... | 169, 170, 232, 238, 239 |
| Protocole de Nagoya..... | 160, 324, 331, 349 à 351 |

R

| | |
|---------------------------------------|-----------|
| Registres..... | 288 à 290 |
| Ressource biologique - génétique..... | 311 |

S

| | |
|-----------------------------------------|---------------------------------------------------|
| Savoir traditionnel | |
| adéquation de la PI..... | 184 |
| définitions..... | 11, 73 à 76, 79 à 81 |
| expressions similaires..... | 48, 49, 71, 72 |
| Savoir-faire | |
| définitions..... | 14, 27, 30, 33, 34, 36 à 38, 41, 44 à 47, 62 à 65 |
| expressions similaires..... | 13, 29, 32, 54, 66, 101 |
| Secret technique..... | 53 |
| Technique exclusive..... | 52 |
| Savoir-faire traditionnel | |
| définition | 84 |
| Secret commercial - secret d'affaires | |
| adéquation aux savoirs traditionnels .. | 199, 201, 202 |
| généralités | 55 à 57, 197, 198 |

U

| | |
|--------------|-----|
| Unesco | 168 |
|--------------|-----|

Annexes

ANNEXE I : CORRESPONDANCES LINGUISTIQUES AUX TITRES D'ARTICLES LÉGISLATIFS CHINOIS

| Français | Anglais | Chinois |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|
| Loi sur les brevets de la RPC | Patent Law of the People's Republic of China | 中华人民共和国专利法 |
| Règlement d'application de la loi sur les brevets de la RPC | Implementing Regulations of the Patent Law of the People's Republic of China | 中华人民共和国专利法实施细则 |
| Loi sur les marques de la RPC | Trademark Law of the People's Republic of China | 中华人民共和国商标法 |
| Enregistrement et mesures de gestion des marques collectives et des marques de certification | Measures for the Registration and Administration of Collective Marks and Certification Marks | 集体商标、证明商标注册和管理办法 |
| Loi de lutte contre la concurrence déloyale de la RPC | Law of the People's Republic of China Against Unfair Competition | 中华人民共和国反不正当竞争法 |
| Loi sur l'administration des produits pharmaceutiques de la RPC | Pharmaceutical Administration Law of the People's Republic of China | 中华人民共和国药品管理法 |
| Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois | Regulations on Protection of Traditional Chinese Medicines | 中药品种保护条例 |
| Règlement sur les médecines traditionnelles chinoises de la RPC | Regulation of the People's Republic of China on Traditional Chinese Medicines | 中华人民共和国中医药条例 |
| Loi sur les médecines traditionnelles chinoises de la RPC | Law of the People's Republic of China on Traditional Chinese Medicine | 中华人民共和国中医药法 |
| Loi sur le patrimoine culturel immatériel de la RPC | Law of the People's Republic of China on Intangible Cultural Heritage | 中华人民共和国非物质文化遗产法 |

Table des matières

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Remerciements..... | 7 |
| Sommaire..... | 9 |
| Abréviations principales | 11 |
| Introduction | 13 |
| PARTIE PREMIÈRE : Notion de savoir-faire traditionnel en médecine..... | 27 |
| TITRE I : LES CONCEPTS SPÉCIFIQUES AU SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL EN MÉDECINE | 29 |
| Chapitre 1 : De l'usage controversé de la notion de savoir-faire | 31 |
| Section 1 : Terminologie | 33 |
| § 1 : Terminologie française | 34 |
| § 2 : Terminologie chinoise | 37 |
| A) Avis des spécialistes..... | 37 |
| B) Correspondance à <i>know-how</i> en droit chinois | 41 |
| Section 2 : Définition du savoir-faire | 45 |
| § 1 : Sens communs et sens juridiques..... | 46 |
| A) Sens commun de l'expression « savoir-faire »..... | 46 |
| 1) En France | 46 |
| 2) En Chine..... | 48 |
| B) Sens juridique retenu par les spécialistes | 51 |
| 1) En France | 51 |
| 2) En Chine..... | 58 |
| § 2 : Définitions officielles juridiques nationales et internationales..... | 60 |
| A) En France..... | 60 |
| B) À l'international | 62 |
| C) En Chine | 66 |
| 1) Définition de « technique exclusive »..... | 66 |
| 2) Définition de « secret technique » | 68 |
| 3) Définition de « technique non-brevetée » et « habilité technique » .. | 70 |
| 4) Analogie entre savoir-faire et secret commercial | 71 |
| §3 : Synthèse..... | 80 |
| Chapitre 2 : Le savoir-faire traditionnel en médecine au sein du savoir | |
| traditionnel..... | 85 |
| Section 1 : Approche du savoir-faire traditionnel par la notion de savoir traditionnel | 85 |
| | 85 |
| § 1 : Savoir traditionnel et terminologie..... | 86 |
| § 2 : Définition juridique du savoir traditionnel..... | 88 |
| A) La notion de connaissance traditionnelle en vertu de la CDB | 91 |
| B) La notion de savoir traditionnel en vertu de l'OMPI | 94 |
| C) La notion de connaissances traditionnelles en vertu de l'OMC..... | 97 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| § 3 : Du « savoir-faire » et du « savoir traditionnel », au « savoir-faire traditionnel » | 100 |
| Section 2 : Caractériser le savoir-faire traditionnel en médecine | 103 |
| § 1 : Définition du savoir-faire traditionnel en médecine | 103 |
| A) Du savoir en médecine traditionnelle au savoir traditionnel en médecine | 103 |
| B) Médecine traditionnelle « traditionnelle » et médecine traditionnelle « moderne » | 108 |
| § 2 : Caractéristiques communes des SFT en médecine (traditionnelle)... | 110 |
| CONCLUSION TITRE I | 115 |
| TITRE II : CONTEXTES SOCIÉTAUX PASSÉS ET PRÉSENTS DES SAVOIR-FAIRE TRADITIONNELS EN MÉDECINE | 117 |
| Chapitre 1 : Aperçu général conjoncturel du savoir-faire traditionnel en médecine | 119 |
| Section 1 : Le savoir-faire traditionnel de la Chine en médecine : une source ancestrale | 119 |
| § 1 : Anamnèse du savoir-faire traditionnel en médecine | 120 |
| A) Première période : époque de la société Shen Nongshi..... | 121 |
| B) Deuxième période : époque de la société esclavagiste | 122 |
| C) Une troisième phase : l'époque féodale..... | 124 |
| D) Quatrième phase : de la République de Chine (1912) à aujourd'hui | 131 |
| § 2 : Analyse des facteurs qui menacent la MTC | 134 |
| A) Une disparition de la culture traditionnelle | 134 |
| B) Le choc de la médecine conventionnelle | 135 |
| C) Les erreurs du système éducatif..... | 137 |
| D) Des difficultés pour succéder aux praticiens compétents..... | 139 |
| E) Une modernisation à l'occidentale des recherches scientifiques..... | 141 |
| F) Un défaut de protection des savoir-faire de la MTC..... | 142 |
| Section 2 : Enjeux et convoitises autour du SFTM | 144 |
| § 1 : Un intérêt croissant pour les médicaments traditionnels | 144 |
| A) Des facteurs favorables au développement des SFT | 144 |
| B) L'émergence du phénomène de la biopiraterie..... | 147 |
| § 2 : La biopiraterie en médecine traditionnelle par des exemples | 149 |
| A) Biopiraterie aux États-Unis | 150 |
| 1) Le curcuma | 150 |
| 2) L'ayahuasca | 151 |
| B) Biopiraterie de l'Union européenne | 152 |
| 1) Le margousier (neem) | 152 |
| 2) Le cactus hoodia | 153 |
| 3) Un tableau d'exemples | 154 |
| C) Biopiraterie en Asie | 155 |
| 1) Le dichondra repens forst | 155 |
| 2) La médecine du cafard | 157 |
| 3) Le Niu Huang Qing Xin Wan | 158 |
| Chapitre 2 : Environnement juridique international | 161 |
| Section 1 : Les instances de l'ONU et leurs travaux | 163 |
| § 1 : La Convention sur la diversité biologique et les pactes connexes | 163 |
| A) Le PNUE et la Convention sur la diversité biologique | 163 |
| B) Les « Lignes directrices de Bonn » | 167 |
| C) Le Protocole de Nagoya | 168 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| § 2 : Autres production des organismes onusiens pour les savoirs traditionnels | 170 |
| A) Les travaux de l'Organisation mondiale de la santé..... | 171 |
| B) La Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones | 174 |
| C) Les travaux de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle..... | 175 |
| D) La Convention de l'Unesco..... | 176 |
| Section 2 : Le savoir-faire traditionnel face à l'OMC | 179 |
| § 1 : L'Organisation mondiale du commerce et l'ADPIC | 179 |
| § 2 : Antagonisme entre CDB et ADPIC | 181 |
| A) L'approche des connaissances traditionnelles par l'ADPIC | 181 |
| B) Les avis divergents entre pays | 182 |
| CONCLUSION TITRE II | 185 |
| Conclusion partie première | 187 |
| PARTIE SECONDE : Les voies de protection du savoir-faire traditionnel en médecine | 189 |
| TITRE I : LES VOIES NATIONALES DE PROTECTION DU SAVOIR-FAIRE TRADITIONNEL EN MÉDECINE..... | 191 |
| Chapitre 1 : Protection par le droit de la propriété intellectuelle | 193 |
| Section 1 : Protection des SFT par le brevet et le secret commercial | 195 |
| § 1 : Le droit des brevets | 195 |
| A) Présentation du système de protection | 195 |
| B) Breveter les connaissances traditionnelles | 196 |
| 1) La détermination du titulaire de droit | 196 |
| 2) Le critère de nouveauté | 199 |
| 3) Le critère de créativité et de dépendance | 204 |
| C) Considérations générales complémentaires..... | 210 |
| § 2 : Le secret commercial | 211 |
| A) Présentation succincte du système | 212 |
| B) Les contextes internationaux du secret commercial | 215 |
| 1) un contexte difficile pour la Chine | 215 |
| 2) Un contexte européen en appui pour la France | 217 |
| 3) Sanctions potentielles | 218 |
| Section 2 : Les sources de protection issues des droits dérivés..... | 220 |
| § 1 : Le droit des marques | 220 |
| A) Présentation du système | 220 |
| B) L'état de la protection du savoir traditionnel par le droit des marques | 223 |
| C) L'état de la protection de la MTC en Chine par les marques | 225 |
| § 2 : L'indication géographique | 228 |
| A) Présentation du système | 228 |
| B) Avantages et inconvénients | 231 |
| Chapitre 2 : Approches hors du champ de la propriété intellectuelle | 235 |
| Section 1 : Les systèmes juridiques et politiques en vigueur en Chine..... | 235 |
| § 1 : Environnement juridique en Chine de source nationale | 236 |
| A) <i>Le Règlement sur la protection des médicaments traditionnels chinois</i> . | 236 |
| B) Le « Règlement sur les médecines traditionnelles chinoises »..... | 244 |
| § 2 : Législations influencées par des sources internationales | 247 |
| A) La « Loi sur le patrimoine culturel immatériel »..... | 247 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 1) Les difficultés rencontrées lors du processus d'élaboration de cette loi..... | 249 |
| 2) Déficiences potentielles du gouvernement en tant que titulaire du droit sur le patrimoine culturel immatériel | 253 |
| 3) Aperçu de la protection du patrimoine en France | 257 |
| B) La « Loi sur les médecines traditionnelles chinoises » | 259 |
| 1) Une genèse de source chinoise | 259 |
| 2) L'affaire NI Haiqing en catalyseur..... | 260 |
| 3) Perspectives de la loi en 2017. | 264 |
| Section 2 : Autres législations développées de par le monde..... | 271 |
| § 1 : Contextes européens..... | 272 |
| A) Règlements européens | 272 |
| B) Déclinaisons françaises | 273 |
| § 2 : Autres contextes internationaux | 274 |
| A) Législations transnationales | 275 |
| B) Législations et dispositifs de source nationale | 277 |
| 1) En Thaïlande..... | 278 |
| 2) Au Laos | 281 |
| 3) En Inde | 283 |
| 4) L'exemple du Pérou | 285 |
| CONCLUSION TITRE I..... | 289 |
| TITRE II : LES VOIES DE PROTECTION INTERNATIONALES ET LEURS DÉCLINAISONS NATIONALES | 291 |
| Chapitre 1 : La protection défensive | 293 |
| Section 1 : Bases documentaires du SFTM..... | 295 |
| § 1 : Bibliothèques numériques ou bases de données sur les SFTM..... | 295 |
| A) Contexte international hors de Chine | 296 |
| B) Contexte chinois | 299 |
| C) Controverses et discussions | 301 |
| § 2 : Registre d'immatriculation des SFTM..... | 303 |
| A) Le registre déclaratif..... | 304 |
| B) Registre créatif..... | 306 |
| C) Controverses et discussions | 308 |
| Section 2 : Divulgence de l'origine | 313 |
| § 1 : Législations existantes et controverses autour de la divulgation d'origine..... | 314 |
| A) Législations actuelles | 314 |
| 1) Législation de l'UE et de ses pays membres | 316 |
| 2) Situation actuelle de la législation chinoise | 320 |
| B) L'obligation de divulguer l'origine est-elle contraire à l'ADPIC ?..... | 322 |
| § 2 : Analyse des facteurs essentiels relatifs à l'obligation de divulgation d'origine..... | 326 |
| A) Quelles conditions imposent une obligation de divulgation des ressources génétiques ou des savoir-faire traditionnels ?..... | 326 |
| 1) Relation d'indépendance de l'invention vis-à-vis de la ressource .. | 326 |
| 2) L'objet de dépendance de la divulgation de l'origine | 330 |
| B) Contenu, objet de la divulgation d'origine | 332 |
| C) Conséquences d'un manquement à l'obligation de divulgation..... | 336 |
| Chapitre 2 : La protection positive | 341 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Section 1 : Consentement préalable donné en connaissance de cause | 341 |
| § 1 : État de la législation actuelle | 342 |
| A) Législations autour de la CPDCC : généralités | 343 |
| 1) Apports de la CDB et du Protocole de Nagoya | 343 |
| 2) Apports de la législation européenne | 348 |
| 3) Adaptations en France | 348 |
| B) Le champ d’application du CPDCC | 350 |
| 1) champs d’application de la CDB et du Protocole de Nagoya | 350 |
| 2) En Europe et en France | 353 |
| § 2 : Caractéristiques du CPDCC | 354 |
| A) La notion de « préalable » | 355 |
| B) « En connaissance de cause » | 357 |
| C) « Le consentement » | 359 |
| 1) Le dépositaire du consentement et sa pertinence | 359 |
| 2) Forme du consentement préalable en connaissance de cause | 363 |
| 3) Le pouvoir d’approbation et de refus | 365 |
| Section 2 : Le partage juste et équitable des avantages | 369 |
| § 1 : Un déploiement laborieux depuis la CDB | 369 |
| A) La CDB à la source | 369 |
| B) la contribution du <i>Protocole de Nagoya</i> | 373 |
| § 2 : Panorama législatif sur le PJE, influence du Protocole de Nagoya .. | 374 |
| A) En Europe | 375 |
| 1) La Directive 98/44/CE en facilitatrice | 376 |
| 2) Les Règlement (UE) n° 511/2014 et le Règlement (UE) d’exécution | |
| 2015/1866 | 377 |
| B) En France | 378 |
| C) L’influence du <i>Protocole de Nagoya</i> sur la Chine | 380 |
| CONCLUSION TITRE II | 383 |
| Conclusion partie seconde | 385 |
| Conclusion générale | 389 |
| Bibliographie | 392 |
| Ouvrages généraux | 392 |
| Ouvrages spécialisés..... | 392 |
| Articles, Chroniques et Rapports..... | 396 |
| Thèses et Mémoires | 413 |
| Principales décisions citées | 414 |
| Sites Internet | 415 |
| Index | 418 |
| Annexes | 421 |
| Annexe I : Correspondances linguistiques aux titres d’articles législatifs chinois | 421 |
| Table des matières | 423 |

Résumé

De par le monde, même dans ses territoires les plus reculés, et depuis des siècles parfois, des hommes et des femmes partagent et cultivent des ressources biologiques et des savoirs qu'ils utilisent pour pratiquer la médecine. Afin de pouvoir se développer, être valorisés ou simplement subsister, ces savoir-faire traditionnels en médecine ont besoin d'être protégés, notamment contre la biopiraterie et les brevets prédateurs. Dans cet objectif, afin de comprendre et d'explicitier le champ des possibilités, la présente étude envisage la protection de ces savoirs traditionnels sous divers angles juridiques qui dépassent généreusement les frontières nationales. À cette fin, elle entreprend de caractériser ce qu'est un savoir-faire traditionnel en médecine et d'en établir un portrait historique et législatif. Elle explore ensuite les possibilités protectrices et les écueils du droit de la propriété intellectuelle, mais aussi de nombreuses ouvertures juridiques existantes. Parmi celles-ci sont présentés des législations *sui generis* et les principaux accords internationaux, au rang desquels émergent la Convention sur la diversité biologique (CDB) et le Protocole de Nagoya, déclinés par quelques nations dans leur législation, de façon hétérogène. Pour parvenir à ses conclusions, cette recherche s'est appuyée sur un fil conducteur tendu entre deux pays emblématiques, la France et la Chine.

Abstract

Throughout the world and even in remote territories, and for centuries, men and women grow and share biological resources as well as knowledge which they use to practice medicine. This traditional know-how in medicine need to be protected, in particular against biopiracy and predatory patents in order to be able to develop, be valued or merely exist. To that end, in order to understand and clarify the field of possibilities, this study considers the protection of this traditional knowledge from various legal perspectives which go beyond national borders. This study first undertakes to define what a traditional know-how in medicine is and to establish a historic and legal overview. Then, it explores the protective possibilities and the pitfalls of intellectual property laws as well as the numerous existing legal openings. Among these are presented *sui generis* legislations and major international agreements, to the rank of which emerge the Convention on Biological Diversity (CDB) and the Nagoya Protocol, described in a heterogeneous way by several nations into their legislation. In order to achieve these conclusions, this research relied on a main thread stretched out between two iconic countries, France and China.