

NUMÉRO 6  
JUN 2018

# REVUE FRANCOPHONE DE LA **PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

---



[www.association-afpi.org](http://www.association-afpi.org)

ISSN 2490-8347

## Direction de la Revue

Yann BASIRE

*Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace*

## Comité Éditorial Central

Yann BASIRE

*Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace*

Valérie-Laure BENABOU

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

Georges BONET †

Nicolas BRONZO

*Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille [en disponibilité]*

Sylvain CHATRY

*Maître de conférences à l'Université de Perpignan Via Domitia*

José Roberto D'AFFONSECA GUSMAO

*Professeur à l'Université Catholique de São Paulo, Avocat*

Paulin EDOU EDOU

*Docteur en droit et Directeur Général de l'OAPI*

Amélie FAVREAU

*Maître de conférences à l'Université de Grenoble-Alpes*

Karlo FONSECA TINOCO

*Docteur en droit, Avocat*

Christophe GEIGER

*Professeur à l'Université de Strasbourg et Directeur Général du CEIPI*

Francis GURRY

*Directeur général de l'OMPI*

Caroline LE GOFFIC

*Maître de conférences HDR à l'Université Paris Descartes*

Jacques LARRIEU

*Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole*

Christian LE STANC

*Professeur des Universités, Avocat*

Céline MEYRUEIS

*Maître de conférences à l'Université de Strasbourg et Directrice des études du CEIPI*

Pilar MONTERO

*Professeur à l'Université d'Alicante*

Yves REBOUL

*Professeur émérite, Directeur de la section française du CEIPI*

Patrick TAFFOREAU

*Professeur à l'Université de Lorraine*

Edouard TREPPOZ

*Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon3, directeur du Centre Paul Roubier*

## Comité Régional Europe

Alexis BOISSON

*Maître de conférences à l'Université Pierre-Mendès-France*

Uroš CEMALOVIC

*Professeur à la Faculté de droit, d'administration publique et de sécurité, Université John Naisbitt, Belgrade, Serbie*

Jean-Pierre GASNIER

*Avocat, Professeur associé à l'Université Aix-Marseille*

Natalia KAPYRINA

*Doctorante en droit*

Dusan POPOVIC

*Professeur à l'Université de Belgrade, Serbie*

Ciprian Raul ROMITAN

*Maître de conférences, Université « Roumaine-Américaine » de Bucarest*

Viorel ROS

*Professeur, Université « Nicolae Titulescu » de Bucarest*

Eleni-Tatiani SYNODINOU

*Maître de Conférences à l'Université de Chypre*

## Comité Régional Océanie

Philippe GIRARD-FOLEY

*Avocat*

## Comité Régional Afrique

Yasser OMAR AMINE

*Chercheur en droit de la propriété intellectuelle, Avocat au Barreau du Caire*

Ampah JOHNSON

*Enseignant-chercheur à l'Université de Lomé*

François-Xavier KALINDA

*Maître de conférences à l'Université du Rwanda, Doyen de la faculté de droit*

Daoud Salmouni ZERHOUNI

*Avocat*

## Comité Régional Amérique du Nord

Charles DE HAAS

*Avocat*

Emmanuel GILLET

*Docteur en droit*

Florian MARTIN-BARITEAU

*Maître de conférences à l'Université d'Ottawa*

## Comité Régional Amérique Latine

Lola KANDELAFT

*Avocate*

Cynthia SOLIS

*Avocate*

## Comité Régional Asie

Shujie FENG

*Professeur de droit, Université Tsinghua (Pékin)*

Makoto NAGATSUKA

*Professeur à l'Université Hitotsubashi*

Aso TSUKASA

*Maître de conférences à l'Université de Kyushu*

## Textes révisés par:

Yann BASIRE

Nicolas BRONZO

Sylvain CHATRY

Caroline LE GOFFIC

# Revue Francophone de la Propriété Intellectuelle

ISSN 2490-8347

N° 6 Juin 2018

## NUMERO SPECIAL : UN NOUVEAU REGARD SUR LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

### *Acquis et défis de la propriété intellectuelle dans l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle*

ÉDITORIAL .....	3
<b>I. LES ACQUIS</b>	
P. EDOU EDOU - Les acquis de la propriété intellectuelle en Afrique - le rôle de l'OAPI.....	7
F. DIOP - Les Acquis en matière de propriété industrielle dans l'OAPI .....	17
J.-S. BERGÉ - La dimension européenne (UE) de la propriété industrielle en comparaison .....	25
F. SIIRIAINEN - Le droit de la propriété littéraire et artistique dans l'accord de Bangui après la révision de Bamako .....	33
A.-E. KAHN - Harmonisation du droit de la propriété littéraire et artistique - comparaison européenne.....	43
L.-Y. NGOMBE - La protection des expressions culturelles traditionnelles (folklore) en Afrique .....	55
<b>II. LES DÉFIS</b>	
A. JOHNSON-ANSAH - La contrefaçon des médicaments - Présentation générale .....	69
S. YAMTHIEU - Table ronde « Accès aux aliments » - Présentation générale.....	83
M. LIGHTBOURNE - Table ronde « Accès aux aliments » - Discussions.....	93
G. NGOUMTSA ANOU - Faut-il faire de la CCJA de l'OHADA la Cour commune chargée de l'uniformité de l'interprétation et de l'application du droit OAPI ? .....	101
E. TREPPOZ - La juridictionnalisation des droits de PI en Europe : comparaison avec l'Afrique .....	109





# ÉDITORIAL

*Falilou DIOP*

*Anne Emmanuelle KAHN*

*Édouard TREPPOZ*

*Codirecteurs scientifiques du colloque*

Ces publications sont tirées d'un colloque organisé le 10 novembre 2016 dans le cadre de la semaine Afrique à Lyon et portant sur le thème « *Un nouveau regard sur la propriété intellectuelle : les acquis et les défis de la propriété intellectuelle dans l'OAPI (Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle)* ». L'objectif de ce colloque était de mieux comprendre le cadre régional de la propriété intellectuelle dont la construction est entreprise par l'OAPI. Le colloque offrait également l'occasion de croiser les regards de spécialistes du droit africain et du droit européen de la propriété intellectuelle dans la perspective d'une comparaison des constructions régionales et d'un enrichissement mutuel des points de vue.

En effet, à une époque où la propriété intellectuelle est en crise, voire en déclin au niveau européen, la meilleure compréhension des acquis du droit africain peut être une source d'évolution ou de réflexion pour l'Europe. Ainsi la richesse de la construction africaine a offert un regard différent sur certains aspects de la matière. De ce point de vue, la protection de la culture et des savoirs traditionnels par le biais de la protection spécifique du Folklore est très certainement stimulante. De même, la question de l'accès aux ressources vitales a permis de revenir à des fondamentaux et de susciter une réflexion sur le rôle et la place de la propriété intellectuelle au profit d'une approche autarcique.

Dans un autre mouvement, l'expérience européenne en la matière peut inspirer la construction en cours d'un cadre régional de la propriété intellectuelle en Afrique. En effet, l'harmonisation du droit de la propriété intellectuelle et des matières connexes est essentiellement assurée en Europe par l'Union européenne dotée d'une Cour prolongeant l'harmonisation du texte à son interprétation. Tel n'est pas le cas dans l'espace OAPI où une certaine complexité institutionnelle règne. Celle-ci est due à la présence d'une multiplicité d'organisations sous régionales distinctes, spécialisées sur des matières connexes à la propriété intellectuelle et sur lesquelles l'OAPI peut s'appuyer pour améliorer sa structure, notamment sur les aspects juridictionnels, mais qui peuvent également être un handicap pour la clarté de son droit.

Les lignes du présent document reproduisent les termes des diverses présentations qui ont ouvert les fructueux échanges conduits notamment par le Docteur Paulin EDOU-EDOU (Directeur général de l'OAPI) et animés par des spécialistes venus des deux continents qui ont permis ces regards croisés.

Par ces mots, nous les remercions, ainsi que la RFPI qui a permis la publication des actes.



# Les acquis de la propriété intellectuelle en Afrique – le rôle de l’OAPI

**Paulin EDOU EDOU**

*Docteur en droit de l’Université de Strasbourg*

*Diplômé de l’École nationale d’administration*

*Ancien Directeur général de l’Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI)*

*Enseignant-chercheur*

*Dans les lignes qui suivent, Monsieur Paulin EDOU-EDOU, directeur général et l’organisation Africaine de la propriété intellectuelle et invité d’honneur du colloque, propose une présentation générale de l’organisation Africaine de la propriété intellectuelle (OAPI). Il retrace ainsi l’évolution du système de protection de la propriété intellectuelle dans cet espace en partant de la période précoloniale à l’état actuel de la construction institutionnelle et juridique entreprise par l’Organisation. La compréhension de cette évolution permet de se rendre compte, d’emblée, que des avancées considérables ont été réalisées dans le sens d’une protection efficiente de la propriété intellectuelle au sein l’OAPI.*

## Introduction

En guise d’introduction, je voudrais faire trois remarques.

Un sujet consacré à l’étude des acquis a d’abord un relent historique. L’histoire de la propriété intellectuelle des États membres de l’Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) est étroitement liée à leur passé colonial.

Dans leur évolution en Afrique francophone subsaharienne, la propriété industrielle et le droit d’auteur ont connu deux itinéraires différents. Alors que le premier a bénéficié très tôt d’un encadrement juridique et institutionnel communautaire dans le cadre de l’Union africaine et malgache (UAM)<sup>1</sup>, avec

la signature, le 13 septembre 1962, de l’Accord de Libreville portant création de l’Office africain et malgache de la propriété industrielle (OAMPI)<sup>2</sup>, l’évolution du droit d’auteur s’est faite de façon plus lente. Il a fallu attendre le 2 mars 1977, date de la création de l’OAPI, pour que la compétence de l’Office s’étende à la propriété littéraire et artistique<sup>3</sup>.

---

querelles politiques et idéologiques qui ont affecté leur fonctionnement et entraînés la disparition de la dernière en date, l’OCAM, en 1985.

<sup>2</sup> L’Office africain et malgache de la propriété industrielle (OAMPI) est né le 13 septembre 1962, suite à la signature, à Libreville, capitale de la République gabonaise, de l’Accord l’instituant par douze pays de l’Afrique subsaharienne francophone, à savoir : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Congo, Côte d’Ivoire, Gabon, Madagascar, Mauritanie, Niger, Sénégal, Tchad.

<sup>3</sup> A Bangui, le 2 mars 1977, l’Accord de Libreville a été révisé pour donner naissance à l’Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI). L’OAPI compte aujourd’hui 17 États membres. Madagascar s’est retiré en 1976 alors la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée équatoriale, le Mali, le Togo et l’Union des Comores ont rejoint, chacun à son tour, les onze autres pays fondateurs.

Depuis la réforme de 1977, une annexe de l’Accord est exclusivement consacrée à la protection de la

---

<sup>1</sup> Créée le 7 septembre 1961, l’Union africaine et malgache s’est muée en Union africaine et malgache de coopération économique (UAMCE), puis en Organisation commune africaine et malgache (OCAM) en février 1965. L’OCAM ainsi que ses prédécesseurs l’UAM et l’UAMCE regroupaient des pays africains, francophones pour la plupart. Elle avait pour but la coopération économique, culturelle et sociale entre ses membres. Décriées par de nombreux leaders panafricanistes, ces trois institutions ont été, tour à tour, minées par des

Office commun de ses douze membres, l'OAMPI est fortement inspiré du courant réformiste africain constitué, au début des années soixante, de pays appartenant au groupe de Brazzaville<sup>4</sup>.

Le système commun de protection ainsi mis en place a posé les bases du droit de la propriété intellectuelle actuellement en vigueur dans les pays membres.

La seconde remarque est d'ordre culturel. La propriété industrielle et le droit d'auteur, tels que perçus dans la société occidentale, sont globalement méconnus de l'Afrique précoloniale. Et pourtant, pendant la colonisation puis les indépendances, les anciennes colonies françaises de ce que l'on appelait naguère l'Afrique équatoriale française et l'Afrique occidentale française auxquelles il faut ajouter Madagascar et les territoires sous tutelle<sup>5</sup>, vont enregistrer une percée de ce modèle de protection des biens intellectuels.

Dans cette percée conceptuelle, le fossé qui sépare les deux sociétés, occidentale et

africaine, notamment dans leurs perceptions respectives de la propriété a été totalement occulté. L'étude de ces différences est un paramètre important dans la compréhension du droit africain de la propriété intellectuelle et de ses limites, plus d'un demi-siècle après la création de l'Office commun<sup>6</sup>.

La troisième et dernière remarque consiste à faire le point sur les avancées, en termes d'acquis, du système de protection mis en place par l'Accord de Libreville et les multiples révisions dont il a été l'objet. Les pères fondateurs<sup>7</sup> de l'OAMPI ont le mérite d'avoir institué un système de protection aujourd'hui éprouvé qui sert de modèle d'intégration dans le monde entier. Il y aurait lieu toutefois, pour mieux l'appréhender, de distinguer, dans l'Accord en vigueur, les éléments de droit matériel hérités de la colonisation et ceux, plus caractéristiques, institués par le législateur pour s'assurer de la fonctionnalité de ce qui constitue encore aujourd'hui un modèle d'intégration sous régionale<sup>8</sup>.

---

propriété littéraire et artistique. L'Accord de Bangui ne tranche cependant pas la question du statut de cette Annexe, notamment ses rapports avec les législations nationales sur le droit d'auteur. De même, la compétence de l'Organisation en ce domaine reste très limitée. Sur ce dernier point, lire l'Art. 2 de l'Accord qui traite des missions de l'OAPI.

<sup>4</sup> L'Accord de Libreville est conclu par les pays de ce que l'on appelait le Groupe de Brazzaville ou encore l'Afrique des réformistes, par opposition à l'Afrique des révolutionnaires incarnée par l'Égyptien Gamal Nasser, le Guinéen Kwamé N'krumah, le Guinéen Sékou Touré, le Malien Modibo Keita. Ce courant réformiste constitué, pour l'essentiel, des chefs d'État des 12 pays signataires de l'Accord de Libreville portant création de l'OAMPI, considère que la véritable indépendance de l'Afrique dépend de la promotion économique et sociale des populations. Pour survivre, les pays nouvellement indépendants doivent rapprocher progressivement leur politique économique, coordonner leur plan de développement, tendre à constituer, selon leur propre expression, « un groupement fonctionnel ».

<sup>5</sup> À côté des colonies regroupées au sein de l'AEF, de l'AOF et Madagascar, il y a le Cameroun et le Togo deux territoires sous mandat, puis sous tutelle de la France.

---

<sup>6</sup> L'OAPI a fêté son cinquantenaire le 13 septembre 2012.

<sup>7</sup> Désigne les douze chefs d'États et de gouvernements signataires de l'Accord de Libreville portant création de l'OAMPI.

<sup>8</sup> L'uniformité de la législation, la mise en place d'un office commun et la centralisation des procédures administratives sont les trois principes de fonctionnement qui concourent à la réalisation de cette intégration. Pour plus de précisions sur ce point, lire infra, pp. 9 à 12. Lire aussi R. Casenave, *Lettre concernant les pays de l'Office africain et malgache de la propriété industrielle, la Guinée et le Mali*, La propriété industrielle, 1970, p. 246 et suivantes ; F.-X. Doudou, *La protection des dessins et modèles dans les pays d'Afrique noire*, Thèse de doctorat en droit privé, Tome I, Université des sciences sociales de Grenoble II, juin 1976, pp. 183 et suivantes. Dans son analyse du système mis en place par l'Accord de Libreville et repris par l'Accord de Bangui, l'auteur souligne que « les principes d'unité de législation et d'unité d'institut constituent les traits originaux de l'Accord de Libreville (...). La création d'un office plurinational de propriété industrielle, comme l'adoption d'une législation unique, uniforme dans tous les États membres de l'OAMPI, implique un consensus à la fois politique et juridique » ; P. Edou Edou, *Les incidences de l'Accord ADPIC sur la protection de la*

Des trois remarques qui précèdent, il ressort que les acquis de la propriété intellectuelle dans les États membres de l'OAPI sont constitués, pour l'essentiel, de l'héritage colonial (I) sur la base duquel le montage juridique postcolonial s'est construit (II).

## I. L'héritage colonial

Après avoir fait abstraction de leurs réalités sociales et culturelles (A), le droit de la propriété intellectuelle a été introduit dans les anciennes colonies et territoires français de l'Afrique subsaharienne sous l'empire de l'Administration coloniale (B).

### A. La percée conceptuelle du droit de la propriété intellectuelle dans les anciennes colonies françaises de l'Afrique subsaharienne

Depuis la signature de l'Accord sur les ADPIC, le modèle occidental de protection de la propriété intellectuelle s'est progressivement universalisé. Même les pays qui avaient un mode d'appropriation des créations intellectuelles différent ont aligné leur législation aux standards des ADPIC<sup>9</sup>.

L'arrimage de l'OAPI à ce modèle date de la colonisation, avant de faire l'objet d'une codification en 1962<sup>10</sup>.

J'avais soutenu, il y a quelques années, que la propriété intellectuelle n'est ni du nord, ni du sud ; qu'elle est par définition universelle<sup>11</sup>.

Cette prise de position avait suscité quelques polémiques. Le débat portait aussi bien sur le fond que sur la forme.

En réalité, il y aurait lieu de distinguer la propriété qui est un concept universel des modes d'appropriation qui peuvent varier d'une culture ou d'une société à une autre. Il en est de même du caractère individuel ou collectif de la propriété<sup>12</sup>.

Le contenu, l'exercice et la défense du droit, éléments de fond de la polémique, doivent aussi être différemment appréciés. Il existe à l'évidence des différences de fond et de forme entre le droit traditionnel africain et celui des pays occidentaux dans leur perception de la propriété et des droits qui en découlent<sup>13</sup>.

Quelques ressemblances et dissemblances permettent d'établir ce décalage qui touche autant la propriété des biens corporels qu'incorporels<sup>14</sup>. L'on trouvera peut-être en lui, la traduction du faible niveau de protection de la propriété intellectuelle dans la région.

L'on sait, pour le noter, que l'Afrique précoloniale, à l'instar des autres sociétés, comporte des signes évidents de la créativité ; que ce soit par le biais de la pharmacopée à travers laquelle les hommes ont dû faire face à certaines exigences de santé ou simplement la fabrication d'outils de travail indispensables à leur survie.

La qualité d'auteur d'une œuvre, quelle qu'en soit la nature, y est aussi partagée.

Cependant, l'absence de formalisme distingue très nettement l'Afrique, du moins les territoires objets de la présente étude, des mécanismes occidentaux d'acquisition et de maintien en vigueur des droits attachés à une création intellectuelle. De nombreux auteurs le soulignent, à juste titre. La société

---

*propriété industrielle dans les pays membres de l'OAPI*, Thèse de doctorat en droit, Université de Strasbourg III, 25 mai 2005, pp. 49 et suivantes.

<sup>9</sup> Lire en ce sens C. Brenner, *La propriété intellectuelle et ses conséquences pour les pays en développement*, Annuaire suisse de politique de développement, 17/1998, pp. 7 à 24 ; P. Edou Edou, *op. cit.*, pp. 3 à 10.

<sup>10</sup> Année de la signature de l'Accord de Libreville portant création de l'OAMPI.

<sup>11</sup> V. Sciences du Sud, Entretien avec P. Edou Edou, directeur général de l'OAPI à l'occasion de la signature d'un accord de coopération avec l'IRD, Le journal de l'IRD, n° 51, septembre/octobre 2009.

---

La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, en son article 27, fait de la propriété intellectuelle, un droit fondamental.

<sup>12</sup> V. *infra*, p. 5.

<sup>13</sup> *Ibid*, P. Edou Edou, pp. 15 et suiv.

<sup>14</sup> Les biens intellectuels rentrent naturellement dans cette deuxième catégorie.

traditionnelle africaine se caractérise, en ce domaine, par l'initiation et le secret<sup>15</sup>.

La protection de certaines créations, à caractère technique notamment, qui sous-tend la divulgation de l'œuvre au public ne rime pas avec une société de tradition orale.

De même, si l'économie de marché, et son corollaire le libéralisme, supposent l'appropriation privative et individuelle des biens, la conception traditionnelle africaine de la propriété repose davantage sur l'appropriation collective.

Le fossé est tout aussi grand en ce qui concerne les signes distinctifs et les créations ornementales. Si les populations africaines ne connaissaient pas la marque comme signe distinctif utilisé dans le commerce, elles ont de tout temps su distinguer ce qui rentrait dans leur patrimoine commun ou privé des biens des autres membres du groupe social en leur apposant des signes divers. Dans ce contexte, la marque est davantage utilisée pour se prémunir contre le vol des biens corporels sur lesquels elle est apposée que pour servir de signe distinctif dans les activités industrielles et commerciales.

Dans cette même société, un dessin ou modèle, par exemple, pouvait parfaitement être reproduit par les autres membres du groupe sans qu'il ne soit fait allusion à une quelconque atteinte à un droit. Sa reproduction ou son imitation était au contraire considérée comme un acte licite qui témoignait des qualités artistiques et du savoir-faire de son auteur. Des interrogations pouvaient alors naître sur la nature des droits attachés à une création de type industrielle<sup>16</sup>.

Le droit d'auteur n'est pas en reste. Une opinion bien répandue récuse toujours l'idée que l'auteur d'une œuvre, musicale par exemple, peut percevoir des droits du fait de son utilisation par des tiers.

---

<sup>15</sup> Lire par exemple R. Kiminou, *Le brevet d'invention africain*, Thèse, Montpellier, 1990, p. 4.

<sup>16</sup> Dans ce contexte, il est difficile d'évoquer l'existence d'un droit exclusif et son corollaire, celui d'interdire les tiers d'en faire usage sans l'autorisation du titulaire.

Les développements qui précèdent illustrent le fossé qui existe entre les deux sociétés, notamment dans leur perception de la propriété. Rien de tout cela ne semble avoir été pris en compte dans l'extension du modèle occidental aux colonies.

## **B. Les prémices de l'extension du droit français sous l'empire de l'Administration coloniale**

L'inclusion d'une clause dite coloniale<sup>17</sup> principalement dans la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle lors de la conférence de révision de La Haye<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> La clause coloniale n'était pas spécifique au droit international de la propriété intellectuelle. Les puissances coloniales avaient coutume d'insérer dans divers traités internationaux qu'elles concluaient, une clause finale dite coloniale dont l'objet était d'étendre aux territoires coloniaux (ou de les y soustraire) de l'application desdits traités. Sur la base de cette clause, chacune de ces puissances pouvait, en tout temps, notifier par écrit à l'organisme chargé de l'administrer, et par conséquent aux autres parties contractantes, que ledit traité est applicable à tout ou partie de ses colonies. Lire sur ce point, D. Ekani, *L'union africaine et malgache de la propriété industrielle, la protection régionale des droits de propriété industrielle*, Thèse, Université des sciences juridiques, politiques et sociales de Strasbourg, 1973, pp. 22 et suivantes. L'auteur souligne que si les colonies ne pouvaient pas avoir accès de plein droit ou implicitement aux conventions internationales en matière de propriété industrielle, les formalités spéciales étaient nécessaires pour les y faire admettre ; formalités dont la mise en œuvre dépendait de la puissance coloniale, signataire desdites conventions. Ces formalités pouvaient être de deux ordres. Elles pouvaient consister, soit en l'énumération dans la convention elle-même des colonies auxquelles la convention sera applicable, cas plutôt rare qui suppose que l'on connaît à l'avance toutes ces colonies et qu'une décision avait déjà été prise pour leur accession ; soit, et c'était le cas le plus fréquent, par l'inclusion d'une clause spécifique à caractère général prévoyant, pour la puissance coloniale, la faculté d'étendre l'application de la convention aux colonies moyennant une déclaration sous forme de note verbale déposée auprès de l'État ou de l'organisme dépositaire des instruments diplomatiques concernant la convention en question.

<sup>18</sup> L'art. 14 du texte initial de la Convention de Paris prévoyait des conférences périodiques de révision en vue d'y introduire des améliorations de nature à

(1) et sa mise en œuvre (2) ont été les signes avant-coureurs de cette extension.

### 1. La clause coloniale

Lors de la conférence diplomatique de La Haye, un nouvel article 16 *bis* a été introduit dans la Convention de Paris. Cette disposition, connue sous le nom de clause coloniale, va offrir aux pays contractants le droit d'accéder en tout temps à chacune de ces conventions pour leurs colonies, possessions, dépendances et protectorats, ou territoires administrés en vertu d'un mandat de la Société des Nations.

La même disposition leur donne la possibilité de les y soustraire par une procédure de dénonciation<sup>19</sup>.

La clause coloniale est ainsi devenue la première manifestation juridique de l'extension du modèle occidental de protection de la propriété intellectuelle aux territoires d'Afrique subsaharienne sous influence française.

La mise en œuvre de la clause coloniale par une partie contractante était subordonnée à une Déclaration notifiée par écrit au Gouvernement de la Confédération suisse, à charge pour ce dernier de la porter aux autres membres de l'Union<sup>20</sup>.

L'initiative de la notification visée au paragraphe 3 de l'article 16 *bis*, par la France, sous-tend la soumission des colonies,

---

perfectionner le système de l'Union. La conférence de révision de La Haye s'est tenue le 6 novembre 1925.

<sup>19</sup> Alinéa 4 de l'article 16 *bis*.

<sup>20</sup> Alinéa 3 de l'article 16 *bis* de la convention de Paris, Acte de La Haye. Par note verbale n° 92 de son Ambassade à Berne du 24 février 1933, la France a porté à la connaissance du département politique fédéral de la Confédération suisse que son gouvernement adhère, pour douze de ses colonies (Indonésie, Madagascar, Afrique équatoriale française, Guadeloupe, Martinique, Côte française des Somalis, Réunion, Guyane française, Île Saint Pierre et Miquelon, Etablissement français de l'Inde, Nouvelle Calédonie, Etablissement français de l'Océanie) à quatre conventions ou arrangements parmi lesquels la Convention de Paris.

territoires sous mandat ou sous tutelle concernés à l'ordre juridique français.

### 2. La soumission à l'ordre juridique français

Par l'effet de la mise en œuvre de la clause coloniale, l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) est devenu leur service national, de sorte que les dépôts effectués dans ses bureaux métropolitains étaient valables à la fois en France et dans les territoires concernés. Inversement, les dépôts effectués auprès des greffes des tribunaux locaux de ces territoires lui étaient transmis et valaient juridiquement autant que les dépôts de la métropole<sup>21</sup>.

La mise en œuvre de la clause coloniale impliquait aussi l'application, aux colonies, des lois françaises alors en vigueur, notamment celles du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention, du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique et de commerce et du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles industriels.

On le voit, les premiers acquis de la propriété intellectuelle sur l'espace que couvre l'OAPI sont d'ordre colonial.

L'Accord de Libreville portant création de l'OAMPI, le 13 septembre 1962, puis celui de Bangui et les révisions dont il a été l'objet marquent une rupture, du moins sur la forme, avec l'ancienne puissance coloniale. L'ensemble de ces réformes a pour effet l'amélioration progressive du système commun de protection.

## II. Le montage juridique et institutionnel postcolonial

Le droit de la propriété intellectuelle des pays membres de l'OAPI s'est construit depuis la signature de l'Accord de Libreville en 1962. Les traits caractéristiques du montage juridique issu de cet accord (A) ont des implications sur les procédures (B).

---

<sup>21</sup> Lire R. Cazenave, *op. cit.* p. 246.

## A. Les traits caractéristiques du Système postcolonial

À l'analyse des dispositions des accords de Libreville et de Bangui et en dépit des apparences, la filiation avec le droit français<sup>22</sup> s'est poursuivie (1). Des caractéristiques spécifiques du nouveau droit conventionnel doivent tout de même être relevées (2).

### 1. La filiation avec le droit français

L'Accord de Libreville, puis celui de Bangui marquent en réalité une sorte de continuité du système français. Les annexes de ces deux textes respectivement consacrées aux brevets d'invention, aux marques, aux dessins et modèles industriels et aux appellations d'origine reprennent presque à l'identique les dispositions des lois françaises correspondantes.

Malgré la volonté exprimée par les États membres d'adapter leur législation commune à leur réalité par l'insertion de dispositions spécifiques<sup>23</sup> lors de la conférence de révision de l'Accord en 1977, le droit matériel des brevets d'invention, des marques, des dessins et modèles industriels et des appellations d'origine a, à quelques exceptions près, gardé sa filiation avec le droit français. Le droit de la concurrence déloyale n'est pas en reste. Le juge des États membres de l'OAPI se réfère encore aux dispositions de l'article 1382 du Code civil français<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> *Ibid*, F.-X. Doudou, *op. cit.*, p. 303. L'auteur fait remarquer que « L'affinité congénitale entre la législation française et celle de l'OAPI en matière de propriété industrielle autorise à faire largement appel à la doctrine et à la jurisprudence de l'ancienne Métropole ».

<sup>23</sup> Il en est ainsi de l'exigence d'exploitation locale des titres pour le renouvellement de la protection, ou le contrôle et l'approbation préalables des contrats de licence, de cession et de transmission des droits. Ces exigences ont été abandonnées en 1999, lors de la première révision de l'Accord de Bangui.

<sup>24</sup> À l'exception de la Guinée Équatoriale et de la Guinée Bissau qui ont une source d'inspiration juridique différente liée à leur passé colonial. Ces deux pays appliquent respectivement les règles et

En dépit de ce qui précède, quelques traits caractéristiques doivent être relevés.

### 2. Des traits caractéristiques originaux

L'uniformité de législation, l'office commun et des procédures centralisées sont les trois règles de fonctionnement du système de protection de la propriété intellectuelle de l'OAPI.

#### a) Une législation uniforme d'origine conventionnelle

Le droit de la propriété intellectuelle des pays membres de l'OAPI est d'origine conventionnelle. L'Accord de Bangui ne porte pas simplement création d'une organisation sous régionale de la propriété intellectuelle, elle fixe aussi, à travers ses annexes I à X, le régime juridique des objets protégés. L'Accord revêt donc un double statut. Il est d'abord, par sa nature même, un traité international en ce qu'il résulte d'un accord de volonté conclu par écrit entre sujets de droit international (États). Il fait ensuite office de législation de chacun des dix-sept membres de l'Organisation en matière de propriété intellectuelle<sup>25</sup>. D'où la mention récurrente du terme *législation nationale* dans le traité et son règlement d'application<sup>26</sup>.

En effet, une fois ratifié par les deux tiers (2/3) des pays membres, l'Accord entre en vigueur<sup>27</sup> et s'insère dans l'ordonnement juridique national comme n'importe quelle loi votée par le parlement.

Depuis septembre 1962, cette législation est en constante évolution. Alors que l'Accord initial de Libreville n'était constitué que de trois annexes, sa révision en 1977 a eu pour

---

principes hérités de la colonisation espagnole et portugaise.

<sup>25</sup> Art. 2 et 3 de l'Accord.

<sup>26</sup> Il s'agit notamment des articles 3 de l'Accord et 6 du Règlement d'application. L'article 6 du Règlement d'application précise que « par législation nationale aux termes de l'Accord et de ses annexes, il faut entendre, selon le contexte, les annexes de l'Accord ou les lois nationales particulières se situant en dehors de l'Accord et de ses annexes ».

<sup>27</sup> Art. 43 de l'Accord.

principaux effets : la création d'une Organisation à la place d'un simple office, l'élargissement du domaine de la protection à d'autres secteurs de la propriété intellectuelle<sup>28</sup>, l'extension de la compétence de l'Office à la propriété littéraire et artistique<sup>29</sup> par l'adoption d'une annexe VII qui lui est consacrée, l'implication de l'Organisation dans le développement économique des États membres, l'adoption de l'activité inventive comme troisième condition de brevetabilité, pour ne citer que ceux-là.

À ces missions traditionnelles, la réforme de 1999 introduit une mission nouvelle : la formation en propriété intellectuelle.

La dernière révision<sup>30</sup> en date et dont le projet est en cours de ratification apporte également des améliorations considérables<sup>31</sup>. L'objectif permanent est de mettre l'Accord en conformité avec le droit international et d'en

---

<sup>28</sup> Sous l'empire de l'Accord de Libreville, la protection de la propriété intellectuelle se limitait à trois objets : les brevets d'invention (annexe I), les marques de fabrique ou de commerce (annexe II) et les dessins et modèles industriels (annexe III). Les réformes de 1977 et 1999 ont porté ses objets à 10, incluant les modèles d'utilité, les indications géographiques, le droit d'auteur, les schémas de configuration de circuits intégrés, les noms commerciaux, les obtentions végétales et la lutte contre la concurrence déloyale.

<sup>29</sup> Dans le domaine du droit d'auteur, la mission de l'OAPI est plus limitée. Elle se réduit à la promotion de la propriété littéraire et artistique, à la diffusion et à la centralisation des informations ; la gestion collective du droit d'auteur étant du ressort des États à travers la mise en place d'organismes nationaux de gestion collective du droit d'auteur.

<sup>30</sup> Il s'agit de l'Acte issu de la Conférence diplomatique de Bamako, le 14 décembre 2015.

<sup>31</sup> Il en est ainsi des améliorations enregistrées dans le domaine de l'application des droits. Le nouvel accord ouvre la possibilité de création d'une Cour commune de justice à l'OAPI en matière de propriété intellectuelle (art. 4.1). Il institue en outre une procédure d'exequatur. Les décisions judiciaires définitives rendues dans l'un des États membres, dans les domaines autres que celui de la validité des titres (exceptées celles fondées sur l'ordre public et les bonnes mœurs) pourront, en vertu d'une décision d'exequatur rendue conformément à la législation de l'État concerné, être exécutées dans les autres États membres (art. 20.2).

faire un instrument en phase avec les exigences et préoccupations de développement des États membres.

#### **b) Un service commun de protection**

L'Organisation tient lieu de service national de la propriété industrielle pour chacun des 17 États membres<sup>32</sup>. Elle se substitue ainsi aux différents services nationaux de propriété industrielle que ceux-ci étaient censés se doter en vertu des dispositions de l'article 12 de la Convention de Paris.

En tant qu'office commun, l'OAPI assume l'ensemble des tâches dévolues à tout service national de propriété industrielle. Elle procède à l'examen et à l'enregistrement des demandes de titres, tels que prévus par les annexes de l'Accord de Bangui. Sa compétence s'étend aux maintiens en vigueur, à la restauration des droits ainsi qu'à la tenue des registres spéciaux.

Dans le même ordre d'idées, c'est l'OAPI qui assure la communication au public de ces différents titres. En cela, elle dispose d'un bulletin officiel, *le BOPI*, en version électronique depuis 2013. Il paraît en moyenne une fois par semaine.

Trois organes<sup>33</sup> concourent à la réalisation des objectifs de l'Office : le Conseil d'administration, la direction générale et la Commission supérieure de recours.

#### **c) Des procédures centralisées**

La gestion d'un office commun, chargé de mettre en œuvre une législation commune a nécessairement des incidences sur les procédures.

Le point fera l'objet de davantage de développements dans les implications du montage juridique sur les procédures administratives et judiciaires.

---

<sup>32</sup> Art. 2, paragraphe 2 de l'Accord.

<sup>33</sup> Art. 25 à 33 de l'Accord.

## B. Implications dans les procédures administratives et judiciaires

L'Organisation est chargée, comme l'indique l'article 2 de l'Accord, de mettre en œuvre et d'appliquer les procédures administratives communes découlant d'un régime uniforme de protection de la propriété intellectuelle.

Le texte dudit article indique clairement que le mécanisme de centralisation n'est opérant qu'en ce qui concerne les procédures administratives (1). Il est sans intérêt pour les procédures judiciaires (2).

### 1. La centralisation des procédures administratives

L'article 2 s'applique en premier aux procédures administratives d'acquisition et de maintien en vigueur des droits.

L'ensemble des procédures administratives d'acquisition et de maintien en vigueur des droits, la tenue des registres et la publication des titres sont centralisées à l'Organisation.

Tout dépôt effectué auprès de l'Administration de l'un des États membres ou de l'Organisation a valeur de dépôt national dans les autres États.

Pour chacun des États qui sont également parties au Traité de coopération en matière de brevet (PCT), l'Organisation tient lieu d'office national, d'office désigné, d'office élu et d'office récepteur au sens des dispositions dudit traité<sup>34</sup>.

De même, pour chacun des États membres, l'Organisation, qui a récemment adhéré au Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques, tient également lieu d'office d'origine et d'office désigné pour chacun des États membres<sup>35</sup>.

Enfin, l'Organisation tient lieu d'Organisme central de documentation et d'information en matière de brevets d'invention. À ce titre, elle

est chargée de la diffusion de l'information technique dans les États membres et en particulier auprès de ses publics-cibles.

La centralisation des procédures administratives s'étend à l'activité de la juridiction administrative commune qu'est la Commission supérieure de recours<sup>36</sup>, chargée de statuer sur les recours en révision des décisions du Directeur général de l'Organisation en matière d'attribution des titres, y compris celles se rapportant aux oppositions et aux demandes de restauration. Saisie d'un tel recours, la Commission applique les règles de procédure communes découlant du régime uniforme de protection.

Une des caractéristiques de cette Commission est qu'elle statue en premier et dernier ressort; une construction qui n'est pas exempte de critique. Il s'agit, comme l'ont noté certains auteurs, d'une violation du principe de double degré de juridiction qui ne garantit pas nécessairement la sécurité juridique que recherche tout justiciable<sup>37</sup>.

Au terme des développements qui précèdent, il est permis de conclure que les pays membres de l'OAPI ont réussi une intégration dans le volet notarial des activités du service commun de protection.

Quid des procédures judiciaires ?

### 2. La construction inachevée de l'intégration judiciaire

À l'inverse des activités notariales, la compétence juridictionnelle incombe essentiellement aux tribunaux nationaux.

Une précision s'impose à ce propos pour mieux circonscrire les missions respectives de l'OAPI et de ses membres en matière

<sup>34</sup> Art. 2, paragraphe 3 de l'Accord.

<sup>35</sup> Art. 2, paragraphe 4 de l'Accord.

<sup>36</sup> Les recours en révision des décisions du directeur général en matière d'attribution des titres sont portés devant la Commission supérieure de recours instituée par l'article 16 de l'Accord de Bangui. La Commission statue en premier et dernier ressort. Pour plus de précisions sur cet organe, lire D. Ekani, *op. cit.* pp. 61 à 66. Lire aussi P. Edou Edou, *op. cit.* pp. 45 à 46.

<sup>37</sup> *Ibid*, François-Xavier Doudou, pp. 46 à 47.

juridictionnelle. Il y a lieu de distinguer selon que l'on est en présence d'un contentieux judiciaire devant conduire à une décision de justice, elle-même susceptible d'appel, ou si cette procédure consiste simplement en un recours en révision d'une décision du Directeur général, sans possibilité d'appel.

Dans le premier cas, la compétence juridictionnelle est nationale. L'Organisation, par l'entremise de la Commission Supérieure de Recours, n'intervient en matière juridictionnelle que dans le cadre des recours en révision des décisions du Directeur général.

Les articles 3 et 18 de l'Accord traduisent très bien cette compétence des États membres en matière judiciaire.

L'article 3 de l'Accord de Bangui, qui n'a pas un lien direct avec le contentieux, fait des droits afférents aux domaines de la propriété intellectuelle, tels que prévus par les annexes à l'Accord, des droits nationaux indépendants soumis à la législation de chacun des États membres dans lesquels ils ont effet. C'est dire que les principes et règles de procédure pour les défendre relèvent des systèmes judiciaires nationaux, puisque lesdits droits sont eux-mêmes nationaux<sup>38</sup>.

Plus étonnant est l'article 18 de l'Accord. En vertu de ses dispositions, les décisions judiciaires définitives rendues sur la validité des titres dans l'un des États en application des dispositions du texte des annexes I à X de l'Accord font autorité dans tous les États membres, à l'exception de celles fondées sur l'ordre public et les bonnes mœurs.

Cet article semble poser plus de problèmes qu'il n'en résout. Dans un système dont l'intégration est la pierre angulaire, une décision d'interdiction de poursuivre les actes

---

<sup>38</sup> Les titres délivrés par l'OAPI n'ont pas un caractère unitaire correspondant à l'ensemble de l'espace OAPI. Il y a autant de droits que d'États membres et, non point des droits unitaires s'appliquant à un territoire unique considéré comme un tout. Il en résulte que le juge de chacun des États membres est compétent pour connaître d'une action en contrefaçon pour violation du faisceau national.

de contrefaçon, par exemple, n'aura de portée que dans le pays du tribunal qui l'a rendue. Ce qui paraît absurde<sup>39</sup>.

Telles sont sommairement résumées les dispositions de ces deux articles qui aboutissent finalement à deux enseignements majeurs.

Primo, les pays membres de l'OAPI se sont gardés de confier, jusqu'ici, la compétence judiciaire à l'OAPI ou à toute autre instance supranationale.

Deuxio, l'article 18 marque tout de même une avancée. Il prévoit que certaines décisions de justice rendues par le tribunal d'un État peuvent être étendues aux autres membres sous trois conditions<sup>40</sup>.

## Conclusion

Il en résulte que les acquis de la propriété intellectuelle au sein de l'OAPI sont essentiellement constitués du droit hérité de la colonisation et des modifications qu'il aura subies par l'effet des révisions successives d'une part, et de normes plus originales qui permettent d'assurer la fonctionnalité du

---

<sup>39</sup> Dans ce contexte, il est difficile de garantir une protection uniforme au cœur de la fondation OAPI. Un parallèle avec la marque européenne permet de s'en convaincre. Le Règlement CE n° 40/94 du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire a créé un cadre juridique permettant d'assurer une protection uniforme sur l'ensemble du territoire de l'Union. L'interdiction de poursuivre les actes de contrefaçon prononcée par un tribunal des marques communautaires (désigné comme tel par un État membre) doit s'étendre, en principe, à tout le territoire de l'Union.

<sup>40</sup> La décision doit avoir été rendue en application des dispositions de l'Accord de Bangui et ses annexes. Il faut qu'elle soit devenue définitive et qu'elle ne porte pas sur l'ordre public et les bonnes mœurs. L'article 14 du Règlement d'application de l'Accord indique : « Par décision judiciaire, il faut entendre une décision de justice rendue au fond et en dernier ressort (...), une décision ayant acquis l'autorité de chose jugée ». Il précise par ailleurs : « Sont seules revêtues d'une autorité s'étendant à tous les États membres, les décisions judiciaires fondées sur des conditions de fond d'obtention des titres de propriété industrielle inhérents à l'objet même du titre ».

système, d'autre part. Un montage juridique et institutionnel qui singularise l'OAPI.

L'étude des acquis de la propriété intellectuelle au sein de l'OAPI révèle aussi des avancées significatives en termes de protection. Le montage juridique et institutionnel permet à l'Office d'agir au nom de ses États membres. L'uniformisation de la législation, l'Office commun et leur corollaire, l'administration centralisée des procédures administratives proscrivent tout conflit de compétence avec les administrations nationales compétentes.

L'œuvre de construction entamée en 1962 demeure cependant inachevée. L'intégration réalisée se limite, pour l'essentiel, à la gestion des procédures administratives.

Le maillon faible de l'Organisation reste l'absence d'une interprétation coordonnée des dispositions du droit commun, à l'instar de ce qui se fait à la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) à l'égard des Actes uniformes de l'OHADA<sup>41</sup>. Le développement futur de l'office commande de poursuivre la construction en associant à l'espace juridique commun déjà existant, un espace judiciaire tout aussi commun.

L'article 4 de l'Acte de Bamako, en cours de ratification, devrait marquer une évolution significative à cet égard. Tout en conservant le principe de la compétence juridictionnelle nationale, il donne la possibilité aux États membres de se doter d'une juridiction supranationale en matière de propriété

intellectuelle<sup>42</sup>. L'arbitrage et la médiation ont également été retenus comme modes alternatifs de règlement des litiges<sup>43</sup>. La mise en œuvre de ces deux dispositions ajoutera, sans nul doute, une pierre à l'édifice.

D'autres acquis en perspective !

P. E.-E.

---

<sup>41</sup> Désigne l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires qui s'est dotée d'une Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). La CCJA dont le siège se trouve à Abidjan, en Côte d'Ivoire, assure l'interprétation et l'application communes du Traité, des Règlements pris pour son application et des Actes uniformes. Elle assure une triple fonction consultative (elle émet des avis sur toute question relative à l'interprétation du Traité et des actes de droit dérivé), judiciaire (elle se substitue aux Cours suprêmes nationales pour connaître seule, en dernier ressort, des pourvois dirigés contre les décisions nationales appelant l'application du droit OHADA) et arbitrale (elle abrite un centre d'arbitrage institutionnel dont le fonctionnement est régi par le Règlement d'arbitrage du 11 mars 1999).

---

<sup>42</sup> Paragraphe 1 de l'article 4 de l'Accord en cours de ratification

<sup>43</sup> Paragraphe 2 de l'article 4 de l'Accord en cours de ratification

# Les Acquis en matière de propriété industrielle dans l'OAPI

Falilou DIOP

Doctorant au Centre de recherche en droit international privé (CREDIP)  
Équipe de droit international européen et comparé (EDIEC)  
Université Jean Moulin Lyon 3

*L'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) a réalisé des progrès considérables dans la construction d'un système régional de protection de la propriété industrielle. Elle a mis en place un cadre normatif commun et institué un système centralisé de délivrance et de gestion des titres de propriété industrielle pour ses 17 États membres. Il convient de présenter les traits caractéristiques des acquis en matière de propriété industrielle.*

Si pour une meilleure compréhension des *acquis* en matière de propriété industrielle dans l'OAPI, il nous faut dresser un état des lieux historique du cadre juridique de cette protection, nous nous limiterons à un bref rappel partant de la suite des indépendances.<sup>1</sup> En effet, au début des années soixante, avec le mouvement des décolonisations, la plupart des États africains accédaient à la souveraineté internationale. Ils pouvaient désormais codifier leurs propres régimes dans les différentes branches du droit et avoir directement accès aux conventions internationales.<sup>2</sup> Conscients de l'importance de la créativité et de l'innovation pour leur développement, mais largement dépassés par leurs pairs sur les plans industriel et économique, ces États ont très vite compris l'importance d'une maîtrise de la propriété

industrielle qu'ils ont considérée (à raison ou à tort ?) comme l'un des moteurs de leur essor économique. Toutefois, les conditions pour en assurer une protection efficace étaient loin d'être réunies. Notamment, en raison du « *vide* » créé dans leurs systèmes juridiques par la rupture avec la puissance colonisatrice. En effet, ces États nouvellement indépendants ne pouvaient plus continuer à solliciter les administrations françaises<sup>3</sup> jusque-là compétentes pour leur compte en matière de propriété industrielle ni appliquer la réglementation française qui jusque-là y avait été en vigueur. Ainsi s'imposait, pour les actuels États membres de l'OAPI, la nécessité d'instituer un cadre juridique pouvant assurer la protection de la propriété industrielle.

Deux séries de mesures pouvaient contribuer à combler ce *vide* : la codification d'un régime de propriété industrielle propre à ces États, et la mise en place de services à même d'assurer l'instruction et la délivrance des titres de propriété industrielle. Pour atteindre cet objectif, l'organisation africaine et malgache de la propriété industrielle OAMPI, prédécesseur de l'OAPI,<sup>4</sup> a été instituée. Dès

---

<sup>1</sup> Pour une présentation de l'historique de la protection de la propriété intellectuelle dans les États fondateurs de l'organisation africaine et malgache de la propriété industrielle (OAMPI) pendant la période précoloniale et la période coloniale ; V. la contribution de P. Edou-Edou. Pour une perspective comparative avec le droit européen, V. La contribution de J-S. Bergé.

<sup>2</sup> Bien avant les indépendances, la *clause coloniale* portée par les conventions internationales relatives à la propriété intellectuelle permettait à ces États d'accéder à la protection internationale conférée par celles-ci, sur la base de l'adhésion de la France auxdites conventions.

---

<sup>3</sup> En l'occurrence l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI).

<sup>4</sup> Le changement de dénomination a été acté par l'accord de Bangui modifiant l'accord de Libreville et instituant l'Organisation Africaine de la Propriété

sa création, elle s'est fixée comme missions « de mettre en œuvre les procédures administratives communes découlant d'un régime uniforme de protection de la propriété industrielle ainsi que des stipulations de conventions internationales en ce domaine auxquelles les États membres de l'organisation ont adhéré et de rendre les services en rapport avec la propriété industrielle »<sup>5</sup>. Elle contribuait ainsi à résoudre l'essentiel des problèmes qui exposés relativement à la protection de la propriété industrielle dans ces États. On peut d'ores et déjà affirmer que l'acquis le plus remarquable en la matière dans l'OAPI est cette mise en place d'un cadre réglementaire et administratif perfectionné, à même d'assurer une protection efficace de la propriété industrielle au sein des États membres.

L'OAPI a ainsi une fonction double dans la tutelle de la protection de la propriété industrielle. Elle s'établit d'abord en tant qu'organisation internationale indépendante avec un conseil d'administration composé de représentants des États membres et dotés d'une autonomie budgétaire. À ce titre, elle est investie d'un pouvoir de proposition

---

Industrielle adopté en 1977 par suite, notamment de la dénonciation de l'accord par le Madagascar, mais surtout aux fins d'un élargissement du domaine d'intervention de l'organisation. Celle-ci intégrait la protection de la propriété littéraire et artistique dans les compétences de l'organisation.

<sup>5</sup>Article 2-1.b. de l'accord de Bangui sur « la création et les missions de l'organisation ». Le rôle de l'OAPI ne se limite pas à cependant à la propriété industrielle. Depuis la révision de 1977 l'organisation s'intéresse aussi à la protection de la propriété littéraire et artistique. Le rôle de l'OAPI en matière de propriété littéraire et artistique est exprimé par le même article par les points. Il est notamment exposé dans ces dispositions son rôle de promoteur de la protection de la propriété littéraire et artistique (article 2-1.a). L'OAPI est en outre chargée de susciter la création d'organismes d'auteurs nationaux dans le États où de tels organismes n'existent pas (article 2-1-c), ainsi que la centralisation, la coordination et la diffusion des informations relatives à la protection de la propriété littéraire et artistique. L'annexe VII de l'accord de Bangui contient les dispositions applicables dans chaque État membre en matière de droit d'auteur et de droits voisins. V. dans ce sens l'article 4 de l'accord.

législative en matière de propriété intellectuelle pour ses États membres. Elle comporte ensuite une branche administrative ayant pour rôle la réception des demandes de titres de propriété industrielle et leur délivrance après instruction. Une fois délivrés, les titres ont effet dans chacun des États membres.

L'organisation a entièrement piloté la mise en place d'un cadre normatif commun à l'ensemble de ses États membres pour la protection de la propriété industrielle (I) et assure la tutelle administrative de cette protection dans lesdits États (II). L'analyse des acquis en matière de propriété industrielle dans l'OAPI pourrait se limiter à une présentation de ces réalisations de l'organisation dans le sens de la protection des droits. Cette présentation nous permettra ensuite de dire un mot sur le régime des droits conférés par les titres délivrés par l'OAPI (III) et d'évoquer brièvement les mesures prises pour le respect des droits de propriété industrielle. (IV)

## **I. Mise en place d'un cadre normatif commun pour la protection de la propriété industrielle**

*L'adoption d'une réglementation commune en matière de propriété industrielle :*

Partageant la même base linguistique et une tradition juridique commune<sup>6</sup>, quelques États francophones d'Afrique occidentale et centrale<sup>7</sup> avaient décidé avec le Madagascar<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Héritée notamment du système juridique français sur lequel ces États se sont basés pendant toute la période coloniale. Celle-ci leur aura servi de base pour l'adoption de leurs réglementations dans les différentes branches du droit.

<sup>7</sup> L'OAMPI comptait douze États membres au départ.

<sup>8</sup> Le Madagascar a quitté l'Organisation quelques années après sa création. Soulignons cependant qu'il a été à l'origine de l'entreprise de sa mise en place car c'est à partir de sa concertation avec la France qu'est née l'idée d'adopter une loi applicable en matière de Brevets dont l'approfondissement a abouti à la création l'OAMPI. Trois solutions furent proposées à l'issue de cette négociation pour la protection de la propriété industrielle dans cette ancienne colonie :

de conjuguer leurs efforts pour créer un office commun pouvant assurer l'instruction des demandes de titres de propriété industrielle sur la base d'une réglementation uniforme.

Avec l'adoption de l'accord de Libreville du 13 septembre 1962, les États membres de l'OAPI se sont dotés de cette réglementation unique applicable dans chacun d'eux en matière de propriété industrielle. L'adhésion des fondateurs de l'OAPI aux grandes conventions internationales d'harmonisation et d'unification du droit de la propriété industrielle<sup>9</sup> et l'influence historique du droit français sur leurs systèmes législatifs ont participé à faciliter la mise en place d'une réglementation commune. Celle-ci portait les dispositions applicables dans chacun des États membres de l'OAPI en matière de brevets, de marques de dessins et modèles ainsi qu'aux questions communes à ces trois matières.

L'accord de Libreville de 1962 a été révisé en 1977 à Bangui notamment dans l'objectif d'un élargissement des attributions de l'organisation.<sup>10</sup> L'acte de 1977 a, à son tour, été refondu et remplacé par l'accord de Bangui du 24 février 1999. Lors de cette révision, il fut question de donner effet aux obligations découlant de l'adhésion des États membres de l'OAPI à l'Accord sur les Aspects

---

une protection nationale, une protection sur la base d'une convention bilatérale avec la France, ou une protection sur la base d'une convention multilatérale avec les autres États africains avec ou sans l'assistance de la France. Cette dernière option avait été choisie avec l'assistance de la France. V° en ce sens, A. Johnson-Ansah, *L'épuisement de droits de propriété industrielle dans l'espace OAPI*, Thèse Université de Strasbourg, 2013, p. 19, Note de bas de page n° 47. V° également, sur toutes ces questions, la contribution de P. Edou-Edou sur l'historique de l'OAPI.

<sup>9</sup> Notamment à la Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle et plus tard à la convention instituant l'OMPI. L'adhésion à ces deux conventions est également une condition préalable à l'accession de tout autre État africain à la convention de Bangui. V. pour la version actuellement en vigueur, l'Art. 22- 2 de l'acte de 1999.

<sup>10</sup> Extension y intégrant la propriété littéraire et artistique jusqu'alors exclue de la réglementation mise en place par l'OAPI

des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC), adopté le 15 avril 1994 dans le sillage de l'accord de Marrakech instituant l'organisation mondiale du commerce (OMC).<sup>11</sup> Cette *grande refonte* de la réglementation de l'OAPI a permis de la rendre conforme aux nouvelles exigences mondiales de la protection de la propriété industrielle notamment dans la perspective de ses rapports avec le commerce international.

L'acte de 1999 portant la version de l'accord de Bangui actuellement<sup>12</sup> en vigueur consacre huit de ses dix annexes<sup>13</sup> à la propriété industrielle, alors que les annexes 7 et 9 s'intéressent respectivement à la propriété littéraire et artistique et à la protection contre la concurrence déloyale.

Les objectifs assignés à la propriété intellectuelle par les États membres de l'organisation ont guidé les révisions successives de la réglementation uniforme. Celles-ci ont permis un renforcement de la protection des droits. Elles ont surtout permis aux États membres de l'OAPI de s'aligner sur les standards internationaux de protection de la propriété intellectuelle ; le constat est le même pour tous les régimes de propriété industrielle couverts par l'OAPI.

*Les matières couvertes par la réglementation uniforme de la propriété industrielle :*

L'accord de Bangui et ses annexes prévoient les dispositions applicables dans chaque État membre en ce qui concerne les brevets d'invention (Annexe I), les modèles d'utilité (Annexe II), les marques de produit et de service (Annexe III), les dessins et modèles industriels (Annexe IV), les indications géographiques (Annexe VI), les schémas de configuration des circuits intégrés

---

<sup>11</sup> L'accession à l'OMC emporte adhésion à l'accord sur les ADPIC. Il est important de souligner que deux des actuels États membres de l'OAPI (Les Comores et la Guinée Equatoriale) ne sont encore que des États observateurs au sein de l'OMC.

<sup>12</sup> Au 10 novembre 2016.

<sup>13</sup> L'acte de 1999 a été révisé en décembre 2015, notre présentation ne prend pas en compte cette révision qui n'est pas encore en vigueur.

(topographies de produits semi-conducteurs Annexe IX) et la protection des obtentions végétales (annexe X). L'annexe V porte les dispositions applicables dans chaque État membre à la protection des noms commerciaux<sup>14</sup>, et l'annexe VIII est spécifiquement consacrée à la protection contre la concurrence déloyale dont on sait qu'elle constitue un complément essentiel à la protection de la propriété industrielle avec laquelle elle partage une certaine identité fonctionnelle.

La réglementation uniforme de ces matières a une force obligatoire et un effet direct dans chacun des États membres. Pour chacune d'elle, elle régit aussi bien les procédures de délivrance des titres, prévoit les règles matérielles de protection, ainsi que les aspects civils et certains aspects pénaux de la sanction de leur violation. Sur la base de cette réglementation commune, une autorité administrative unique est en mesure de délivrer des titres valables dans chaque État membre. Corrélativement, la marge d'intervention des États membres est fortement réduite dans la mise en œuvre de leurs politiques internes en matière de propriété industrielle.

## II. Centralisation de la tutelle administrative de la propriété industrielle

L'institution d'un régime uniforme de protection de la propriété industrielle se concrétise également par la mise en place d'un système de dépôt unique permettant une centralisation de l'instruction des demandes pour la délivrance de titres de propriété industrielle valables dans chaque État membre de l'OAPI. Tous les régimes de propriété industrielle sont soumis à cette tutelle administrative de l'organisation.

*Un système de dépôt unique :*

Les demandes de titres de propriété industrielle sont transmises par voie postale

---

<sup>14</sup> Dont l'appartenance à la propriété industrielle reste discutée.

ou par tout autre moyen légal de communication<sup>15</sup> (art. 6-4 de l'accord), soit directement devant l'office régional, dans les conditions et formes qu'il fixe (art 6-1), soit sous les mêmes conditions, devant une administration nationale, qui peut être le ministère chargé de la propriété industrielle de l'État membre du domicile du déposant. La possibilité est offerte au déposant de présenter sa demande directement devant l'organisation (art. 6-1), à moins qu'un État membre n'exige, lorsque ce dernier est domicilié sur son territoire, que la demande soit réceptionnée par l'administration locale (art. 6-2). Une telle exigence n'affecterait pas cependant l'unité de la procédure, car, dans tous les cas, la demande est adressée au directeur général de l'OAPI et les demandes réceptionnées par une administration nationale doivent être transmises à l'organisation dans un délai de 5 jours ouvrables. Cette procédure concerne aussi bien les demandes initiales, que celles fondées sur une priorité invoquée sur la base d'un dépôt effectué dans un pays membre de la convention d'Union de Paris.

Concernant les demandes internationales de brevets déposées par les résidents et les ressortissants des États membres, l'organisation agit en tant qu'*office national, office désigné, office élu* et *office récepteur* au sens du PCT. Elle agit également pour chacun des États membres parties au traité concernant l'enregistrement des marques<sup>16</sup> en tant qu'*office national* et *office désigné*<sup>17</sup>.

Enfin, l'organisation tient lieu pour chacun de ses États membres de service national de la propriété industrielle au sens de l'article 12 de la convention d'union de Paris. Elle sert par ailleurs d'organisme central de documentation et d'information en matière de

---

<sup>15</sup> Notamment par l'utilisation du système de dépôt dématérialisée que l'OAPI est en train de mettre en place.

<sup>16</sup> Le 5 mars 2015 l'OAPI est devenue partie, en qualité d'organisation intergouvernementale, au protocole de relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques de (1989) modifié en 2006 et 2007.

<sup>17</sup> Au sens des articles 2-xiii et 2-xv dudit traité

brevet.<sup>18</sup> En centralisant les services relatifs à la délivrance des titres de propriété industrielle, l'organisation permet à ses États membres d'éviter la tâche fastidieuse qui aurait consisté à la création et à la gestion de leurs propres services nationaux de propriété industrielle pour se conformer aux exigences de la convention de Paris à laquelle ils ont unanimement adhéré. Les déposants, personnes physiques ou morales, ayant leur domicile ou leur siège hors du territoire des États membres de l'OAPI ont l'obligation de constituer un mandataire choisi dans l'un des États membres (Art. 6-3).

*La valeur du dépôt :*

Une demande de titre de propriété industrielle déposée auprès de l'organisation ou devant l'une des administrations nationales conformément aux dispositions de l'accord et de ses annexes, a la valeur d'un dépôt national régulier dans chaque État membre.<sup>19</sup> Par ailleurs, sauf exception,<sup>20</sup> les déposants n'ont pas la possibilité de désigner un ou plusieurs États membres.

Les demandes de titres de propriété industrielle issues d'un État membre de l'OAPI produisent en principe les mêmes effets dans chacun des autres États membres. Les demandes internationales de brevet d'invention<sup>21</sup>, de marque<sup>22</sup>, et de dessin ou modèles industriels<sup>23</sup> contenant la désignation

d'un État membre au moins produisent quant à elles les mêmes effets dans tous les États membres également parties au traité de coopération en la matière concernée.

À l'opposé des demandes directement déposées devant l'office régional ou une administration nationale d'un État membre, les demandes internationales ne produisent pas nécessairement les mêmes effets à l'égard de tous les États membres de l'OAPI. Une demande internationale désignant un État membre de l'OAPI ne pourra avoir valeur de dépôt que pour les États membres également parties au traité de coopération en vertu duquel la demande a été faite. Le problème ne se pose pas pour les traités auxquels l'OAPI a directement adhéré en tant qu'organisation intergouvernementale<sup>24</sup>. Il ne se pose pas non plus pour les traités ayant connu l'adhésion à titre individuel de la totalité des États membres de l'OAPI.<sup>25</sup>

Dans le système de l'OAPI, les règles relatives à la procédure de délivrance d'un titre de propriété industrielle résultent essentiellement, voire, exclusivement de l'accord de Bangui et de ses annexes. Elles sont mises en œuvre par l'office unique de l'organisation. Une fois les demandes déposées, toute la procédure jusqu'à la délivrance se déroule au sein de cet office. Par ailleurs, une fois le titre délivré, leurs renouvellements et leur maintien en vigueur sont gérés par le même office.

*Une instruction unifiée des demandes :*

L'office régional est seul compétent pour l'instruction des demandes de titres de propriété industrielle. Il est chargé de procéder à l'examen de la conformité des demandes avec les dispositions pertinentes de la convention de Bangui et de ses annexes. Les documents et pièces nécessaires à l'instruction des demandes de titres de propriété

---

<sup>18</sup> Des bureaux d'information et de documentation en matière de propriété industrielle sont en train d'être implantées dans chacun des États membres sous l'impulsion de l'organisation.

<sup>19</sup> Article 7 -1 de la version de l'accord de Bangui issue de sa révision de 1999.

<sup>20</sup> Voir l'exemple des demandes internationales

<sup>21</sup> Article 7-2 de l'accord de Bangui V. aussi, Traité de coopération en matière de brevets, signé à Washington le 19 Juin 1970.

<sup>22</sup> Article 7-3. V. aussi, Traité concernant l'enregistrement des marques fait à Vienne le 12 Juin 1973.

<sup>23</sup> Article 7-4. V. aussi, l'Arrangement de La Haye concernant le dépôt international des dessins et modèles industriels du 6 novembre 1925, tel que révisé à La Haye le 28 novembre 1960 et à Stockholm le 14 juillet 1967,

---

<sup>24</sup> C'est l'exemple du protocole de Madrid concernant l'enregistrement internationale des marques et de l'arrangement de la Haye concernant l'enregistrement international des dessins et modèles.

<sup>25</sup> C'est l'exemple du traité PCT.

industrielle sont adressés directement à l'office communautaire. Celui-ci se charge en retour des notifications et publications afférentes à ladite procédure pour le compte de chacun des états membres.

#### *Simplification des procédures :*

Dans le système de l'OAPI, toutes les règles relatives à la procédure de délivrance d'un titre de propriété industrielle résultent de l'accord de Bangui et de ses annexes. Elles sont mises en œuvre par l'office unique. Une fois les demandes déposées, toute la procédure jusqu'à la délivrance se déroule au niveau régional. Par ailleurs le renouvellement des titres s'effectue également devant l'office commun. Il n'y a donc pas de possibilité de coexistence ou de conflit de procédures nationales avec celle qui se déroule au niveau de l'office communautaire. Les demandes déposées devant un office national doivent dans un bref délai (5 jours ouvrables) être transmises à l'organisation pour instruction. L'obtention et la conservation des titres de propriété industrielle en sont ainsi facilitées.

#### *Simplification de l'accès à l'information relative à la propriété industrielle :*

L'accès à l'information relative à la propriété industrielle est également une donnée importante acquise grâce à l'unification des procédures. Celle-ci occasionne une sécurisation de la gestion administrative des portefeuilles. Elle facilite les mesures de publicité et, partant, la diffusion de l'information relative à la propriété industrielle. Elle promeut également l'unité et la fiabilité de cette information ainsi que la sécurisation de la documentation relative aux titres de propriété industrielle.

### **III. Le régime des droits conférés par les titres délivrés par l'OAPI**

Il nous paraît important de dire un mot sur le régime des droits conférés à l'issue de la procédure centralisée de délivrance. À ce propos, l'article 3-1 de l'accord de Bangui

mérite d'être brièvement analysé. Cette disposition prévoit que « (l)es droits afférant aux domaines de la propriété industrielle tels que prévus par [l'accord et ses annexes] sont des droits nationaux, indépendants... ». De la lecture de cette disposition ressort deux éléments. Le caractère national des droits conférés par les titres et l'indépendance des titres nationaux.<sup>26</sup> L'analyse de ces éléments nécessite que soit précisée la distinction entre le titre et les droits qu'ils confèrent.<sup>27</sup> En effet, les titres sont délivrés à l'issue d'une procédure centralisée produisant les mêmes effets dans tous les États membres, sans possibilité d'en désigner un ou un certain nombre. Il ressort toutefois du texte de l'article 3-1 de l'accord que cette unité ne se répercute pas sur les droits conférés par les titres. L'OAPI organise donc pour tous les droits de propriété industrielle un système de délivrance centralisée conduisant selon une expression devenue courante à un « faisceau de droits nationaux ». À cet égard, les droits conférés par le titre unique ne sont pas soumis à un régime unitaire.

Les titres de propriété industrielle, délivrés par l'office communautaire en application de la réglementation uniforme, confèrent ainsi des droits ayant une portée nationale.<sup>28</sup> Il faudra donc compter autant de droits nationaux de propriété industrielle qu'il y a d'États membres dans l'OAPI.

Le caractère indépendant des droits ainsi conférés dans l'OAPI est le corollaire de leur caractère national. Ils joignent les

---

<sup>26</sup> Qui n'est autre que la réglementation uniforme issue de l'OAPI et directement applicable dans les États membres.

<sup>27</sup> Il faut distinguer le titre qui obéit à une procédure unifiée au niveau communautaire jusqu'à la délivrance, et qui pour cette raison pourrait recevoir le qualificatif de titre communautaire, des droits qu'il confère qui, pour leur part, ont un caractère national et indépendant.

<sup>28</sup> Dans le même, A. Johnson-Ansah, *op. cit.*, qui, adoptant une position plus nuancée, parle « de primauté du caractère national des titres de l'OAPI » n°183 et s.

manifestations d'une *territorialité*<sup>29</sup> des droits de propriété industrielle limitée aux États. Ces droits nationaux de propriété<sup>30</sup> conférés par un titre unique ne sont pas soumis à un régime unitaire.

À ce constat s'ajoute le morcellement judiciaire. En effet, à ce jour, en l'absence d'une juridiction chargée d'appliquer le droit uniforme de la propriété industrielle, les différentes juridictions des États membres sont appelées à se prononcer sur la validité des titres et leur protection. Il semble donc utile d'insister, malgré les efforts d'uniformisation de la réglementation et d'unification des procédures, sur l'absence d'uniformité du régime des droits conférés par le même titre de propriété industrielle.

*La validité du titre :*

Les annexes de l'accord de Bangui énoncent les causes de nullité des titres de propriété industrielle. L'application de règles uniformes dans les différents États membres pour apprécier les conditions de validité ou les causes de nullité. L'application de ces règles uniformes ne signifie pas pour autant que les tribunaux nationaux connaissant de la validité du titre aboutissent toujours à des décisions identiques. En raison du morcellement judiciaire et de l'absence de règle de coopération entre les systèmes juridictionnels ou de coordination de ces systèmes, l'existence d'une réglementation substantielle uniforme ne saurait en rien préjuger de l'uniformité des solutions résultant de son application uniforme. La juridiction compétente de chaque État membre peut se prononcer sur la validité du titre. Nul doute qu'il ne s'agit guère devant ces juridictions que de la contestation de cette validité. Si une telle contestation aboutit à l'annulation du titre, se pose alors la question de la portée de

la décision au regard de l'indépendance proclamée des droits conférés.<sup>31</sup>

#### IV. Le respect des droits de propriété industrielle

Le meilleur moyen de faire respecter les droits de propriété industrielle est, à l'évidence, la possibilité offerte à son titulaire de s'opposer devant une autorité compétente à la violation des droits exclusifs qu'il lui confère. D'où l'importance accordée à l'action en contrefaçon dans la réglementation de la propriété industrielle dans l'OAPI. S'agissant du droit matériel de la contrefaçon, il ressort de l'article 3 que celui-ci s'apprécie conformément à la législation nationale.<sup>32</sup> Toutefois, malgré ce renvoi de principe aux législations nationales, il convient de relever que les annexes à l'accord de Bangui contiennent l'essentiel des règles applicables en matière de contrefaçon. Elles définissent les infractions aux droits de propriété industrielle (la contrefaçon, la récidive, l'utilisation illicite d'une indication géographique, d'un nom commercial...). À ces différentes infractions, les annexes de l'accord attachent une variété de sanctions. Au-delà de la réparation civile des dommages occasionnés, elles prévoient notamment la confiscation et la destruction des objets reconnus contrefaisants, la confiscation et la destruction des instruments spécialement destinés à commettre des actes de contrefaçon ainsi que des peines d'amende, emprisonnement et privation du droit à des fonctions électives. Les annexes prévoient par ailleurs des mesures d'information du public (publicité des jugements).

\*

\* \*

<sup>29</sup> Il s'agit là de la *territorialité de limitation* des droits qui ne préjuge en rien de la loi applicable à la détermination de leur régime.

<sup>30</sup> Le constat est valable pour tous les régimes de propriété industrielle analysés : notamment les brevets les marques et les dessins et modèles.

<sup>31</sup> Article 3-1 de l'accord de Bangui.

<sup>32</sup> Il convient de rappeler encore une fois que ce droit national est largement issu de la réglementation uniforme de l'OAPI, mais le renvoi n'est pas anodin en raison notamment de l'incomplétude de la réglementation uniforme. Celle-ci peut en effet être complétée par une réglementation nationale qu'il conviendra de déterminer.

En définitive, nous pouvons retenir de cet aperçu général que la protection de la propriété industrielle dans l'OAPI a connue des avancées majeures depuis les indépendances. Les innovations récemment apportées en vue de donner effet à l'accord sur les ADPIC concernant l'existence la portée l'exercice et le respect des droits de propriété industrielle ont permis à la réglementation de l'OAPI de s'aligner aux standards internationaux de protection de la propriété industrielle.

**F. D.**

## La dimension européenne (UE) de la propriété industrielle en comparaison

Jean-Sylvestre BERGÉ

Professeur Université de Lyon (Jean Moulin - Lyon 3)  
Institut universitaire de France

*L'Union européenne s'offre comme un véritable environnement du droit de la propriété intellectuelle qu'il est intéressant de comparer à l'OAPI. Elle forme un système juridique propre et est porteuse d'une nouvelle culture juridique qui vient s'ajouter à celles qui se sont historiquement développées au niveau national et international.*

L'Union européenne (UE - 2009), et, avant elle, la Communauté économique européenne (1957), devenue Communauté européenne (1992), a investi les champs de la propriété industrielle dès les années 1960<sup>1</sup>.

Si l'on regarde le chemin parcouru depuis plus de 50 ans, on peut dire que le droit de la propriété industrielle est devenu en partie européen par ses sources et par ses objets. Par les sources : la propriété industrielle de dimension nationale est régie par des sources écrites de droit de l'Union européenne de plus en plus nombreuses. Par les objets : des règles ont été élaborées pour donner naissance à des objets de propriété industrielle de dimension proprement européenne qu'il s'agisse (notamment) de la marque de l'UE, des dessins et modèles de l'UE, des obtentions végétales ou des indications géographiques de dimension européenne ou du brevet européen à effet unitaire (UE, non entrée en vigueur).

L'ensemble de ces textes est notamment appliqué et interprété par des juges européens

(institutions juridictionnelles propres au système de l'Union européenne - Cour de justice de l'UE qui se compose d'un Tribunal et d'une Cour de justice - et juridictions des États membres). Ils interagissent fortement avec les environnements nationaux (États membres, États tiers) et internationaux (OMPI, OMC, UPOV, OEB notamment).

Pour dresser un panorama de ce droit européen de la propriété industrielle de nature à permettre au lecteur de se livrer à une potentielle comparaison avec le modèle africain (OAPI) présenté dans la contribution précédente<sup>2</sup>, on fera succinctement état des sources européennes de protections (I), des principes européens de protection (II) et des contextes européens de leur mise en œuvre (III)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Première jurisprudence : Grundig-Consten (CJCE, 13 juill. 1966, aff. 56/64 et 58/64). Premier acte de portée législative (au sens large) : Avis de la Commission, du 4 avril 1974, concernant le projet de convention relative au brevet européen pour le marché commun et le protocole y annexé relatif à l'application différée des dispositions sur l'épuisement des droits attachés au brevet communautaire et aux brevets nationaux, Journal officiel n° L 109 du 23/04/1974 p. 34.

---

<sup>2</sup> Voir ci-dessus la contribution de F. Diop sur « Les acquis en matière de propriété industrielle dans l'OAPI », p. 17.

<sup>3</sup> Pour de plus amples explications et un appareil scientifique plus étoffé, voir, avec les indications bibliographiques proposées, notre ouvrage : *La protection internationale et européenne du droit de la propriété intellectuelle*, Larcier, 2015.

## I. Les sources européennes de protection de la propriété industrielle

L'UE et, avant elle, la CEE et la CE ont déployé un effort considérable de construction d'un droit européen de la propriété intellectuelle. Depuis 1986, date du premier texte de droit dérivé intervenu en ce domaine, près d'une quarantaine de règlements, directives ou accords européens ont été adoptés.

En droit de la propriété industrielle, on peut distinguer trois principaux types de textes<sup>4</sup>.

Il y a tout d'abord les principaux textes d'harmonisation du droit de la propriété industrielle :

- Directive 87/54/CEE du Conseil du 16 décembre 1986 concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs
- Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques
- Directive 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles
- Directive (UE) 2015/2436 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des États membres sur les marques

On trouve, par ailleurs, les textes portant création de titres de propriété industrielle :

- Règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil, du 27 juillet 1994, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales

- Règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires
- Règlement (CE) n° 510/2006 du Conseil du 20 mars 2006 relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires
- Règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque de l'UE (version codifiée)
- Règlement (UE) n° 1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet
- Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet (2012, non entré en vigueur)

Enfin il faut mentionner l'existence de textes relatifs au respect des droits de propriété intellectuelle :

- Règlement (CE) n° 1383/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 concernant l'intervention des autorités douanières à l'égard de marchandises soupçonnées de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle ainsi que les mesures à prendre à l'égard de marchandises portant atteinte à certains droits de propriété intellectuelle
- Directive 2004/48/CE du parlement européen et du conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle

Si l'on synthétise ces différents efforts législatifs, on peut dire que la situation des droits de propriété industrielle est assez disparate.

Le droit des marques et le droit des dessins et modèles ont fait l'objet d'un rapprochement à la fois complet et diversifié. Le droit de l'Union européenne s'est attaché à rapprocher les droits des États membres dans leur

---

<sup>4</sup> Seuls les textes principaux seront ici signalés, à l'exclusion notamment des textes d'exécution.

manière de protéger au niveau national ces deux titres de propriété industrielle. Il a, en outre, créé deux titres spécifiquement européens, conférant à leur titulaire une protection unique et uniforme pour l'ensemble de l'Union européenne.

Le droit des brevets présente un bilan moins avantageux. Confrontée à une impossibilité de produire un droit des brevets substantiellement uniforme, consacré par un titre unique (comme c'est le cas en matière de marques et de dessins et modèles), l'Union européenne a dû pendant longtemps se contenter de l'adoption d'une directive controversée (qui aborde le thème difficile des biotechnologies) et de textes hautement spécialisés (certificats complémentaires de protection et obtentions végétales). Avec l'adoption, en 2012, d'un brevet européen à caractère unitaire la donne a partiellement changé. Il n'existe toujours pas de droit substantiel de l'UE régissant le droit des brevets de manière complète. Mais un dispositif a été mis en place qui s'efforce de soumettre le brevet européen délivré par une autre organisation (Organisation européenne des brevets) à un régime unitaire de niveau essentiellement national.

À ces approches sectorielles se sont ajoutées, plus récemment, des dispositions à caractère transversal destinées à accroître, sur le territoire européen, l'effectivité des droits de la propriété intellectuelle. Une directive porte sur les aspects de procédure et de réparation de la lutte contre la contrefaçon. Un règlement a trait à l'intervention des autorités douanières à l'égard de marchandises soupçonnées de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle ainsi que les mesures à prendre à l'égard de marchandises portant atteinte à certains droits de propriété intellectuelle. À signaler également, un texte qui n'a jamais dépassé le stade de la proposition (2005), relatif aux sanctions pénales encourues en cas de contrefaçon.

À ces textes spécifiquement européens, il faut ajouter l'ensemble des traités internationaux de propriété industrielle auxquels l'UE est partie.

L'UE est actuellement partie aux arrangements de La Haye, au protocole de Madrid, au traité WCT, au traité WPPT, à l'UPOV et aux accords ADPIC. La faiblesse de cette participation de l'UE aux accords internationaux n'est qu'apparente. Deux raisons peuvent être avancées en ce sens. D'une part, nombreux sont les accords internationaux conclus par l'ensemble des États membres de l'UE et qui, de ce fait, s'appliquent dans l'UE (c'est notamment, le cas des traités portant classification internationale). D'autre part, il arrive très fréquemment que le droit dérivé de l'UE se réfère aux textes internationaux existants, alors même que l'UE n'est pas partie à ces instruments (outre les textes précités, on songe, par exemple, au traité de Budapest).

Cet ancrage naturel du droit européen dans le contexte international a nécessairement des conséquences sur la nature des rapports (souvent complexes) entre le droit international et européen de la propriété intellectuelle.

## II. Principes européens de protection

L'UE a défini un certain nombre de grands principes qui gouvernent la protection de la propriété industrielle. Quatre principaux interviennent dans ce domaine : le principe de non-discrimination (A), l'affirmation d'une territorialité européenne (B), le rapprochement des lois nationales (C) et la création de droits de dimension réellement européenne (D).

### A. Le principe européen de non-discrimination

On trouve, tout d'abord, le principe UE de non-discrimination (article 18 TFUE) qui fait écho dans une certaine mesure à la fameuse règle du traitement national consacrée par les dispositifs internationaux de protection de ce droit (par exemple, Conv. Paris, art. 2 – Conv. UPOV, art. 4). La différence de terminologie n'est pas anodine. Quand un État prend l'engagement conventionnel d'assimiler

l'étranger au national, il se doit de ne pas différencier la condition de l'étranger dans la limite du domaine couvert par le texte conventionnel qui le lie. En revanche, le principe d'assimilation ne fait pas interdiction à un État de différencier le traitement des étrangers entre eux. En effet, les conventions multilatérales prévoient fréquemment la possibilité pour les États membres de conclure des arrangements particuliers plus favorables. Cette faculté peut conduire, quand elle est utilisée, à une discrimination entre étrangers selon qu'ils ressortissent ou non à un pays avec lequel un accord bilatéral plus protecteur du droit de propriété intellectuelle a été conclu. La situation est tout autre quand le droit UE pose un principe universel de non-discrimination. Si la règle européenne de non-discrimination s'apparente au principe d'assimilation, elle ne se confond pas avec lui. Dans la mesure, en effet, où le TFUE interdit toute discrimination dans un État membre, qu'il s'agisse d'une discrimination entre un étranger et un national ou entre étrangers ressortissants d'autres États membres, aucun traitement différencié des citoyens de l'UE ne peut résulter d'accords particuliers entre les États membres de l'UE.

## B. L'affirmation d'une territorialité européenne

Le deuxième principe qui a son importance en propriété industrielle est bien sûr le principe de territorialité. Si le droit de l'UE condamne dans les rapports intra-européens une stricte territorialité du droit national qui viendrait morceler le marché unique européen<sup>5</sup>, on sait que dans un même temps il fait tout pour recréer les conditions d'une territorialité européenne. Par différents biais, le droit européen s'efforce en effet d'unifier les solutions applicables à la propriété industrielle au niveau régional. Chaque fois

---

<sup>5</sup> La séquence jurisprudentielle est connue. Voir pour les arrêts historiques les plus emblématiques : CJCE, 29 fév. 1968, aff. 24/67, Parke Davis - CJCE, 18 fév. 1971, aff. 40/70, Sirena - CJCE, 30 juin 1988, aff. 35/87, Thetford - CJCE, 22 juin 1994, aff. C-9/93, Ideal-Standard - CJCE, 4 nov. 1997, aff. C-337/95, Dior I.

que l'UE parvient à ce résultat, la tentation est forte pour elle de dissocier le régime juridique du droit de propriété intellectuelle sur l'ensemble du territoire européen de celui qui est défini dans les pays tiers. Les illustrations de ce phénomène sont nombreuses. On se contentera ici d'en signaler une : la définition d'une règle de l'épuisement UE des droits qui permet de dissocier la circulation des biens intellectuels à l'intérieur de l'UE de celle qui est régie par le droit des pays tiers à l'UE<sup>6</sup>.

## C. Le rapprochement des droits nationaux

Le troisième grand principe européen de protection vise la politique UE de rapprochement des législations nationales (art. 114 TFUE). Le droit de l'Union européenne a poussé la logique de rapprochement des droits nationaux plus loin que l'effort généralement consenti au niveau international. Sur des questions de plus en plus variées, de nombreux textes de droit dérivé ont été adoptés qui s'efforcent de définir un régime de protection du droit plus élaboré que celui que l'on connaît au niveau conventionnel traditionnel. La voie empruntée est celle des directives que les États doivent transposer dans leur législation nationale et qui conduisent à une harmonisation plus ou moins poussée des droits nationaux. Sont ainsi réglementés par voie de directive, des questions touchant aux objets protégés par le droit de propriété intellectuelle, leur titularité, les prérogatives conférées, la durée de protection et, dans une certaine mesure, les contrats d'exploitation.

Trois principaux objets de propriété industrielle sont réglementés par voie de directive dans le domaine de la propriété industrielle : les inventions biotechnologiques, les dessins et modèles et les signes distinctifs protégés par une marque<sup>7</sup>. La question de la titularité des droits fait l'objet de dispositions

---

<sup>6</sup> Entre autres jurisprudences sur le sujet, voir CJCE, 18 juillet 1998, aff. C355/96, Silhouette.

<sup>7</sup> Directive 98/44/CE, directive 98/71/CE et directive (UE) 2015/2436, préc.

éparses dans les textes d'harmonisation<sup>8</sup>. S'agissant des droits exclusifs d'exploitation, le droit européen dérivé les détaille de manière fournie, en distinguant, classiquement, notamment les droits des marques, dessins et modèles et brevets<sup>9</sup>. La durée de protection des droits est parfois envisagée<sup>10</sup>. La question des contrats d'exploitation des droits de propriété industrielle est également partiellement réglementée<sup>11</sup>.

La Cour de justice s'est littéralement emparée de cet acquis de droit de l'UE, portant une appréciation de plus en plus autonome du droit dérivé de l'Union européenne<sup>12</sup>. On assiste ainsi de plus en plus souvent à une approche systémique du droit européen de la propriété industrielle. L'UE est son propre système de droit de propriété intellectuelle et la Cour de justice s'efforce de développer une approche globale. Trois illustrations concrètes, que l'on retrouvera plus loin<sup>13</sup>, permettent de s'en convaincre. Tout d'abord, il est clair que le travail d'interprétation du droit dérivé européen ne peut se faire sans référence implicite ou explicite aux dispositions des traités européens qui constituent leur base juridique<sup>14</sup>. Ensuite, il est fréquent qu'à l'occasion d'une question d'interprétation d'une disposition donnée, le juriste européen cherche à étendre son champ d'investigation en recourant à l'ensemble des ressources juridiques disponibles en droit national, international et européen dans ce que la Cour de justice appelle, de manière très large, « le cadre juridique »<sup>15</sup>. Enfin, s'agissant

spécifiquement des rapports entre les textes européens – essentiellement des directives – qui s'efforcent de rapprocher les droits nationaux et les textes européens – généralement des règlements – qui s'attachent à définir des droits de dimension réellement européenne (marque UE, dessin ou modèle UE, voir ci-après), un lien nécessairement étroit les unit. Par exemple, on imagine mal que la Cour de justice puisse interpréter de manière non convergente des dispositions similaires sur la directive marque et sur le règlement marque communautaire, de sorte que la jurisprudence rendue sur le fondement de l'un des textes peut être utilement exploitée pour l'interprétation du second<sup>16</sup>.

#### **D. La création de droits de dimension réellement européenne**

Les difficultés soulevées en matière de propriété industrielle par le principe de territorialité des droits peuvent également être contournées par l'institution de titres européens de propriété industrielle.

C'est ainsi qu'a été créée une marque communautaire, appelée aujourd'hui marque UE, marque unique (un seul titre) et unitaire (un seul régime juridique), protégée dans l'ensemble de l'UE<sup>17</sup>. Ce titre, qui connaît un très grand succès auprès des entreprises du monde entier, est délivré par une autorité administrative européenne (Office de l'UE pour la propriété intellectuelle : EUIPO). Ce droit de la marque UE ne fait pas disparaître le droit national, international et européen applicable aux marques délivrées par des autorités nationales. Il s'ajoute à lui. Les acteurs économiques conservent le choix de recourir à l'un et l'autre des instruments.

<sup>8</sup> Directive 2004/48, préc.

<sup>9</sup> Directive 98/44/CE, directive 98/71/CE et directive (UE) 2015/2436, préc.

<sup>10</sup> Directive 98/71/CE, préc.

<sup>11</sup> Directive 98/44/CE et directive (UE) 2015/2436, préc.

<sup>12</sup> Voir sur ce thème, la chronique de jurisprudence de E. Treppoz, régulièrement publiée à la Revue trimestrielle de droit européen (RTDE).

<sup>13</sup> Voir, § III.

<sup>14</sup> Voir, par exemple, CJCE, 23 avril 2009, aff. C-59/08, Dior II.

<sup>15</sup> L'expression est d'un usage systématique dans la jurisprudence de la Cour de justice.

<sup>16</sup> Voir, par exemple, CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, Google.

<sup>17</sup> Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, 20 déc. 1993, sur la marque communautaire, remplacé par le règlement (CE) n° 207/2009, modifié en dernier lieu en 2015, préc.

D'autres titres européens ont également vu le jour dans l'UE<sup>18</sup>.

Ces titres uniques européens n'ont pas toujours un régime juridique totalement unitaire. Les textes européens qui les portent présentent des lacunes de sorte qu'ils prévoient dans des dispositions spécifiques de définir le rôle de complément reconnu aux législations nationales. Mais leur vertu première est préservée : comme titres uniques de protection, ils couvrent l'ensemble du territoire de l'UE. Ils permettent ainsi de définir les contours d'une autre territorialité de la propriété intellectuelle : européenne et non plus seulement nationale.

Dans ce paysage général, le brevet européen à effet unitaire occupe une place tout à fait singulière<sup>19</sup>. S'il s'agit d'un titre européen délivré par une institution européenne (OEB), son régime juridique n'est pas véritablement défini au niveau européen. Le brevet européen à effet unitaire demeure, en effet, soumis à l'application à titre principal d'un droit national déclaré applicable par le règlement européen. C'est la désignation de ce droit national applicable qui confère au brevet son caractère unitaire.

### III. Contextes européens de mise en œuvre

Le droit UE de la propriété industrielle peut être mis en œuvre dans différents contextes, notamment européen. Le développement de titres européens de propriété industrielle a nécessité la création d'institutions de dimension européenne chargées de les délivrer, d'en assurer la publicité et de traiter l'ensemble des recours internes susceptibles d'être présentés. L'UE a ainsi notamment

donné naissance à l'EUIPO (préc.)<sup>20</sup> d'abord chargé de délivrer la marque communautaire, puis les dessins et modèles communautaires et des OCVV pour les obtentions végétales. L'EUIPO travaille sous le contrôle de la CJUE (Tribunal de l'UE en première instance et Cour de justice sur recours). La convention de Munich (CBE) a institué l'Office européen des brevets (OEB), chargé à l'origine de délivrer le brevet européen et, plus récemment, le brevet européen à effet unitaire régi par un texte de l'UE<sup>21</sup>. L'OEB comprend dans son organisation interne des instances de recours (des chambres et une grande chambre).

Une nouvelle institution commune aux États membres de l'UE qui participent à la coopération renforcée sur le brevet européen à effet unitaire a fait son apparition : la JUB (jurisdiction unifiée du brevet), composée d'un tribunal de première instance (avec des implantations dans différents États contractants, notamment Paris, Londres et Munich) et d'une Cour d'appel (Luxembourg). Il ne s'agit pas à proprement parler d'une institution de l'UE. Elle s'apparente à une institution nationale d'un État membre dont l'objet est de traiter l'ensemble du contentieux lié à la contrefaçon et la validité du brevet européen à effet unitaire (UE) ou non (CBE).

Ces institutions spécialisées dans l'application d'un dispositif européen de protection de la propriété intellectuelle interprètent les textes européens. Elles fabriquent ainsi des solutions juridiques sous le contrôle notamment de la CJUE, compétente sur recours ou à titre préjudiciel. Cette donnée a plusieurs conséquences. Tout d'abord, il n'est pas possible de travailler de manière approfondie ces titres européens de propriété industrielle sans connaître la pratique de ces institutions européennes. Ensuite, la proximité de ces institutions et le rôle clé joué par la CJUE laissent à penser qu'un très gros travail d'uniformisation est à l'œuvre. La tâche est immense, mais sur bon nombre de questions,

---

<sup>18</sup> Les indications géographiques et appellations d'origine protégées - AOP et IGP - (règlement (CE) n° 510/2006), la protection communautaire des obtentions végétales (règlement (CE) n° 2100/94), le dessin et modèle communautaire (règlement (CE) n° 6/2002), préc.

<sup>19</sup> Règlement (UE) n° 1257/2012, préc.

---

<sup>20</sup> Ancien OHMI : Office d'harmonisation du marché intérieur - Alicante - [www.oamo.europa.eu](http://www.oamo.europa.eu)

<sup>21</sup> Règlement (UE) n° 1257/2012, préc.

la CJUE a déjà développé des interprétations autonomes qui s'imposent aux juges des États membres de l'UE, y compris dans l'hypothèse où ils font application de normes n'appartenant pas, stricto sensu, au système de l'UE, comme la CBE, par exemple. Enfin, ce travail d'interprétation uniforme rejaillit sur d'autres instruments de l'UE ayant trait à la propriété intellectuelle. Par exemple, il va de soi que les interprétations de la directive qui rapproche les législations nationales en matière de marque et du règlement sur la marque communautaire convergent dans le sens d'un même effort d'interprétation uniforme, dès lors que les deux textes contiennent un nombre important de dispositions exactement communes.

La coexistence des institutions européennes spécialisées et des institutions nationales ne doit pas faire oublier que leurs rapports sont gouvernés par certaines règles de répartition des compétences. Par exemple, si une juridiction nationale a compétence pour annuler un titre européen de propriété intellectuelle quand un texte européen l'habilite à cette fin<sup>22</sup>, une institution européenne n'a, en revanche, pas compétence pour invalider un titre national de propriété intellectuelle<sup>23</sup>.

Par ailleurs, la question se pose des rapports entre le juge européen (UE) et les juges nationaux des États membres. Ces rapports s'inscrivent pour l'essentiel dans le jeu de la question préjudicielle en interprétation ou validité. Cette figure est moins anodine qu'il n'y paraît. Très souvent, le juge national doit faire l'effort de transformer la question qu'on lui pose dans le cadre du différend présenté à lui de manière à lui donner une portée européenne qui seule intéresse la Cour de

justice. En effet, poser une question préjudicielle à la Cour de justice, ce n'est pas pour le juge national poser la même question de droit à un autre acteur institutionnel, c'est poser une autre question de droit. Le juge européen y répondra avec ses référents, ses outils, son appareil jurisprudentiel qui ne sont pas strictement identiques à ceux que manipule le juge national. Le juriste doit donc mesurer les enjeux qu'implique, dans un procès national, l'évocation de questions de dimension européenne<sup>24</sup>.

\*

\* \*

Un mot de conclusion pour observer que l'UE s'offre comme un véritable environnement du droit de la propriété intellectuelle qu'il est intéressant de comparer à l'OAPI. Elle forme un système juridique propre et est porteuse d'une nouvelle culture juridique qui vient s'ajouter à celles qui se sont historiquement développées au niveau national et international.

Le juriste spécialiste de propriété intellectuelle doit prêter une attention toute particulière aux bouleversements induits par un phénomène juridique de dimension régionale qui occupe dorénavant une place pleine et entière sur l'échiquier global.

**J.-S. B.**

---

<sup>22</sup> Par exemple, à propos de la marque communautaire : articles 95 et suivants du règlement (CE) n° 207/2009.

<sup>23</sup> Voir pour une illustration : CJUE, 24 mai 2012, Global Sports Media, aff. C-196/11, où le juge européen veille à une coexistence des deux objets de propriété intellectuelle en interdisant, par exemple, l'enregistrement d'une marque de l'UE quand elle aurait pour conséquence la violation des droits sur une marque nationale antérieure.

---

<sup>24</sup> A titre d'illustration, on peut citer en droit des marques l'arrêt Dior II (CJCE, 23 avril 2009, aff. C-59/08) où la question de l'incidence de l'inexécution d'une obligation contractuelle soulevée devant le juge national a conduit à une réflexion, devant la Cour de justice, sur la raison d'être de la protection de la propriété intellectuelle comprise comme une potentielle entrave à la libre circulation.



# Le droit de la propriété littéraire et artistique dans l'accord de Bangui après la révision de Bamako

Fabrice SIIRIAINEN

*Professeur agrégé à l'Université Nice-Sophia Antipolis  
(COMUE UCA, GREDEG UMR 7321)  
Avocat au barreau de Paris*

*Le nouvel acte portant révision de l'accord de Bangui, lors de la Conférence de Bamako le 14 décembre 2015, a remanié le droit de la propriété littéraire et artistique dans l'espace OAPI. Les modifications concernent tant le droit d'auteur que les droits voisins (et particulièrement ces derniers), et tant le droit substantiel que les procédures. Elles s'inscrivent dans une volonté de modernisation et de renforcement du niveau de protection, tout en conservant une certaine originalité en refusant l'inscription stricte dans un modèle (droit d'auteur/copyright). La question de la portée normative de l'Annexe VII est également abordée.*

## Introduction

Nous avons évoqué, il y a quelques années, la place de la propriété littéraire et artistique au sein de l'OAPI<sup>1</sup> et plus particulièrement la singularité de celle-ci (par rapport à la tradition française du droit d'auteur) telle qu'elle ressortit de l'accord de Bangui<sup>2</sup> révisé (Acte de 1999, Annexe VII). Nous avons pu notamment souligner combien l'inspiration du droit d'auteur français y était marquée, mais aussi à quel point le texte faisait preuve de pragmatisme et de réalisme (par opposition à une conception purement dogmatique de la matière). Un certain mélange d'inspiration de la philosophie du *copyright* et de la tradition du droit d'auteur<sup>3</sup>

donnait à l'Annexe VII un « sel » particulier. Pour autant, certaines interrogations étaient soulevées par le texte comme particulièrement celle de sa valeur normative. En outre, si l'on comparait le contenu de l'Annexe VII à l'acquis communautaire dans l'Union européenne ou au droit français, certains domaines de l'Annexe VII pouvaient apparaître comme lacunaires (les choses ayant évolué dans le domaine de la propriété littéraire et artistique depuis 1999). Il existait donc, sinon une nécessité, du moins un besoin de reprendre le métier pour faire évoluer encore le texte de l'Annexe VII. C'est aujourd'hui chose faite avec l'adoption du nouvel acte portant révision de l'accord de Bangui, lors de la Conférence de Bamako le 14 décembre 2015.

La révision de Bamako apporte des avancées et précisions aussi utiles qu'importantes sur le régime de la propriété littéraire et artistique au sein des États membres de l'OAPI. Elle n'est cependant pas encore, à notre connaissance, entrée en vigueur, car elle est en cours de ratification par les différents États membres de l'OAPI.

Ces avancées figurent dans l'Annexe VII (l'article 6.3 stipule que les Annexes font

<sup>1</sup> F. Siiriainen, « L'harmonisation du droit de la propriété littéraire et artistique au sein de l'OAPI : regard extérieur d'un juriste français », *Revue de l'ERSUMA*, n° 1, juin 2012, <http://revue.ersuma.org/no-1-juin-2012/etudes-13/L-HARMONISATION-DU-DROIT-DE-LA>

<sup>2</sup> L. Y. Ngombé, « Une discrète quinquagénaire : l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) », *CCE 2012*, n° 2, alerte 11.

<sup>3</sup> L. Y. Ngombé, « Le droit d'auteur hors de France », *CCE 2009*, n° 4, étude 9.

partie intégrante de l'accord) qui est assez substantiellement augmentée dans ses dispositions intéressant le droit d'auteur et les droits voisins (II). Mais la révision de Bamako a aussi modifié le Préambule et les dispositions générales, donc le corps même de l'accord de Bangui (version 1999), d'une manière qui touche la propriété littéraire et artistique dans l'espace de l'OAPI (I).

## **I. Modifications de nature générale (Préambule et corps du texte) intéressant le droit de la propriété littéraire et artistique.**

Les modifications proviennent tout d'abord la volonté d'adapter l'accord de Bangui depuis l'Acte de 1999 aux normes de certaines grandes conventions internationales (soit qui n'avaient pas été prises en compte alors, soit qui sont intervenues depuis) et qui sont visées dans le Préambule. En ce qui concerne la propriété littéraire et artistique, le Préambule fait désormais référence, en sus des textes déjà cités dans l'Acte de 1999 :

- i) *au Traité de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle sur le droit d'auteur adopté à Genève le 20 décembre 1996 ;*
- ii) *au Traité de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes adopté à Genève le 20 décembre 1996 ;*
- iii) *au Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles du 24 juin 2012 ;*
- iv) *au Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant des difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées, du 28 juin 2013 ;*

L'ajout de ces Traités dans le Préambule procède d'une volonté d'harmonisation et de modernisation du droit commun de la propriété littéraire et artistique au sein de l'OAPI par voie d'alignement sur les standards internationaux de protection les plus récents : en effet, les États membres de l'OAPI s'engagent à adhérer à l'ensemble des Conventions et Traités listés dans le Préambule. Il y a là, évidemment, une volonté et un gage d'attractivité économique des législations des États membres de l'OAPI, à tout le moins sur le papier (car la mise en œuvre pratique reste difficile), mais aussi un souci de protection des auteurs et artistes-interprètes locaux.

Au titre des objectifs affichés par l'organisation, le Préambule de l'accord de Bangui s'étoffe. Il précise désormais (les apports de la révision de 2015 sont en gras) :

*Animés du désir de promouvoir la contribution effective de la propriété intellectuelle au développement de leurs États par la **promotion de l'innovation technologique, le transfert et la diffusion de la technologie, la promotion de la créativité, à l'avantage mutuel de ceux qui les génèrent et de ceux qui les utilisent ;***

*Soucieux de protéger sur leur territoire d'une manière aussi efficace et uniforme que possible les droits de la propriété intellectuelle ;*

***Soucieux de promouvoir la formation et la diffusion des connaissances en matière de propriété intellectuelle [...]***

Certaines formulations ne sont pas sans rappeler celles de l'article 7 de l'accord ADPIC<sup>4</sup>. Il est regrettable selon nous que ces objectifs figurent dans le Préambule, donc avec une portée normative diminuée par rapport au corps du texte posant les obligations des États membres.

---

<sup>4</sup> « La protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et 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 assurer un équilibre de droits et d'obligations ».

Au-delà de la visée politique justifiant ces précisions du Préambule, il serait selon nous souhaitable que ces objectifs deviennent une norme sanctionnée le cas échéant par un juge, dans le cadre d'un principe d'équilibre et de proportionnalité entre les intérêts de titulaires de droits et ceux des utilisateurs et du public. Mais il convient d'être pessimiste quant à la perspective que ces objectifs puissent prendre une valeur normative effective en ce sens, dès lors, que l'ensemble de l'Accord semble tourné vers le renforcement de la protection de la propriété intellectuelle<sup>5</sup>.

Toujours au sein du Préambule, il est ajouté un considérant qui n'est pas sans lien avec la propriété littéraire et artistique puisqu'il vise l'adaptation à l'environnement numérique :

*Considérant la nécessité pour l'Organisation de s'adapter à l'environnement du numérique.*

La protection de la propriété littéraire et artistique est un des enjeux de l'environnement numérique, mais tout autant que l'adaptation de celle-ci aux nouveaux usages sociaux des œuvres induits par le numérique : ce dernier doit rester avant tout un formidable vecteur d'accès aux œuvres, et donc une opportunité de développement, de progrès culturel et social. Ce considérant pourrait ainsi être utile pour instaurer les conditions de l'équilibre évoqué plus haut... mais nous n'osons y croire, toujours pour les mêmes raisons.

Ensuite, la révision semble ouvrir (certes prudemment et timidement) la possibilité de créer une véritable juridiction unifiée chargée d'appliquer (donc d'interpréter) uniformément le droit de la propriété intellectuelle au sein de l'OAPI. Il s'agirait là d'une réelle avancée, car l'absence de système juridictionnel commun à l'OAPI, contrairement à d'autres organisations régionales africaines qui disposent d'une juridiction supranationale (c'est le cas de l'Union économique ouest-africaine -UEMOA- ou de la Communauté économique des États d'Afrique centrale -CEMAC-) ou d'une Cour commune (OHADA), a été souvent

dénoncée<sup>6</sup>, le contentieux relevant de la compétence des seules juridictions des États membres de l'OAPI.

En effet, l'article 4.1, intitulé « Règlement des litiges » stipule que

*Sauf stipulations particulières d'une convention signée par les États membres, les litiges relatifs à la reconnaissance, à l'étendue ou à l'exploitation des droits prévus par le présent Accord et ses annexes sont de la compétence des juridictions des États membres. Celles-ci sont seules compétentes pour le contentieux pénal y afférent.*

Le texte réserve une possible « convention signée par les États membres », excepté concernant la matière pénale, qui permettrait par exemple de confier le contentieux de la propriété intellectuelle au sein de l'OAPI à une juridiction supranationale. Celle-ci ne semble cependant pas encore à l'ordre du jour et il y a fort à parier que pendant longtemps les litiges resteront de la compétence des juridictions étatiques des États membres.

Une autre opportunité, plus immédiate, est offerte de recourir au centre d'arbitrage et de médiation de l'OAPI pour trancher les litiges de propriété littéraire et artistique.

En effet, la grande innovation de la révision de Bamako sur le terrain du règlement des litiges est l'institution d'un centre de médiation et d'arbitrage qui aura une compétence générale, donc y compris en matière de propriété littéraire et artistique. L'article 4.2 de l'accord de Bangui précise en effet que :

*Tous les litiges portant sur l'application du présent Accord et de ses Annexes peuvent être réglés par voie d'arbitrage ou de médiation.*

---

<sup>6</sup> L. Y. Ngombé, « Le droit d'auteur dans les États membres de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) : une harmonisation inachevée ? », Unesco, *e-Bulletin du droit d'auteur*, Janv-mars 2005.

---

<sup>5</sup> Cf. *infra*.

Et l'article 34 créé un centre d'arbitrage et de médiation au sein de l'OAPI (à l'instar du centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI)

- 1) *Il est créé au sein de l'Organisation, un Centre d'arbitrage et de médiation rattaché à la Direction générale, chargé de promouvoir le règlement extrajudiciaire des litiges de propriété intellectuelle.*
- 2) *L'organisation et le fonctionnement du Centre, ainsi que les dispositions relatives à l'arbitrage et à la médiation sont déterminés par des règlements adoptés par le Conseil d'Administration.*

La possibilité de recourir à l'arbitrage est, de notre point de vue, une bonne chose, même en matière de propriété littéraire et artistique : c'est un gage de confiance dans cette justice privée appréciée dans les domaines des affaires (donc gage d'attractivité de l'investissement) pour son efficacité, sa confidentialité et sa célérité.

Ledit centre de médiation et d'arbitrage aura également une activité de médiation : ce mode alternatif de règlement des litiges est particulièrement adapté aux litiges en général, et gagnerait selon nous à connaître un essor en matière de propriété littéraire et artistique, pour les « petits » litiges comme pour ceux d'envergure, tant l'issue des contentieux en cette matière est rendue de plus en plus incertaine par la complexification des questions abordées<sup>7</sup>.

Selon l'article 2 du règlement portant création et organisation du centre d'arbitrage et de médiation de l'OAPI :

*Le Centre a pour mission de procurer une solution arbitrale lorsqu'un différend d'ordre contractuel ou non, en matière de propriété intellectuelle, de caractère national ou international, en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, lui est soumis par toute partie ayant son domicile ou sa résidence habituelle dans un des États membres de l'OAPI, ou, en l'absence d'une telle résidence ou domicile, si le contrat doit être*

*exécuté en tout ou en partie sur le territoire d'un au moins des États membres de l'OAPI, ou si les droits de propriété intellectuelle en litige ont été déliorés par l'OAPI et peuvent faire l'objet d'un arbitrage.*

*Le Centre a également pour mission d'aider les parties à régler leurs litiges à l'amiable au moyen de la médiation.*

Le centre d'arbitrage n'est donc pas une juridiction unifiée, mais un véritable tribunal arbitral au sens où une clause compromissoire ou un compromis d'arbitrage est nécessaire pour qu'il soit valablement saisi. Une partie du contentieux lui échappera donc, particulièrement le contentieux de la contrefaçon (dès lors que la probabilité d'un accord pour recourir à l'arbitrage dans ce cas est très faible), et les sentences, sauf à être publiées avec l'accord des parties, resteront confidentielles, ce qui ne contribuera pas à l'essor d'un véritable corpus jurisprudentiel. Il est malgré tout vraiment souhaitable que les parties à des litiges de propriété littéraire et artistique soient enclines à recourir à ce centre d'arbitrage.

Après ces considérations sur l'apport des nouvelles dispositions du Préambule et des dispositions générales, il est maintenant temps d'aborder l'évolution de l'Annexe VII.

## **II. Modifications de l'Annexe VII consacrée à la propriété littéraire et artistique.**

L'Annexe VII est celle consacrée à la propriété littéraire et artistique. Elle comprenait (Acte de 1999) 99 articles et était divisée en trois parties dont la dernière (articles 67 et s.) était dédiée à la promotion et la protection du patrimoine culturel. De fait, cette dernière partie ne concernait pas à proprement parler la propriété littéraire et artistique, même si des liens étaient tissés. Les dispositions sur la promotion et la protection du patrimoine culturel ont été retirées de la nouvelle Annexe VII et ne font plus partie du corpus de l'accord de Bangui.

<sup>7</sup> V. J-M. Bruguière (Dir.), *Les modes alternatifs de règlements des litiges de propriété intellectuelle*, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 2012.

L'Annexe VII est tout de même forte, à l'issue de la révision, de 87 articles. C'est dire les substantiels ajouts qui y ont été apportés : le mot d'ordre est modernisation, adaptation au numérique et aux conventions internationales en matière de droit d'auteur et de droits voisins, et accroissements quantitatif et qualitatif des règles applicables.

Les modifications concernent tant le droit d'auteur que les droits voisins, et tant le droit substantiel que les procédures. Elles s'inscrivent dans une volonté de modernisation et de renforcement du niveau de protection, tout en conservant une certaine originalité en refusant l'inscription stricte dans un modèle (droit d'auteur/copyright) plutôt qu'un autre.

Ce n'est pas l'objet (ni surtout le format) de débattre ici du détail de telle ou telle nouvelle disposition. Chacune mériterait sa glose et à n'en pas douter pourra susciter des travaux, notamment de doctorat. Nous nous contenterons de signaler, dans les grandes lignes, les principaux ordres de modifications.

Tout d'abord, la liste des définitions s'enrichit de plusieurs termes et se modernise quant à certains déjà existants (article 1). La notion d'œuvre est précisée (article 3) et les « expressions culturelles traditionnelles » remplacent, dans la liste des œuvres protégées (article 4) les « œuvres inspirées du folklore ».

Les caractères du droit moral sont maintenant posés, à l'article 8.4, sur le modèle du droit français.

Les exceptions aux droits patrimoniaux (articles 10 à 25) sont considérablement retouchées pour aligner un peu plus celles-ci sur la liste des standards européens (dans le cadre d'une méthode analytique) : précisions sur le champ de l'exception de copie privée (article 10), sur l'exception de libre utilisation pour l'enseignement (article 12), institution de l'exception de reproduction aux fins de conservation et de consultation (article 13 ii), d'une exception de reproduction par la presse écrite ou audiovisuelle de certaines œuvres orales délivrées en public, à des fins d'information (article 15 iii), de l'exception de

représentation dans le cercle de famille (article 19 i), de parodie, pastiche et caricature (article 21), de libre utilisation des œuvres au profit des handicapés visuels (article 22), de libre reproduction provisoire (article 23), d'épuisement du droit de distribution (article 24). Toutes les exceptions sont soumises au test des trois étapes (article 25).

Le nouveau texte procède à une modification à la baisse de la durée de protection (articles 26 et s.) qui passe de 70 à 50 ans pour les droits patrimoniaux – mais il ne s'agit là que d'un minimum conventionnel<sup>8</sup>.

Des précisions sont apportées sur le régime des œuvres de collaboration (article 33) et des œuvres collectives (article 34), et est reformulé le principe de titularité pour les œuvres des salariés et les œuvres de commande : en principe les droits naissent sur la tête de l'auteur (sauf stipulation contraire), mais les droits patrimoniaux sont présumés cédés à l'employeur ou au commanditaire « *dans la mesure justifiée par les activités habituelles de l'employeur ou du commanditaire au moment de la création de l'œuvre* ».

Il est créé un régime pour la titularité des droits sur les œuvres créées dans le cadre d'un contrat de commande pour la publicité (article 36) et une présomption de la qualité d'auteur est posée pour les œuvres audiovisuelles (article 37).

Une disposition (article 41) est désormais consacrée à la rémunération des cessions de droits d'auteur : proportionnelle par principe et forfaitaire par exception.

Le principe d'indépendance du support matériel et des droits d'auteur, ainsi que ses conséquences, sont reformulés (article 44).

Le régime du contrat d'édition est légèrement augmenté (article 45 et s.), mais en restant très loin du degré de précision du Code français de la propriété intellectuelle sur ce point. Le régime du contrat de représentation est encore allégé (article 47) et le contrat de production audiovisuelle fait son apparition dans le dispositif conventionnel (article 49).

---

<sup>8</sup> Cf. infra.

Surtout, le texte apporte de considérables avancées sur le terrain des droits voisins (articles 51 et s. : disposition sur la coexistence avec les droits d'auteur -article 53-, institution d'un droit de mise à disposition du public pour les artistes interprètes -article 54-, les producteurs de phonogrammes -article 56- et de vidéogrammes -article 57-, et les organismes de radiodiffusion -article 59-, consécration du droit moral de l'artiste-interprète -article 55-, consécration des droits des producteurs de fixations audiovisuelles ou vidéogrammes- article 57-, forme des autorisations -article 58-, nouveau régime pour la rémunération équitable -articles 60 et s.-, augmentation de la liste des exceptions - article 62-, fixation d'une durée de protection de 20 pour les interprétations fixées sur phonogrammes et de 50 ans pour celles fixées sur vidéogrammes -article 66-), de la rémunération pour copie privée (article 67), des sanctions civiles et pénales (articles 70 et s.) et des procédures (articles 77 et s.). On notera que la saisie-contrefaçon fait son apparition dans l'Annexe VII (articles 81 et 82) et qu'un chapitre est consacré aux mesures aux frontières (articles 83 et 84).

Fondamentalement, cette poursuite de l'harmonisation du droit de la propriété littéraire dans l'espace OAPI pose la question de son « pourquoi ? ».

Le Préambule de l'Accord de Bangui stipule :

*Considérant l'intérêt que présente l'institution d'un régime uniforme de protection de la propriété littéraire et artistique et de la propriété industrielle et, dans ce dernier domaine en particulier, un système de dépôt unique de demandes de brevets d'invention, d'enregistrement de modèle d'utilité, de marque de produits ou de services, de dessins ou modèles industriels, de noms commerciaux, d'indications géographiques, de circuits intégrés, de variétés végétales, et de micro-organisme d'une part et un système uniforme de protection contre la concurrence déloyale d'autre part, afin de faciliter la reconnaissance des droits prévus par la législation de leurs pays ;*

*Considérant le rôle que joue la propriété intellectuelle dans la réalisation des objectifs de développement économique et social.*

Au-delà de ces formules, il existe plus précisément deux raisons à une harmonisation régionale du droit de la propriété littéraire et artistique.

La première est l'attractivité. Un niveau suffisant et effectif de protection de la propriété littéraire et artistique est évidemment un gage pour les investisseurs, notamment ceux étrangers. Il convient donc dans l'espace OAPI d'atteindre un niveau minimal de protection des œuvres et objets protégés qui soit suffisant pour attirer les investissements, notamment étrangers, en termes de contenus protégés par des droits d'auteur et des droits voisins. De cette attractivité découleront potentiellement des opportunités supplémentaires pour les auteurs et artistes-interprètes locaux, une croissance des industries culturelles locales, et plus généralement un développement économique et social.

La seconde est la sécurité juridique des opérations transfrontières au sein de l'espace OAPI. Il s'agit d'apporter aux parties à celles-ci une certaine prévisibilité des solutions en cas de conflit de lois (et partant des économies de coûts de transactions). Les législations des États membres de l'OAPI en matière de droit d'auteur sont parfois substantiellement différentes.

D'où la nécessité, pour l'ensemble de ces raisons, de disposer d'un socle commun et minimal quant au niveau de protection.

Dans quelle mesure l'Annexe VII constitue-t-elle ce socle ? Les dispositions de cette Annexe ont-elles un effet direct qui fait qu'il serait possible de les invoquer dans un procès ?

Dit autrement, quelle est la portée normative de l'Annexe VII ?

Jusqu'à présent, il n'existait aucune obligation pour les États membres de l'OAPI de transposer dans leur législation l'Annexe VII. De fait, certains États membres n'ont pas procédé à l'adaptation de leur législation à l'Annexe VII comme suite à la révision de 1999 de l'accord de Bangui. Mais à la limite, même devant cette inertie, un justiciable ne

pourrait-il revendiquer à son profit, devant une juridiction nationale d'un État membre, les dispositions de l'Annexe VII (effet direct) ?

La réponse n'est pas évidente.

Il faut distinguer la situation en l'état actuel du texte (Acte de 1999) et en cas d'entrée en vigueur de l'accord de Bamako (version 2015).

En l'état actuel et en se fondant sur l'article 3.2 de l'accord de Bangui (Acte de 1999) Monsieur Ngombé<sup>9</sup> avance prudemment qu'« on peut (...) penser qu'en cas de conflit de lois, la personne réclamant la protection peut dans certains cas invoquer le texte régional. Ce pourrait être le cas lorsque la règle de conflit désignera une loi moins protectrice que l'annexe VII de l'Accord de Bangui. L'article 3.2 de l'Accord de Bangui suggère une telle interprétation. En effet aux termes de l'article 3.2 de l'accord : « les nationaux peuvent revendiquer à leur profit les dispositions (...) de la Convention de Berne (...) (Acte de Paris 1971), de la Convention Universelle (...), de l'accord sur les aspects de droit de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ainsi que des arrangements, actes additionnels et protocole de clôture qui ont modifié ou modifieront ces conventions dans tous les cas où ces dispositions sont plus favorables que celle du présent accord et de ses annexes pour protéger les droits dérivant de la propriété intellectuelle ». L'allusion aux arrangements et actes additionnels permet d'inclure à la liste des textes internationaux pouvant être invoqués les traités de l'OMPI (WCT et WPPT) du 20 décembre 1996, ces traités étant des arrangements au sens de la Convention de Berne. Pour revendiquer des dispositions plus favorables que l'accord, encore faut-il déjà pouvoir revendiquer l'accord. Il nous paraît donc que, d'une part, l'accord prévoit la possibilité pour les nationaux de l'un des États membres de demander l'application de la législation de l'OAPI, et, d'autre part, la possibilité de demander le bénéfice de

<sup>9</sup> L. Y. Ngombé, « Mise en œuvre du droit d'auteur dans les États membres de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle et questions de droit international privé », *Clunet* n° 2, Avril 2006, var. 9, n° 10.

l'application d'une disposition plus favorable figurant dans un texte international. Cette disposition permet seulement d'apporter un correctif, si la loi désignée par la règle de conflit est moins protectrice que l'Accord de Bangui ou l'un des traités évoqués par l'accord ».

Dans le même sens d'un effet direct de l'Annexe 7 on peut citer l'article 4 de l'accord de Bangui (version 1999)<sup>10</sup>.

Ainsi, les arguments d'ordre textuel ne manquent pas (dans l'accord issu de l'Acte de 1999) pour conférer un effet direct au texte de l'Annexe 7.

Depuis la conférence de Bamako du 14 décembre 2015, cette question a évolué puisque la nouvelle version de l'accord de Bangui précise que

#### Article 5

##### *De la portée de l'Accord*

- 1) *Les droits afférents aux domaines de la propriété intellectuelle, tels que prévus par les annexes au présent Accord sont des droits nationaux indépendants, soumis à la législation de chacun des États membres dans lesquels ils ont effet.*
- 2) *Dans les États membres, le présent Accord et ses Annexes tiennent lieu de lois relatives aux matières qu'ils visent. Ils y abrogent ou empêchent l'entrée en vigueur de toutes les dispositions contraires. L'Annexe VII est un cadre normatif minimal.*
- 3) *Les étrangers jouissent des dispositions du présent Accord et de ses Annexes dans les mêmes conditions que les nationaux.*
- 4) *Les dispositions de l'alinéa 3 précédent s'appliquent aux étrangers non*

<sup>10</sup> « Les annexes au présent accord contiennent respectivement les dispositions applicables dans chaque état membre... ».

*ressortissants d'un État partie à une convention internationale à laquelle l'Organisation ou ses États membres sont parties ou aux étrangers n'ayant pas leur principal établissement ou leur domicile dans un tel État sous condition de réciprocité.*

L'article 7.1 rappelle le principe de territorialité, y compris du droit de la propriété littéraire et artistique. L'article 7.3 pose la règle du traitement national qui est tempérée par l'article 7.4 qui pose une condition de réciprocité pour certains étrangers.

Mais, concernant la valeur normative de l'Annexe VII, c'est l'article 7.2 de l'accord de Bangui révisé (version 2015) qui est essentiel. Il y est ainsi précisé que

- 1) Le présent accord et ses Annexes (donc aussi l'Annexe VII) tiennent lieu de loi nationale relative à la propriété littéraire et artistique dans chaque État membre et abroge ou empêche l'entrée en vigueur de toute disposition contraire (mais qu'est-ce qu'une disposition « contraire » ?) ;
- 2) L'Annexe VII joue comme un cadre normatif minimal (c'est-à-dire comme une sorte de minimum conventionnel).

Cela est *a priori* incompatible.... L'Annexe VII ne peut tenir lieu de loi nationale si elle n'est qu'un cadre normatif minimal. La disposition souffre, de notre point de vue, d'une rédaction ambiguë, donc déficiente. Quel sens donner à l'article 7 ?

Du point de vue de l'effet direct, celui-ci semble ressortir du fait que l'Accord et ses Annexes tiennent lieu de loi nationale écartant toute disposition nationale contraire ou moins protectrice. Il s'agit bel et bien de « droit interne » (dans la même mesure que le droit dérivé de l'Union européenne peut être considéré en France, par l'effet des Traités constitutifs, comme du droit interne aux États membres en raison du transfert de certaines compétences aux institutions européennes). Dès lors, les dispositions de l'Annexe VII

(mais pas toutes, car certaines renvoient... au droit national ! -V. par exemple, l'article 76. 2) devraient pouvoir être invoquées devant une juridiction d'un État membre à l'encontre de l'État ou d'un particulier (dès lors du moins qu'elles sont claires, précises et inconditionnelles).

En outre, l'Annexe VII constituera un minimum conventionnel au-delà duquel les législations pourront aller. Mais dans quel sens ? Celui d'une protection renforcée de la propriété littéraire et artistique (par exemple un allongement de la durée de protection, un renforcement des prérogatives des titulaires de droits ou des sanctions ou des procédures), ou celui d'un équilibre entre les intérêts des utilisateurs et ceux des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés dans l'esprit du Préambule (par exemple l'instauration d'autres exceptions ou limitations aux droits) ?

La référence du Préambule de l'accord de Bangui aux grands Traités et Conventions internationales en matière de propriété littéraire et artistique et l'engagement pris par les États membres de l'OAPI d'adhérer à ceux-ci, tout comme le rappel fait par ledit Préambule de certaines dispositions précises de ces Conventions et Traités qui autorisent leurs membres à prendre entre eux des arrangements particuliers dans le sens d'un renforcement de la protection<sup>11</sup>, ne laisse

<sup>11</sup> Notamment : « Vu l'article 4.iv) de la Convention instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle susvisée, qui stipule que ladite organisation : « encourage la conclusion de tout engagement international tendant à promouvoir la protection de la propriété intellectuelle » ; (...) Vu l'article 20 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, qui dispose que : « Les gouvernements des pays de l'Union se réservent le droit de prendre entre eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements conféreront aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la Convention, ou qu'ils renfermeront d'autres stipulations non contraires à la présente Convention » ; (...) Vu l'article 22 de la Convention de Rome sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion de 1961, qui stipule que : « Les États contractants se réservent le droit de prendre entre eux des

aucun doute sur la réponse : c'est dans le sens de la protection renforcée de la propriété littéraire et artistique que les législations des États membres de l'OAPI pourront diverger de l'Annexe VII.

Il est clair que ce souci de protection sur un seuil élevé est une exigence forte des pays exportateurs d'œuvres et d'objets protégés et que l'attractivité des États membres de l'OAPI passera aussi par ce critère. L'on sait par exemple que des arrangements particuliers multipartites ou des accords bilatéraux peuvent augmenter les minimums conventionnels posés par l'accord ADPIC. Les États-Unis d'Amérique, mais aussi l'Union européenne<sup>12</sup> ont été très actifs en ce sens, dans le cadre de ce que l'on a appelé les

---

arrangements particuliers, en tant que ces arrangements conférerait aux artistes interprètes ou exécutants, aux producteurs de phonogrammes ou aux organismes de radiodiffusion des droits plus étendus que ceux accordés par la présente Convention ou qu'ils renfermeraient d'autres dispositions non contraires à celle-ci » ; (...) Vu l'article 8 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de 1994, qui stipule que : « Les membres pourront, lorsqu'ils élaboreront ou modifieront leurs lois et réglementations, adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique et la nutrition et pour promouvoir l'intérêt public dans les secteurs d'une importance vitale pour leur développement socio-économique et technologique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord... » ;

<sup>12</sup> A titre d'exemple, cf. l'Accord de Cotonou ACP UE, article 46. 6) : « Les parties conviennent également de renforcer leur coopération en la matière (protection de la propriété intellectuelle). Cette coopération, engagée sur demande et menée à des conditions et selon des modalités arrêtées d'un commun accord, s'étendra, entre autres, aux domaines suivants: élaboration de dispositions législatives et réglementaires visant à protéger et à faire respecter les droits de propriété intellectuelle, à empêcher l'abus de ces droits par leurs titulaires et la violation de ces droits par les concurrents, à créer et renforcer des bureaux nationaux et régionaux et autres organismes, dont un soutien à des organisations régionales compétentes en matière de droits de propriété intellectuelle, chargées de l'application et de la protection des droits, y compris la formation du personnel.

« ADPIC Plus ». Il est certain que l'Annexe VII de l'accord instituant l'OAPI est un arrangement particulier au sens de ces Conventions et Traités cités dans le Préambule de l'accord de Bangui et qu'elle constitue un socle commun minimum de protection, qui semble directement invocable en tant que tel, notamment à l'encontre d'un particulier ou de toute disposition d'une loi nationale d'un État membre qui lui serait contraire au sens où elle serait considérée comme instituant une protection moindre de la propriété littéraire et artistique.

F. S.



# Harmonisation du droit de la propriété littéraire et artistique – comparaison européenne

Anne-Emmanuelle KAHN

Maitre de conférences (HDR)

Université Lumière Lyon II

*Le processus de construction du droit de la propriété littéraire et artistique dans le cadre de l'Union européenne est assez différent de ce qu'a connu l'OAPI, du fait des divergences de conception et des oppositions que connaît l'Union, mais aussi de l'étendue de sa propre compétence en la matière. Pour autant, l'analyse de la méthode et du degré d'harmonisation de ce droit dans l'Union européenne, qui est moins cohérente et moins poussée qu'en matière de propriété industrielle, offre des points intéressants de comparaison.*

## Introduction

Traiter de l'harmonisation de la propriété littéraire et artistique dans l'Union européenne en comparaison avec ce qui a été décrit dans le système africain au sein de l'OAPI, impose, comme l'a souligné le Professeur Jean-Sylvestre Bergé<sup>1</sup>, de revenir sur la construction du droit européen, sur la manière dont il s'impose aux États, en le considérant comme un droit étranger.

Or, s'agissant de l'Union européenne, il faut d'emblée souligner qu'en raison de l'histoire, des oppositions et des conceptions existantes, le processus de construction et d'harmonisation du droit de la propriété littéraire et artistique est assez différent de ce qui a été réalisé au sein de l'OAPI. Par ailleurs, la comparaison s'impose *a priori* avec moins d'évidence en ce domaine qu'en droit de la propriété industrielle. Plusieurs éléments peuvent être avancés en ce sens. D'abord, l'UE abrite deux conceptions différentes de la matière : d'un côté, l'approche du droit d'auteur continental qui repose à l'origine sur une logique de la

création, même s'il existe des nuances entre les États ; d'un autre côté, celle du *copyright* s'appuyant sur une logique plus marchande. L'idée n'est évidemment pas de considérer qu'il faut se fonder sur une vision unique du droit d'auteur, mais il est vrai que l'harmonisation qui est nécessairement le résultat d'un compromis équilibrant les intérêts en présence demeure difficile sur certaines questions, et ce, malgré le constat d'un très fort rapprochement actuel des conceptions, notamment du fait de la mondialisation. Ceci étant, l'intérêt de la construction du droit de l'UE et l'apport de ce droit aux droits nationaux réside incontestablement dans cette coexistence et cette interpénétration des deux conceptions.

De ce point de vue, les oppositions entre les pays africains, qui reposaient plutôt sur une tradition orale de la propriété, sont différentes de celles qui existent au sein de l'UE<sup>2</sup>. Le droit de l'OAPI étant très inspiré du droit français et l'influence sans doute plus personnaliste qu'au sein de l'Union, le droit de l'OAPI avec l'Annexe VII de l'Accord de Bangui a déjà réalisé un compromis sur de nombreux

<sup>1</sup> V. dans le présent numéro : J.-S. Bergé, « La dimension européenne (UE) de la propriété industrielle en comparaison », p. 25.

<sup>2</sup> F. Siiriainen, « L'harmonisation du droit de la propriété littéraire et artistique au sens de l'OAPI : regard extérieur d'un juriste français », *Revue de l'ERSUMA*, juin 2012, n° 1.

points. Si bien que si un rapprochement devait être envisagé avec les pays africains de tradition anglo-saxonne réunis au sein de l'ARIPO (African Régional Intellectual Property Organization), l'entreprise se réaliserait peut-être plus facilement.

D'autre part, si des titres unitaires existent en matière de propriété industrielle, il n'y a pas d'équivalent en propriété littéraire et artistique en raison du principe international de la protection automatique du seul fait de la création qui ne nécessite pas de formalités. Plus encore, la naissance et la reconnaissance du droit ne sont pas et ne peuvent pas être conditionnées par un dépôt ni par l'attribution d'un titre par un organisme habilité. Il n'existe pas d'office européen du droit d'auteur, ni aucune entité administrative, si bien que l'UE ne connaît pas de difficulté de conciliation sur ce point, contrairement à ce qui a pu exister en matière de propriété industrielle. La création d'un tel titre de droit d'auteur à effet unitaire a bien été évoquée par la Commission dans sa communication du 24 mai 2011 et préconisée dans le rapport Reda de 2015<sup>3</sup>. Mais en tout état de cause, cette décision, relevant de la compétence partagée des États membres et de l'Union, supposerait de revenir sur l'interdiction des formalités et de parvenir à une harmonisation transversale et globale, donc à un domaine de protection clairement défini, comme au sein de l'OAPI, même si certains particularismes nationaux peuvent perdurer.

Même si les diverses directives européennes, comme on le verra, ont déjà œuvré dans le sens d'une harmonisation de la matière et que la CJUE définit des notions propres à l'Union en restreignant la compétence des États, l'harmonisation demeure partielle pour l'instant et encore délicate sur nombre de points. Il n'existe pas dans l'UE de texte global, de directive générale, unifiant dans

leur ensemble le droit d'auteur et les droits voisins, contrairement à ce qui existe en droit de la propriété industrielle. De ce point de vue, l'Annexe VII de l'Accord de Bangui, en théorie du moins, va finalement beaucoup plus loin dans l'harmonisation que le droit de l'UE qui se réalise très progressivement et reste encore lacunaire sur des questions importantes.

Malgré ces différences, le droit de l'UE s'impose aux États membres avec une force contraignante qui permet un respect des dispositions de droit dérivé, renforcé par l'interprétation uniforme de la CJUE. Cette juridiction commune, qui a une fonction d'unification pour offrir un espace judiciaire commun, n'existe pas encore dans l'OAPI et participe très largement à l'harmonisation du droit d'auteur.

Avant d'envisager la méthode et le degré d'harmonisation du droit d'auteur européen au regard de ce qui a pu être décrit concernant le droit de l'OAPI, qu'elle soit le fait du législateur européen par le biais de directives, instruments souples d'harmonisation – ce qui est assez comparable de ce point de vue à ce que réalise l'OAPI (II) ou celle de la Cour de justice, juridiction unifiée de l'Union (III) –, il convient de revenir rapidement sur le fondement et l'étendue de la compétence de l'Union européenne en la matière, qui permettent d'expliquer sa politique dans ce domaine (I).

## **I. Fondement et étendue de la compétence de l'UE en matière de propriété littéraire et artistique**

Contrairement à ce qu'on aurait pu penser, malgré la dimension sociale et culturelle du droit d'auteur, l'harmonisation de ce droit trouve son fondement non dans la compétence de l'UE en matière de politique culturelle<sup>4</sup>, mais dans la construction du

<sup>3</sup> Rapport sur l'évaluation et la révision de la directive de 2001 sur le droit d'auteur, présenté le 20 juin 2015 à la Commission juridique et présenté, amendé en juin et adopté en séance plénière par le Parlement européen le 9 juillet 2015.

<sup>4</sup> La culture, absente des traités fondateurs, restait de la seule compétence des États membres. Il a fallu attendre le Traité de Maastricht de 1992 pour qu'elle relève de la compétence de l'UE. Elle figure aujourd'hui dans le TFUE aux articles 6, c) («

marché intérieur. C'est en effet sur le fondement de l'article 114 du TFUE relatif aux mesures législatives de rapprochement en vue de la construction de ce marché, que l'Union a pu construire un droit européen de la propriété littéraire et artistique. Ce qu'elle n'aurait pu faire en réalité sur le seul fondement de la politique culturelle, donc de l'article 167, qui exclut la possibilité de recourir à des instruments normatifs contraignants<sup>5</sup>. Le bien-fondé de cette base juridique a été confirmé par la CJUE dans un avis du 15 novembre 1994<sup>6</sup>.

Ce fondement est explicitement visé par toutes les directives européennes adoptées en la matière ainsi que par la proposition de directive en discussion sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique<sup>7</sup>. La seule exception est la directive 2014/26/UE du 26 février 2014 sur la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins qui, contrairement aux autres, est fondée sur la liberté d'établissement (TFUE, art. 50) et sur la liberté de prestation de services (art. 62), bien que l'objectif lié au marché intérieur soit également visé dans le considérant 38 de la directive.

Ce choix de fonder la compétence de l'Union sur la construction du marché intérieur n'est évidemment pas sans conséquence, l'action des autorités européennes pour harmoniser les législations nationales étant, de ce fait, dictée par une logique clairement économique et non de préservation des intérêts des

---

*compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres en matière culturelle*) et 167 (qui précise que l'UE contribue à l'épanouissement des cultures des États membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun).

<sup>5</sup> V. C. Castets-Renard, « Droit de l'Union européenne. Le processus d'harmonisation du droit d'auteur », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1840, 2016, spéc. n° 9.

<sup>6</sup> Avis n° 1/94 : Rec. CJCE 1994, I, p. 5267, Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle.

<sup>7</sup> Proposition du 24 sept. 2016 : COM (2016) 593 final.

créateurs. Approche que l'on retrouve également dans le cadre de l'OMC qui justifie l'intervention de ces autorités comme étant de nature à encourager les investissements et favoriser la croissance et une compétitivité accrue des industries culturelles<sup>8</sup>. Mais cela explique surtout que le droit de la propriété littéraire et artistique soit envisagé, comme on le verra, dans sa seule dimension patrimoniale, rejetant par là même l'approche plus personnaliste de la matière.

L'harmonisation se réalise donc essentiellement par le droit dérivé qui en est le vecteur principal, le droit primaire ayant moins d'impact, même si le droit d'auteur est évidemment soumis aux dispositions du TFUE relatives à la libre circulation des marchandises (art. 34 à 36), à la libre prestation des services (art. 56 à 62) et à la libre concurrence qui participe, avec le droit d'auteur, à la régulation du marché (art. 101 et 102)<sup>9</sup>, ainsi qu'au respect de la Charte des droits fondamentaux<sup>10</sup>. Cette rencontre avec les libertés qui sous-tendent la construction du marché intérieur a une incidence forte sur le droit d'auteur et a fait naître en particulier la théorie de l'épuisement des droits.

Pour autant, sur ce fondement de l'article 114 du TFUE, l'UE n'a qu'une compétence partagée avec les États membres. En effet, en vertu des principes de proportionnalité et de subsidiarité qui sont d'ailleurs rappelés dans les considérants de chacune des directives afin de justifier leur intervention, les autorités européennes ne peuvent intervenir que pour la protection des intérêts de l'Union, que ce

---

<sup>8</sup> V. l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle relatifs au commerce (ADPIC).

<sup>9</sup> La Cour de justice s'est attachée à appliquer au droit d'auteur ces grandes libertés fondamentales dans de nombreuses décisions depuis les années 2000. V. par ex., CJUE, gde ch., 4 oct. 2011, aff. jtes C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League e.a.*, *RTD eur.* 2011. 855, obs. E. Treppoz ; *CCE* 2011, comm. 110, Ch. Caron ; *D.* 2012, 836, obs. P. Sirinelli : sur la liberté de circulation.

<sup>10</sup> V. par ex., CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 16 févr. 2012, aff. C-360/10, *Sabam c/Netlog*, *Propr. Intell.* 2012, n° 45, p. 436, note V.-L. Benabou ; *RTD eur.* 2012. 957, obs. E. Treppoz.

soit dans la construction du marché intérieur ou dans ses échanges transfrontaliers. Et l'on sait qu'avec le développement de l'environnement numérique par essence supranational, les échanges sont quasi systématiquement transfrontaliers, justifiant l'intervention accrue de l'Union. Cependant, celle-ci doit concilier son action avec les interventions législatives des États membres, le compromis politique n'étant pas toujours facile à trouver<sup>11</sup>. Ce partage de compétence explique que l'harmonisation européenne soit nécessairement lacunaire.

Par ailleurs, comme dans le cadre de l'OAPI, l'intervention de l'Union européenne est également conditionnée par la nécessité de concilier son action avec le développement du droit international de la propriété intellectuelle. Les différentes normes internationales impactent logiquement le droit européen. Si l'Union européenne n'est pas membre de la convention de Berne, puisque ce texte exclut cette possibilité, elle a aujourd'hui le statut de partie contractante au sein de l'OMPI et a signé, à ce titre, les traités de l'OMPI du 20 décembre 1996 relatifs au droit d'auteur (WCT) et aux interprétations et exécutions et aux phonogrammes (WPPT). Ces traités ont été intégrés directement par la directive n°2001/29/CE, « *Droit d'auteur, droits voisins et société de l'information* », du 22 mai 2001 qui est allée jusqu'à reprendre intégralement certaines définitions des textes internationaux<sup>12</sup>. Par ailleurs, l'Union européenne a signé l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle relatifs au commerce (ADPIC) de l'OMC du 15 avril 1994 qui se réfère lui-même aux conventions de Berne sur le droit d'auteur et de Rome sur les droits voisins. Ces conventions entrent donc indirectement dans l'ordre juridique de l'Union. De nombreux considérants ou dispositions des directives s'y réfèrent

expressément<sup>13</sup> et la Cour de justice a jugé que ces conventions étaient applicables dans l'ordre juridique de l'Union<sup>14</sup>.

Ce maillage des textes est révélateur de l'incidence du droit international de la propriété intellectuelle et de la construction du droit de l'Union en la matière. En effet, l'intégration directe ou indirecte d'une norme internationale dans un instrument de l'Union européenne « *n'est pas neutre en droit puisqu'elle entraîne l'eupéanisation de son contenu* »<sup>15</sup>. Or là encore, la logique économique est très forte en droit d'auteur international. L'accord ADPIC comme les accords « *ADPIC-plus* » qui l'ont suivi consacrent clairement le basculement du droit d'auteur et des droits voisins dans l'ordre marchand.

Cette incidence de la mondialisation du droit de la propriété intellectuelle est d'autant plus prégnante que la Cour de justice n'hésite pas ensuite à interpréter des notions ou des dispositions issues du droit d'auteur international. La Cour de justice se sert ainsi des conventions internationales auxquelles l'Union est partie pour éclairer l'interprétation des dispositions du droit européen, comme dans sa décision Dior<sup>16</sup>. Mais l'intervention de la Cour de justice suppose que l'Union ait légiféré sur le domaine en cause. Si ce n'est pas le cas, l'invocabilité et l'interprétation des dispositions des conventions internationales demeurent de la compétence des seuls États membres<sup>17</sup>. Par ailleurs, la Cour de justice

<sup>11</sup> En ce sens, C. Castets-Renard, Fasc. 1840, préc., n° 22.

<sup>12</sup> V. sur ces questions : V.-L. Benabou, « La directive « droit d'auteur, droits voisins et société de l'information » : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », *Europe* 2001, chron. 7.

<sup>13</sup> C'est le cas de la directive n° 91/250/CEE du 14 mai 1991 sur la protection des programmes d'ordinateur (art. 1er), abrogée par la directive 2009/24/CE, 23 avr. 2009 ; ou encore de la directive n° 96/9/CE du 11 mars 1996 sur les bases de données.

<sup>14</sup> CJUE 3<sup>e</sup> ch., 15 mars 2012, aff. C-135/10, Marco Del Corso, *Propri. Intell.* 2012, n° 45, p. 429, note V.-L. Benabou ; *RIDA* avr. 2012, n° 232, p. 416, obs. P. Sirinelli ; *RTD com.* 2012. 325, obs. F. Pollaud-Dulian.

<sup>15</sup> V. C. Castets-Renard, Fasc. 1840, préc., n° 5.

<sup>16</sup> CJUE 14 déc. 2000, aff. C-300/98, Dior : la Cour considère que la réglementation communautaire doit être interprétée de manière conforme à l'accord ADPIC (pt. 47) sans que ce texte ne produise pour autant d'effet direct (pt. 44).

<sup>17</sup> CJUE 14 déc. 2000, préc.

n'hésite pas à étendre son champ d'interprétation en se référant à des conventions auxquelles l'Union n'est pas directement partie<sup>18</sup>. Ainsi, dans un arrêt Luksan, elle a considéré qu'en vertu de l'article 1§4 du Traité de l'OMPI de 1996 sur le droit d'auteur auquel elle est partie, l'Union européenne avait l'obligation de se conformer aux dispositions de la convention de Berne<sup>19</sup>, ce qui n'est pas illogique en soi puisque le Traité de 1996 impose aux parties contractantes de se conformer à la Convention de Berne. Mais par cette analyse, la Cour de justice se donne compétence générale pour l'interprétation des dispositions du droit d'auteur international, impactant par là-même le droit interne des États membres.

Enfin, un autre fondement de l'harmonisation européenne tient à la compétence exclusive de l'Union dans ses relations extra-communautaires, en matière de politique commerciale commune, compétence consacrée par le Traité de Lisbonne (actuel art. 207 TFUE). Or cette politique porte notamment sur les « *aspects commerciaux de la propriété intellectuelle* », ce que la CJUE a confirmé dans son arrêt Daiichi Sankyo<sup>20</sup>. Dans ce cadre, le champ de compétence de l'Union européenne est très étendu puisque tous les accords commerciaux de libre-échange sont désormais négociés et conclus par l'Union seule, ce qui a été le cas pour de nombreux accords commerciaux plus ou

moins poussés, dont certains ne sont pas encore en vigueur, comme ceux avec le Canada<sup>21</sup> ou avec les États-Unis<sup>22</sup>. Or, nombre de ces accords comportent des dispositions relatives à la propriété intellectuelle qui constitue un enjeu important des négociations commerciales dont la conclusion échappe totalement aux États membres. L'objectif est d'harmoniser les dispositions du droit de la propriété intellectuelle au niveau international afin de ne pas entraver les échanges. En définitive, l'harmonisation du droit d'auteur européen se réalise aussi au travers des relations externes de l'Union européenne et de sa compétence exclusive fondée sur l'article 207 du TFUE. Les États peuvent ainsi se voir imposer des obligations renforcées et non négociées, sur la base d'une obligation internationale à laquelle l'Union européenne se serait seule engagée, contournant ainsi la compétence partagée.

## II. Le rôle du législateur européen dans l'harmonisation du droit de la propriété littéraire et artistique

Le mouvement d'harmonisation du droit de la propriété littéraire et artistique est relativement récent au sein de l'Union. Les premiers textes envisageant de réguler le droit d'auteur ont pris la forme de deux Livres Verts, l'un sur « *le droit d'auteur et le défi technologique* » en 1988<sup>23</sup> et l'autre sur « *Les suites à donner au Livre Vert* » en 1990<sup>24</sup>,

---

<sup>18</sup> CJUE 3<sup>e</sup> ch., 15 mars 2012, préc. : à propos de la Convention de Rome en matière de droits voisins. – CJUE, 24 oct. 2011, préc., pt. 189 : interprétation au regard du Traité de l'OMPI de la notion de communication au public. – CJUE 1<sup>er</sup> déc. 2011, aff. C-145/1, Eva-Maria Painer, pt. 126, D. 2012. 471, obs. J. Daleau ; *Propr. Intell.* 2012, n° 42, p. 30, note A. Lucas ; CCE 2012, comm. 26, Ch. Caron ; RIDA avr. 2012, p. 324, obs. P. Sirinelli : « l'article 5§3 sous d) de la directive 2001/29 doit être interprété dans la mesure du possible à la lumière des règles applicables du droit international et en particulier celles figurant dans la convention de Berne ».

<sup>19</sup> CJUE, 9 févr. 2012, pt. 59, aff. C-277/10, D. 2012. 2836, obs. P. Sirinelli, RTD com. 2012, p. 318, obs. F. Pollaud-Dulian ; RTDE 2012. 964, obs. E. Treppoz.

<sup>20</sup> CJUE, 18 juill. 2013, aff. C-414/11, RTDE 2013, n° 4, p. 903, note E. Treppoz (rendu en matière de brevets).

---

<sup>21</sup> Accord économique et commercial global (AECG ou CETA) signé en 2016 : Y. Nouvel, « L'accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada », D. 2016, n° 44, p. 2616 ; A. Hervé, « L'accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada », RTDE 2017, n° 1, p. 140.

<sup>22</sup> Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP ou TAFTA), dont les négociations ont été stoppées début 2017. – D'autres accords sont en négociation, avec le Japon notamment : un accord de principe a été signé, préalable à un éventuel accord définitif (JEFTA).

<sup>23</sup> COM (88) 172 - Problèmes de droit d'auteur appelant une action immédiate et avis rendu sur ce texte : JOCE du 20 mars 1989.

<sup>24</sup> COM (90) 584 final.

accompagnés de communications de la Commission. À la suite de ces textes, le législateur a initié l'harmonisation du droit d'auteur au travers de directives, à l'exclusion d'un règlement<sup>25</sup>.

Le législateur européen a délibérément fait le choix de la directive. En effet, en raison des différences de conception nationales entre le droit d'auteur continental et le *copyright*, que l'Union européenne doit nécessairement essayer de concilier, au risque de malmener les concepts, il était difficile de recourir à une méthode législative trop contraignante pour les États membres. D'autant qu'il aurait été politiquement délicat d'imposer par le biais de règlements des obligations précises aux États alors même que la compétence de l'Union en la matière avait été très discutée. « *Le choix d'un instrument plus souple imposant une base législative commune tout en laissant une certaine marge de manœuvre aux États afin d'atteindre les objectifs fixés par l'Union, semblait plus approprié* »<sup>26</sup>, représentant une voie médiane. La construction du droit d'auteur s'est ainsi réalisée progressivement et non par un texte global, contrairement à ce que l'on a connu en droit de la propriété industrielle. Mais les divergences nationales étaient plus fortes en droit de la propriété littéraire et artistique et l'Union européenne n'aurait jamais pu imposer aux États membres une harmonisation globale, réalisant nécessairement un compromis brutal, tant les oppositions demeuraient fortes sur certaines questions. Ce choix de la directive comme instrument de régulation a donc conduit à consacrer une harmonisation très incomplète et génère encore des disparités entre les législations nationales. Et la directive actuellement en discussion révisant la directive 2001/29/CE n'est pas plus ambitieuse puisque, même si elle va contribuer à renforcer le socle commun, elle ne constitue pas un texte complet

<sup>25</sup> Règlement n°1383/2003/ CE du 22 juillet 2003 concernant l'intervention des autorités douanières à l'égard de marchandises soupçonnées de contrefaçon, abrogé par le règlement (UE) n° 608/2013 du 12 juin 2013.

<sup>26</sup> C. Castets-Renard, préc., Fasc. 1840, préc., n° 26.

d'harmonisation du droit d'auteur européen. À l'inverse, si au sein de l'OAPI, le choix a également été fait d'un instrument non contraignant, un texte global unique a pu être adopté, finalement plus abouti et plus complet.

## A. Évolution de la démarche du législateur de l'Union

Si l'on observe la méthode suivie, et contrairement à ce qui existe en droit de la propriété industrielle, ce qui frappe d'emblée est le morcellement des dispositions dans un grand nombre de directives. Mais la démarche des autorités européennes a évolué au fil de l'adoption des directives.

En effet, dans les premières directives, le choix était plutôt fait d'une réglementation sectorielle nécessairement parcellaire. Ainsi, soit les textes ne touchaient, de manière verticale, qu'une seule catégorie d'œuvres, souvent techniques, qu'il s'agisse du logiciel en 1991, des bases de données en 1996<sup>27</sup> ou des œuvres orphelines en 2012<sup>28</sup>, soit ils visaient, de manière plus horizontale, un droit particulier comme le droit de location et de prêt en 1992<sup>29</sup>, la radiodiffusion par satellite et la retransmission par câble en 1993<sup>30</sup> ou encore le droit de suite en 2001<sup>31</sup>.

Surtout, la justification de l'adoption de ces premières directives tenait aux effets négatifs des disparités nationales sur le fonctionnement du marché intérieur. Dans cet esprit, le droit d'auteur a d'abord été analysé et traité, de manière négative, comme un obstacle à la libre circulation des services et marchandises et au développement du marché qu'il fallait abolir. Ce n'est donc pas une logique de protection des auteurs qui a justifié l'adoption de ces premières directives, mais bien leur nécessité pour le bon

<sup>27</sup> Dir. 96/9/CE, 11 mars 1996.

<sup>28</sup> Dir. 2012/28/UE, 25 oct. 2012.

<sup>29</sup> Dir. 92/100/CEE, 19 nov. 1992, abrogée par la directive 2006/115/CE du 12 déc. 2006.

<sup>30</sup> Dir. 93/83/CEE, 27 sept. 1993.

<sup>31</sup> Dir. 2001/84/CE du 27 septembre 2001.

fonctionnement du marché. Par ailleurs, comme cela a justement été souligné, « *le but étant de supprimer les disparités nationales portant atteinte au fonctionnement du marché intérieur, il n'y avait pas lieu de supprimer ou d'empêcher d'apparaître celles qui n'avaient aucune incidence, d'où une harmonisation partielle* »<sup>32</sup>.

Mais à partir du « *Livre Vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information* » de 1995<sup>33</sup>, cette approche initiale a été modifiée au profit d'une approche plus transversale, mais aussi plus positive du droit d'auteur, envisagé comme un outil nécessaire pour la construction du marché intérieur et non plus comme un simple obstacle. La directive sur la durée de protection des droits en 1993 annonçait déjà un changement dans la démarche<sup>34</sup>. Mais c'est essentiellement à partir de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 *relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* qu'une conception plus générale et plus positive de la matière a été adoptée (considérant 2). Cette directive constitue aujourd'hui la source principale du droit européen de la propriété littéraire et artistique, dont l'objectif est d'ancrer la matière dans le marché numérique grâce à un cadre juridique solide et harmonisé sur lequel la Cour de justice s'appuie très largement.

Mais surtout, à partir de cette directive et dans celles qui ont suivi<sup>35</sup>, le législateur affirme clairement l'objectif nouveau de l'harmonisation qui est de garantir un niveau élevé de protection des auteurs (considérant 9

de la directive 2001/29). Mais que l'on ne s'y trompe pas : ces droits sont jugés essentiels, car ils permettent d'encourager « des investissements importants dans des activités créatrices et novatrices » et de « favoriser la croissance et la compétitivité accrue de l'industrie européenne » (considérant 4 de la directive 2001/29). C'est le poids économique très important des industries culturelles et la pression exercée par certains opérateurs économiques qui sous-tendent l'action de l'Union et expliquent la politique active de promotion de la propriété littéraire et artistique devenue un élément majeur dans la stratégie de l'Union en tant que moteur de la croissance des économies<sup>36</sup>.

Le législateur européen étant plus enclin à privilégier une logique de marché qui correspond à la philosophie plus mercantile du *copyright*, les objectifs sociaux du droit d'auteur, reposant sur une logique plus personnaliste, ne sont parfois que bien secondaires. Mais l'approche du droit d'auteur continental n'est pas totalement absente pour autant. Ainsi, au-delà de la fonction économique du droit d'auteur et des droits voisins dans la construction du marché intérieur, l'Union européenne se préoccupe également aujourd'hui d'un objectif plus social de protection et surtout de rémunération des auteurs et autres titulaires de droits<sup>37</sup>. L'évolution s'accompagne également d'un objectif sociétal prenant en compte les intérêts du public et d'autres

<sup>32</sup> C. Castets-Renard, préc. n° 24.

<sup>33</sup> COM (95), 382 final, et la communication de la Commission qui a suivi : « Suivi du Livre vert Le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information » : COM (96), 568 final.

<sup>34</sup> Dir. 93/98/CEE, 29 oct. 1993 (codifiée par la dir. 2006/116, 12 déc. 2006) : le considérant 2 de la directive relève l'effet négatif des disparités nationales, mais le considérant 10 mentionne le rôle positif du droit de la propriété littéraire et artistique.

<sup>35</sup> V. Dir. 2004/48/CE du 29 avr. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, considérant. 2.

<sup>36</sup> L'adoption de la directive 2011/77/UE modifiant la directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins en constitue un exemple criant : sous la pression de l'industrie musicale, la durée de protection des titulaires de droits voisins a été allongée, mais pour la seule filière musicale.

<sup>37</sup> Dir. 2001/29/CE, considérant. 10 : « les auteurs ou les interprètes ou exécutants, pour pouvoir poursuivre leur travail créatif et artistique, doivent obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres ». – La proposition de directive actuellement en discussion fait également état de la nécessité de préserver un niveau élevé de protection et une « rémunération appropriée » pour les titulaires de droits (V. considérant. 2 et 37).

acteurs, et la dimension culturelle du droit d'auteur qui permet de préserver le patrimoine culturel européen est également consacrée<sup>38</sup>. Ces préoccupations se retrouvent d'ailleurs clairement au sein de l'OAPI.

## B. Étendue de l'harmonisation

Comme on l'a vu, aucune philosophie générale et uniforme du droit d'auteur ni orientation politique d'ensemble ne sous-tend pour l'instant le droit de l'UE. Il n'y a pas d'harmonisation transversale de la notion d'œuvre ni des conditions de protection dans les textes, pas plus que de la titularité. À l'inverse, les droits patrimoniaux et leur durée de protection ont fait l'objet d'une harmonisation très complète et renforcée pour l'environnement numérique, par la directive 2001/29/CE, qu'il s'agisse des droits de reproduction, de communication au public et de distribution avec la limite de l'épuisement des droits, mais aussi de leurs déclinaisons : adaptation, location, prêt, jusqu'au droit de suite harmonisé en 2001. En revanche, si les directives spéciales consacrent quelques exceptions particulières (copie de sauvegarde du logiciel, reproduction à des fins privées d'une base de données non électronique...), la directive de 2001/29/CE n'adopte qu'une liste d'exceptions et limitations soumises au respect du triple test, mais facultatives. Une seule exception est obligatoire (exception de « copie cache »), les États n'ayant pas su s'accorder sur une liste commune<sup>39</sup>. Le seul point d'accord a été d'admettre que cette liste est exhaustive. La proposition de directive en discussion prévoit cependant de rendre

obligatoires certaines exceptions (en matière d'enseignement numérique, d'extraction de données ou de préservation du patrimoine culturel)<sup>40</sup>.

Pour le reste, si certains éléments sont harmonisés ou envisagés au gré des directives, les États conservent une grande liberté dans leur transposition. C'est le cas par exemple pour les œuvres plurales, les modalités de rémunération des titulaires de droits, les conditions de protection... De la même manière, la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 sur le respect des droits de propriété intellectuelle renforce les obligations des États membres dans la lutte contre la contrefaçon, afin de veiller à ce que le droit matériel de la propriété intellectuelle soit effectivement appliqué dans l'UE. Mais l'harmonisation reste minimale puisque ces derniers demeurent très libres de fixer concrètement les mesures, procédures et sanctions, sous réserve qu'elles soient loyales et équitables, effectives, proportionnées et dissuasives.

Si l'objectif affiché par les directives transversales est d'aboutir à un niveau élevé d'harmonisation, la marge de manœuvre laissée aux États membres en réduit nécessairement la portée et l'efficacité. Cette harmonisation est encore insuffisante sur des points pourtant essentiels du droit d'auteur. C'est notamment dû au fait que l'Union estime que certaines disparités ne portent pas atteinte au fonctionnement du marché intérieur et qu'il n'est pas nécessaire de les supprimer ou d'éviter leur apparition (considérant 7 dir. 2001/29/CE). Si bien que le choix de ne traiter que des aspects patrimoniaux sous prétexte que les aspects extrapatrimoniaux n'auraient pas d'impact sur le commerce et le marché intérieur a conduit à exclure de toute harmonisation le droit moral. De la même manière, la question de la titularité des droits exclusifs, notamment pour les créations de salariés ou encore le droit contractuel, ne font l'objet d'aucune

---

<sup>38</sup> La directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines et la directive 2014/26/UE du 26 février 2014 sur la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins en sont de bonnes illustrations.

<sup>39</sup> P. Sirinelli, « La directive « Société de l'information » : apport réel ou fictif au droit d'auteur ? », in *Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, Coll. IRPI, t. 20, Litec, 2001, p. 79. – C. Caron, « La nouvelle directive... ou les ambitions limitées du législateur européen », CCE mai 2001, p. 20.

---

<sup>40</sup> Proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique du 24 sept. 2016 : COM (2016) 593 final.

harmonisation. Or, comme l'a justement écrit Michel Vivant, « une saine analyse du droit d'auteur doit prendre en compte sa dimension morale et sa dimension patrimoniale, sa dimension culturelle et sa dimension économique » sans les opposer, car « l'unidimensionnel, quel qu'il soit, est insatisfaisant »<sup>41</sup>.

La méthode est différente ici de ce qui a été fait au sein de l'OAPI car ces points font l'objet d'une harmonisation dans l'Annexe VII de l'accord de Bangui. Il est intéressant de constater que c'est précisément sur ces points-là que le texte prend ses distances avec le droit français pour envisager des solutions plus pragmatiques et inspirées du droit anglo-saxon<sup>42</sup>. Ce sont en réalité précisément, pour la plupart, les points de friction qui divisent encore les pays de droit d'auteur continental et les pays de *copyright*. On gagnerait peut-être sur ces éléments à s'inspirer du compromis réalisé par les États africains et certains pays européens.

### III. Le rôle du juge européen dans l'harmonisation du droit de la propriété littéraire et artistique

La construction et les bouleversements du droit de la propriété littéraire et artistique européen sont également très largement le fait des juges de l'Union dont les décisions se multiplient et qui, interprétant les directives, se montrent de plus en plus audacieux ces dernières années. À partir du moment où l'on a fait le choix d'une harmonisation souple, minimale et en partie optionnelle qui laisse au juge un pouvoir d'interprétation, il n'y a rien d'étonnant à ce que la Cour de justice s'empare des faiblesses de la construction du droit d'auteur européen pour en combler les lacunes et consolider la portée de ce droit<sup>43</sup>. D'autant que certaines dispositions sont par

ailleurs relativement inintelligibles et ouvrent la porte à l'interprétation de la Cour. Celle-ci se voit ainsi offrir un pouvoir fondamental d'interprétation et d'arbitrage entre les textes, directives ou conventions internationales. S'appuyant sur ce pouvoir d'interprétation, à la fois étendu et exclusif, la Cour de justice a décidé d'investir la matière et contribue très activement à redessiner le droit d'auteur et les droits voisins afin de participer à la construction d'un droit de la propriété littéraire et artistique plus général.

La multiplication des décisions de la Cour de justice, qui lui offrent de plus en plus d'opportunités d'affiner et de consolider ses solutions pour parvenir à plus de cohérence, tient largement aux questions préjudicielles qui lui sont adressées par les juridictions nationales et dont le nombre ne cesse d'augmenter. Si le juge national a compétence pour interpréter le droit de l'UE, la complexification des dispositions du droit d'auteur européen le conduit de plus en plus souvent à recourir à des questions préjudicielles, laissant à la seule Cour de justice le pouvoir d'interpréter, voie de compléter, des notions fondamentales (et parfois embarrassantes) de la propriété littéraire et artistique<sup>44</sup>. Et ce d'autant que la CJUE se permet parfois de reformuler la question qui lui a été posée afin d'aller au-delà de ce qui lui est demandé et d'étendre encore son pouvoir d'interprétation<sup>45</sup>. Ces questions à répétition permettent à la Cour d'affiner ou de retoucher par couches successives la définition d'une même notion pour en réaliser une construction plus générale<sup>46</sup>, comme à propos de la compensation équitable pour copie privée<sup>47</sup>,

<sup>41</sup> M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2015, n° 41.

<sup>42</sup> V. F. Siirainen, art. préc.

<sup>43</sup> V. C. Zolynski, « L'élaboration de la jurisprudence de la Cour de justice en droit de la propriété littéraire et artistique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur A. Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 813-825.

<sup>44</sup> V.-L. Benabou, art. préc.

<sup>45</sup> V. encore récemment : CJUE, 1<sup>er</sup> mars 2017, aff. C-275/15, *ITV Broadcasting*, *D. IP/IT* 2017, p. 465, note V.-L. Benabou.

<sup>46</sup> V. B. Bertrand, « Les blocs de jurisprudence », *RTD eur.* 2012, p. 741. - C. Zolynski, art. préc. : qui parle de « bouquets d'arrêts » et de « chaîne jurisprudentielle » créée par la Cour de justice à propos d'un même critère.

<sup>47</sup> CJUE, 21 oct. 2010, aff. C-467/08, *Padawan*, *D.* 2010. 2646, obs. J. Daleau ; *RTD com.* 2010. 710, obs. F.

de la communication au public entendue largement, quoique sur cette notion la construction manque de clarté<sup>48</sup>, ou encore de la notion de public.

Quelles sont, rapidement exposés et de manière nécessairement caricaturale, les principes et méthodes d'interprétation mis en œuvre par la Cour de justice, méthodes qui ont évolué au fil des années ?<sup>49</sup> Il faut d'emblée soulever que la Cour de justice, comme cela a été mis en lumière par la doctrine, utilise différentes méthodes d'interprétation qu'elle combine selon les circonstances, qu'il s'agisse des analyses littérale, contextuelle ou finaliste<sup>50</sup>. De ce point de vue, elle fait preuve d'un certain pragmatisme et tient compte de la finalité et surtout de l'effet utile des dispositions<sup>51</sup>.

Par ailleurs, la Cour de justice fait montre d'une grande liberté dans les textes au regard desquels elle se prononce en matière de propriété littéraire et artistique. On a vu

qu'elle prenait une grande liberté quant à l'utilisation de cet acquis, qu'il s'agisse des sources internationales, ou des textes plus généraux du droit de l'Union. Par ailleurs, au sein même des textes spéciaux à la matière, la Cour n'hésite pas à interpréter des notions à la lumière de textes non applicables aux cas qui lui sont soumis, leur donnant ainsi un champ juridique plus vaste. Ainsi, elle a considéré dans l'arrêt *Football Association Premier League* du 4 octobre 2011, que « compte tenu des exigences de l'unité de l'ordre juridique de l'Union et de sa cohérence », une même notion utilisée dans plusieurs directives doit avoir « la même signification, à moins que le législateur n'ait exprimé, dans un contexte législatif précis, une volonté différente »<sup>52</sup>.

Mais la CJUE va plus loin puisque, avec une certaine audace, elle n'hésite pas à étendre des notions juridiques issues d'une directive spéciale à des situations échappant au champ de cette directive, au nom du principe de cohérence. C'est ce qu'elle a fait avec la notion d'originalité dans l'arrêt *Infopaq* du 16 juillet 2009<sup>53</sup>. Alors même que la directive 2001/29/CE ne fait pas mention de cette condition, la Cour, se fondant implicitement sur la définition donnée par les directives logiciel et bases de données non applicables en l'espèce, a étendu l'application de l'originalité, définie comme la « création intellectuelle propre à son auteur », à l'ensemble du droit d'auteur. C'est également la démarche retenue à propos de la titularité des droits sur les œuvres audiovisuelles. La Cour de justice considère ainsi que dans la mesure où des directives antérieures ont établi des règles et principes, ceux-ci sont réputés acquis et peuvent s'appliquer dans le cadre d'une

---

Pollaud-Dulian; *Propr. Intell.* 2011, n° 38, p. 93, obs. A. Lucas et p. 108, obs. V.-L. Benabou ; CJUE, 11 juill. 2013, aff. C-521/11, *Amazon, D.* 2013, p. 2209, note C. Castets-Renard ; *Propr. Intell.* 2014, n° 50, p. 74, note J.-M. Bruguière ; *RIDA* avr. 2014, n° 240, p. 264, obs. P. Sirinelli ; CJUE, 5 mars 2015, aff. C-463/12, *Copydan Ba Ndkopi*, aff. C-463/12, *Propr. Intell.* 2015, n° 56, p. 288, note C. Bernault ; *CCE* 2015, n° 4, p. 27, note C. Caron.

<sup>48</sup> CJUE, 7 déc. 2006, aff. C-306/05, *SGAE c/ Rafaelles, D.* 2007. 1236, obs. J. Daleau ; *RTD com.* 2007. 85, obs. F. Pollaud-Dulian ; CJUE, 4 oct. 2011, préc. – CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Svensson, D.* 2014.2078, obs. P. Sirinelli ; *Propr. Intell.* avr. 2014, p. 165, obs. A. Lucas ; *RTDE* 2014, p. 965, obs. E. Treppoz.

<sup>49</sup> V. pour une étude plus poussée : V.-L. Benabou, « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », *Propr. intell.* 2012, n° 43, p. 140.

<sup>50</sup> V.-L. Benabou, art. préc. ; C. Zolynski, art. préc.

<sup>51</sup> V. par ex. : sur la théorie de l'épuisement du droit de distribution : CJUE, 3 juill. 2012, aff. C-128/11, *Oracle c/ Usedsoft, D.* 2012, p. 2101, note J. Huet ; *Propr. intell.* 2012, n° 44, p. 333, note A. Lucas ; *CCE* 2012, comm. 106, note Ch. Caron ; CJUE, 1er déc. 2011, *Eva-Maria Painer*, aff. C-145/10, préc. – V.-L. Benabou, art. préc.

---

<sup>52</sup> CJUE, gde ch., 4 oct. 2011, préc. à propos de la notion de communication au public ; CJUE, 30 juin 2011, aff. C-271/10, *Vewa, RTD com.* 2011. 549, obs. F. Pollaud-Dulian ; *CCE* 2011, n° 11, p. 37, note C. Caron : à propos de la rémunération en matière de prêt, la Cour considère que cette notion particulière doit être interprétée à la lumière de l'ensemble de directives.

<sup>53</sup> CJCE, 16 juill. 2009, *Infopaq International*, aff. C-5/08, *Propr. Intell.* 2009, n° 33, p. 378, V.-L. Benabou ; *RTD eur.* 2010. 939, chron. E. Treppoz ; *D.* 2011. 2164, spéc. 2166, obs. P. Sirinelli.

autre directive qui ne les reprendrait pas explicitement, portant par là même atteinte au principe de subsidiarité selon lequel les États membres devaient avoir compétence pour régir ces questions dans le silence des textes européens<sup>54</sup>.

La Cour considère que la volonté du législateur européen est de parvenir à une interprétation la plus uniforme possible de la directive 2001/29/CE<sup>55</sup>. Or, dans la mesure où les directives ne précisent peut-être pas suffisamment leur articulation, cela laisse à la Cour de justice la possibilité de décider d'une interprétation uniforme sans se préoccuper des champs d'application souvent très spécifiques des directives. La méthode est d'autant plus contestable qu'il n'est pas certain que les interprétations, retenues dans des contextes particuliers et au regard de textes spéciaux, aient vocation à s'appliquer de manière générale et à influencer sur le droit d'auteur général<sup>56</sup>, même si dans son interprétation des textes européens, la Cour de justice fait preuve d'un certain pragmatisme.

Cette grande liberté prise par la Cour de justice dans l'interprétation des notions juridiques et dans le choix des sources, européennes comme internationales, générales comme spéciales<sup>57</sup>, l'a conduite à définir des notions autonomes et propres au droit de l'Union auxquelles elle donne un contenu substantiel qui se détache de celui défini par les États. La Cour de justice considère que si les directives ne reconnaissent pas explicitement le pouvoir d'interprétation des États, ce pouvoir lui est implicitement attribué. Une sorte de présomption en faveur de la compétence de l'Union est ainsi posée<sup>58</sup>. La Cour, ce faisant, étend la compétence de l'Union au-delà de la répartition traditionnelle des compétences

entre l'Union et les États membres<sup>59</sup>. En effet, l'interprétation de ces notions centrales du droit d'auteur, sous l'éclairage des décisions de la CJUE, rejaille nécessairement sur les États membres puisque ces définitions vont s'imposer à eux comme la règle qui est interprétée. Non seulement la juridiction nationale qui est à l'origine de la question préjudicielle doit respecter l'interprétation de la Cour de justice, mais celle-ci s'impose également aux autres juridictions nationales et sa portée dépasse le contexte factuel de l'affaire portée devant la CJUE. Le contentieux relatif à la notion de compensation équitable liée à la copie privée au sens de l'article 5§2 de la directive de 2001 qui a conduit à l'arrêt *Padawan* constitue un exemple caractéristique de la démarche de la Cour qui impose une interprétation prétorienne et uniforme<sup>60</sup>.

Ces notions autonomes se multiplient, qu'il s'agisse de la notion d'originalité<sup>61</sup>, de la notion de communication au public<sup>62</sup>, mais aussi de certaines exceptions qui sont interprétées par la Cour comme la citation<sup>63</sup> ou la parodie<sup>64</sup>, alors que la directive 2001/29 n'harmonise que de manière optionnelle les

---

<sup>54</sup> CJUE, 9 févr. 2012, préc.

<sup>55</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> déc. 2011, préc.

<sup>56</sup> En ce sens, C. Zolynski, art. préc.

<sup>57</sup> V.-L. Benabou, art. préc.

<sup>58</sup> C. Zolynski, art. préc.

---

<sup>59</sup> V.-L. Benabou, art. préc. qui parle d'un « appétit expansionniste » de la Cour de justice. En soulignant la récurrence des audaces et les intrusions répétées.

<sup>60</sup> CJUE, 21 oct. 2010, préc.

<sup>61</sup> CJUE, 16 juill. 2009, préc.

<sup>62</sup> Par ex. : CJUE 7 déc. 2006, préc. : à propos de la définition de la notion de public, la Cour estime qu'il n'appartient pas aux États de définir la notion de public à laquelle fait référence la directive 2001/29. – CJUE, 13 févr. 2014, préc. ; CJUE, 4 oct. 2011, préc. – CJUE, 31 mai 2016, *RehaTraining c/ GEMA*, aff. C-117/15, *D. IP/IT* 2016, p. 420, note V.-L. Benabou. – Comp. CJUE 3<sup>e</sup> ch., 15 mars 2012, préc. : qui semble considérer que la notion doit être interprétée selon les circonstances d'espèce et non de manière générale. V. A. Quaedvlieg, « Le droit de communication au public dans la jurisprudence de la CJUE » : *Propri. Intell.* 2015, n° 55, p. 125.

<sup>63</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> déc. 2011, préc., qui élargit, en empiétant sur la compétence des États, le champ de l'exception de citation, remettant en question les conditions requises par certaines législations nationales.

<sup>64</sup> CJUE, 3 sept. 2014, *Deckmyn*, aff. C-201/13, *JurisData* n° 2014-022523 ; CCE 2014, comm. 82, note C. Caron

exceptions. Cela permet d'assurer une interprétation uniforme d'une même notion dans l'ensemble des États membres, quoique les décisions de la Cour de justice aient parfois plutôt contribué à complexifier certaines notions qu'à les éclaircir, comme s'agissant la communication au public pour laquelle la Cour retient une application distributive alors même qu'elle la qualifie de notion autonome, montrant ainsi les limites du principe de cohérence si cher à la Cour<sup>65</sup>.

Par son approche globale de la matière, la participation de la CJUE à la construction du droit d'auteur européen n'en demeure pas moins fondamentale. Ce pouvoir d'interprétation et de construction prétorienne du droit de la propriété littéraire et artistique de la Cour de justice ne trouve évidemment aucun équivalent pour l'instant au sein de l'OAPI faute de juridiction unifiée.

## Conclusion

L'harmonisation du droit de la propriété littéraire et artistique dans l'Union européenne se réalise progressivement et parfois sans grande cohérence, l'adoption de certains textes résultant plus d'un lobbying fortement exercé sur les autorités européennes que d'une véritable politique globale et transversale.

Il est vrai qu'à la suite de la présentation par la Commission européenne de sa stratégie numérique le 6 mai 2015<sup>66</sup>, une proposition de directive révisant la directive de 2001/29 est en cours d'adoption. L'objectif est d'améliorer le degré d'harmonisation des législations nationales pour permettre un meilleur accès au contenu numérique. Cela passe d'une part, par la révision de certaines exceptions (car l'Union européenne ne parvient toujours pas à imposer une liste d'exceptions rendues

obligatoires et uniformisées) et d'autre part - et il s'agit là d'un enjeu économique majeur de la construction du droit d'auteur européen - par un meilleur partage de la valeur, notamment en termes de rémunérations des auteurs et artistes-interprètes. Mais une fois encore, la révision est moins ambitieuse que ce qu'elle devrait être. La dimension économique de la propriété littéraire et artistique est clairement revendiquée et la construction du marché unique numérique constitue l'objectif central de la stratégie de l'Union européenne. L'ambition politique de la construction d'un droit d'auteur totalement européen n'a pas abouti, contrairement à l'effet d'annonce de la Commission européenne dans sa communication de 2010 intitulée « *Une stratégie numérique pour l'Europe* », qui considérait que l'Union devait s'efforcer de réaliser une harmonisation globale sous la forme d'un code global européen du droit d'auteur et d'un titre de droit d'auteur unifié<sup>67</sup>.

A.-E. K.

---

<sup>65</sup> Cette notion a donné lieu à une vingtaine de décisions de la CJUE sans pour autant lever toutes les interrogations. - V. égl. à propos de l'épuisement du droit : CJUE, 3 juill. 2012, préc. : qui écarte le principe de cohérence pour étendre le principe de l'épuisement des droits à des supports dématérialisés de logiciels.

<sup>66</sup> COM (2015) 192.

---

<sup>67</sup> T. Azzi, V.-L. Benabou, A. Bensamoun, N. Martial-Braz, E. Treppoz et C. Zolynski, « Que penser du projet de code global européen du droit d'auteur ? », *LPA* 2012, n° 130, p. 55. ; C. Castets-Renard, « La réforme du droit d'auteur en Europe : vers un code européen ? », *D.* 2012, p. 955.

## La protection des expressions culturelles traditionnelles (folklore) en Afrique

Laurier Yvon NGOMBE

Docteur en Droit  
Avocat

*L'un des défis africains en matière de propriété intellectuelle est la protection des expressions culturelles traditionnelles. La question de savoir si ces objets peuvent relever de la propriété intellectuelle semble résolue par une majorité d'États et par l'ARIPO (qui franchissent alors des obstacles théoriques). Il est acquis que les créations du Folklore sont protégées par plusieurs lois africaines. Toutefois l'effectivité de cette protection hors du continent demeure un défi.*

La protection du folklore ou des expressions culturelles traditionnelles est un sujet fort débattu dans les États africains, dans les États du pacifique et dans les États Sud-américains<sup>1</sup>. La question occupe une place importante dans l'Agenda de l'OMPI<sup>2</sup>. Le souhait d'une protection des « œuvres du folklore » par le droit d'auteur a, semble-t-il, vu le jour, du moins sur le plan international, au début des années 1960 avec la

recommandation de la réunion de Brazzaville<sup>3</sup>. L'idée a fait son chemin.

À l'échelle internationale, c'est dès la révision de Stockholm que certains États ont proposé de mentionner « les œuvres du folklore » dans la liste indicative de la Convention de Berne<sup>4</sup>. Si cette mention n'a pas été retenue, la Convention de Berne prévoit bien, de manière certes insatisfaisante, dans l'acte de Paris, la protection des créations issues du folklore<sup>5</sup>. Pour autant les opinions restent partagées quant à l'inclusion des créations appartenant au folklore dans le champ de la propriété

---

<sup>1</sup> V. notamment K. Nikiéma, *La protection de la propriété intellectuelle par le droit d'auteur*, Thèse Paris II, 1988 ; C. Masouyé, « La protection des expressions du folklore », *RIDA*, janv.1983, p.3 ; J.G. Weiner, *Protection of Folklore, A Political Challenge* : IIC, Vol. 18, n° 1, 1987, p.56 F. Shyllon, « Conservation, préservation et protection du folklore en Afrique, un tour d'horizon », *Bull. dr. auteur*, Vol. 32, n°4, 1998, pp. 40 et s. ; A. Lucas Schloeter, « Protection juridique du folklore », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1962, 2009 ; H.P. Sambuc, *Protection internationale des savoirs traditionnels : la nouvelle frontière de la propriété intellectuelle*, éd. L'Harmattan, 2003 ; E.S. Nwauche, *The Protection of Traditional Cultural Expressions in Africa*, Springer, 2017

<sup>2</sup> M. Perelman., « Traditional Cultural Expressions », in D.F. Robinson, A. Abdel-Latif. and P. Roffe. (editors), *Protectecting Traditional Knowledge. The Wipo Comitee on Intellectual Property and Genetic Ressources, Traditional Knowledge and Folklore*, Routledge 2017, p.173 et s.

---

<sup>3</sup> Ces recommandations faisaient suite à la « Réunion africaine d'étude sur le droit d'auteur » (organisée par l'union de Berne et l'Unesco) qui s'est tenue du 5 au 10 août 1963 à Brazzaville au Congo, V. *RIDA* Oct. 1963, p. 244

<sup>4</sup> H. Desbois, A. Françon et A. Kéréver, *Les Conventions internationales du Droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 1976, n°147

<sup>5</sup> CB, art. 15.4. a : « Pour les œuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue, mais pour lesquelles il y a tout lieu de présumer que cet auteur est ressortissant d'un pays de l'Union, il est réservé à la législation de ce pays la faculté de désigner l'autorité compétente représentant cet auteur et fondée à sauvegarder et à faire valoir les droits de celui-ci dans les pays de l'Union ». Comme l'indiquaient d'éminents auteurs, « c'est par cette phrase, qui tend à mettre en relief leurs caractères distinctifs, que sont visées les productions folkloriques » (H. Desbois, A. Françon et A. Kéréver, *op.cit.*, n°148)

littéraire et artistique ou s'agissant de la protection idoine de ces créations anciennes. Le carcan ou les limites de la propriété industrielle ou du droit de la propriété littéraire et artistique sont souvent relevés pour proposer plutôt une protection *sui generis*.

Il reste qu'en droit positif de nombreux États africains prévoient la protection des « œuvres » ou « expressions » du folklore, étendant ainsi le champ de la protection par le droit d'auteur. Par ailleurs, au niveau régional, l'ARIPO (*African Regional Intellectual Property Organization*) a adopté un texte relatif à la protection du folklore et des savoirs traditionnels, inspiré du droit d'auteur et renvoyant en partie au(x) droit(s) coutumier(s)<sup>6</sup>.

Quant à l'Organisation Africaine de la propriété intellectuelle (OAPI), son texte relatif à la propriété littéraire et artistique actuellement en vigueur (texte de 1999), protège les œuvres du folklore au titre du droit d'auteur et au titre de la protection du patrimoine culturel. Le texte de l'OAPI a été révisé en décembre 2015 (Acte de Bamako). À la faveur de cette révision, la protection du patrimoine culturel ne figure plus, ce qui est heureux, dans le texte sur la propriété littéraire et artistique. Le nouveau texte de l'OAPI, actuellement en cours de ratification, cite cependant « les expressions culturelles traditionnelles » parmi les œuvres protégées<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> L.Y. Ngombé, « The Protection of Folklore in the Swakopmund Protocol Adopted by the ARIPO (African Regional Intellectual Property Organization) », *Journal of World Intellectual Property* Vol. 14 (2011), Issue 5, p.403 ; M.O. Hinz, « The Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore », *Namibia Law journal*, vol. 3, Issue 1, January 2011, p.101 ; E. S. Nwauche, « The Swakopmund Protocol and the Communal Ownership and Control of Expressions of Folklore in Africa », *Journal of World Intellectual Property* Vol. 17 (2014), Issue 5-6, p.191.

<sup>7</sup> L'article 2.1.j de l'Acte de Bamako assigne aussi à l'OAPI la mission de « promouvoir la protection des expressions culturelles traditionnelles » V. L. Y. Ngombé, « Chronique d'Afrique », *RIDA* Oct. 2016, p.165.

Ces textes permettent de relever que les obstacles théoriques à la protection du folklore, y compris par la propriété littéraire et artistique (qui constitue soit le siège soit le modèle de la protection), n'étaient pas infranchissables (I). Pour autant, cela ne suffit pas forcément pour surmonter les difficultés qui se poseront lorsqu'il s'agira de mettre en œuvre les textes adoptés (II).

## I. Des obstacles théoriques (aisément franchissables)

La question de la protection du folklore (ou, désormais, des expressions culturelles traditionnelles) par le droit d'auteur ou plus largement par la propriété intellectuelle a nécessité ou nécessite le franchissement de quelques obstacles au regard de l'objet dont la définition n'est pas forcément évidente (A). Même en parvenant à préciser l'objet, il faut encore faire face à la contestation de l'appropriation des créations relevant du folklore ou des expressions culturelles traditionnelles (B).

### A. Un objet mal identifié

De ce point de vue, il est d'abord nécessaire de définir l'objet à protéger, puis de s'interroger sur les conditions de son éligibilité à la protection ou plutôt sur sa capacité à remplir ses conditions.

#### 1. La désignation de l'objet protégeable

Il convient d'abord de définir la notion de folklore. C'est en vain que l'on cherchera dans le Vocabulaire Juridique du Doyen Cornu une définition du folklore et le Dictionnaire Comparé du droit d'auteur et du copyright n'y consacre pas la moindre ligne. Le mot est néanmoins défini dans le Dictionnaire de la Propriété intellectuelle<sup>8</sup> comme désignant « les créations relevant de la culture traditionnelle et populaire ». Cette définition laconique se rapproche de celle de plusieurs lois d'États africains. La loi sénégalaise par

---

<sup>8</sup> C. Bernault et P. Clavier, *Dictionnaire de la Propriété intellectuelle*, 2<sup>ème</sup> édition, Ellipses 2015, p.239.

exemple dispose que : « Le folklore s'entend de l'ensemble des productions littéraires et artistiques créées par des auteurs présumés de nationalité sénégalaise, transmises de génération en génération et constituant l'un des éléments fondamentaux du patrimoine culturel traditionnel sénégalais »<sup>9</sup>.

L'article 2 du protocole de Swakopmund adopté par l'ARIPO définit les expressions du folklore comme « toutes formes, tangibles ou non, à travers lesquelles sont exprimées la culture ou dans lesquelles cette culture apparaît ou est manifestée ». Ce qui, selon le protocole, inclut les expressions ou combinaisons suivantes : expressions verbales (histoires, épopées, légendes, mots, symboles...), expressions musicales (chansons notamment), expressions par mouvement (danse, théâtre, rituels...) ou expressions tangibles (dessins, poteries, vannerie, instruments de musique, sculptures, formes architecturales...) <sup>10</sup>.

Le folklore ainsi défini comporte un ensemble de créations artistiques. Lesdites créations répondraient généralement, si on se livrait à un examen, au critère d'originalité. Les créations constituant le folklore tel que défini plus haut font partie du patrimoine culturel

ou de l'héritage traditionnel d'une communauté ou d'un État.

On relèvera que le vocabulaire utilisé n'est pas toujours le même et traduit en réalité la difficulté à assimiler les créations constituant un élément du folklore aux autres œuvres de l'esprit. Le choix terminologique consistant à préférer le vocable Expression à celui d'œuvre peut s'analyser comme une manière de contourner la délimitation du folklore. Or, à l'intérieur de l'ensemble que constitue le Folklore, certains éléments tels que les danses, les chants traditionnels, les contes, les peintures, les dessins, les sculptures, les tapisseries, les masques, etc. pourront être considérés comme des œuvres. Ce sont ces œuvres du folklore qui peuvent être protégées par le droit d'auteur. Les autres formes d'expressions peuvent être appréhendées par d'autres branches de la propriété intellectuelle (dessins et modèles ou marques par exemple) ou même par d'autres moyens juridiques. De fait, elles le sont dans des textes spéciaux. Ce qui est par exemple le cas du protocole de Swakopmund.

En compulsant les lois africaines, on remarquera que certains textes citent dans la liste indicative des œuvres protégées les « œuvres » du folklore. C'est le cas par exemple de loi béninoise<sup>11</sup>, de la loi congolaise et de la loi gambienne<sup>12</sup>. En revanche dans d'autres textes les œuvres du folklore ne sont pas mentionnées. Néanmoins, certains textes, sans citer les « œuvres du folklore », prévoient dans une partie spéciale la protection des « expressions du folklore ». Quant au texte de l'OAPI sur la propriété littéraire et artistique il cite les « expressions du folklore » dans la liste indicative des œuvres protégées<sup>13</sup>. Tant que les expressions culturelles traditionnelles ne

---

<sup>9</sup> Loi n° 2008-09 sur le Droit d'auteur et les Droits Voisins au Sénégal (Loi Sénégalaise), article 156. Dans le même esprit, la loi guinéenne définit les expressions du folklore comme étant « les productions se composant exclusivement d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique et littéraire traditionnel, lequel est développé et perpétué par une communauté nationale de la République de Guinée ou par des individus reconnus comme répondant aux aspirations artistiques traditionnelles de cette communauté [...] » (Loi n° 00342, du 12 avril 2014, fixant le régime de la propriété littéraire et artistique en République de Guinée, article 107).

<sup>10</sup> La définition du texte de l'ARIPO est à rapprocher de l'article 1er du projet de dispositions de l'OMPI relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore telles qu'adoptées par le comité intergouvernemental en charge de la question (Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/17/4 et WIPO/GRTKF/IC/17/4 antérieurs à l'adoption du protocole de Swakopmund. Voir également le document WIPO/GRTKF/IC/27/5).

---

<sup>11</sup> Loi 2005-30 du 05 avril 2006 relative à la protection du droit d'auteur et des droits voisins en République du Bénin (Loi Béninoise), Article 8.

<sup>12</sup> Copyright Act, 2004, Article 8.

<sup>13</sup> A la faveur de la révision de l'Annexe VII en 2015, une terminologie mieux adaptée a été choisie, le texte cite désormais « les expressions du patrimoine culturel », Comparer Annexe VII (1999), art. 5.1.xii et Annexe VII (2015), article 4.1. xii.

désignent que des créations littéraires et artistiques, la protection par le droit d'auteur peut théoriquement se concevoir. Lorsque ces expressions débordent le domaine artistique, le droit d'auteur devient inadapté.

Au regard des lois en vigueur sur le continent africain, on peut considérer que la question de la définition de l'objet de la protection a plutôt été résolue, même si cela s'est fait au prix de quelques adaptations de la notion d'œuvre de l'esprit.

## 2. La précision des règles d'éligibilité à la protection

Une fois désignées les créations littéraires et artistiques relevant du folklore, il faut encore savoir quelles sont les conditions que doivent remplir ces créations pour bénéficier de la protection. Faut-il par exemple s'interroger sur l'originalité de ces créations ? Deux approches sont possibles. La première consiste tout simplement à considérer que toute création littéraire ou artistique du folklore (toute expression culturelle traditionnelle) est protégée *ipso facto*. Ce qui jurerait, à première vue, avec un principe essentiel du droit d'auteur. La seconde consisterait à exclure de la protection les créations du folklore qui ne seraient pas originales. Il va sans dire que la première approche est celle qui répond le mieux au souci des États et communautés de protéger leurs folklores. En réalité, ces créations répondront souvent au critère d'originalité.

De même on peut estimer que, quelle que soit la lettre du texte considéré, l'exigence de fixation matérielle de l'œuvre prévue par certaines lois ne s'applique pas aux œuvres du folklore. Le protocole de Swakopmund pose ainsi le principe de protection des expressions du folklore sans formalité<sup>14</sup>. Néanmoins il prévoit que certaines expressions peuvent, à des fins probatoires, faire l'objet d'une notification à l'autorité appropriée.

Les œuvres du folklore peuvent donc satisfaire aux conditions de protection par le

---

<sup>14</sup> Protocole de Swakopmund, article 17.1.

droit d'auteur. L'originalité et l'exigence de fixation matérielle ne suffisent pas pour rendre ces œuvres définitivement inéligibles à la protection par le droit d'auteur. Quoi qu'il en soit l'essentiel pour les États africains est de protéger les expressions culturelles traditionnelles et de ce point de vue, certains objets ont pu être admis dans le champ de la propriété littéraire et artistique. Ce qui n'empêchera pas une protection par d'autres instruments complémentaires.

En réalité, au-delà de l'identification de l'objet se pose le débat sur son appropriation.

## B. Une Appropriation discutée

L'appropriation des créations ou des expressions du folklore (ou du patrimoine culturel) est discutée pour deux raisons principales. D'abord se pose la question de l'identification de l'auteur, les créateurs des « œuvres » du folklore étant rarement connus<sup>15</sup>. Ensuite, au regard des principes du droit d'auteur, il s'agit de créations qui appartiendraient au domaine public et qui ne seraient donc plus appropriables.

### 1. La désignation du propriétaire

La première difficulté est résolue par les lois africaines qui prévoient que la titularité des œuvres ou des expressions du folklore échoit à la communauté ou à l'État dont émane ledit folklore. On pourrait douter, *a priori* qu'attribuer la titularité des droits à une communauté soit compatible avec philosophie du droit naturel<sup>16</sup>. Cet argument n'emporte cependant pas l'adhésion. Il ne paraît, à tout le moins, pas décisif pour fermer la porte du droit de la propriété littéraire et artistique aux expressions culturelles traditionnelles.

---

<sup>15</sup> C. Caron, *Droit d'auteur et Droits voisin*, Lexisnexis, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n°144.

<sup>16</sup> V. S. Von Lewinski, «Traditional Knowledge and Folklore – A New Topic in The International Area», in *Intellectual Property Law. Articles on Cultural Expressions an Indigenous Knowledge*, Antwerp, Oxford, New York, Intersensia, 2002, pp. 181 et s. spec. p.194.

De nombreuses considérations politiques et économiques sont prises en compte, et ce depuis les tout premiers temps de l'histoire du droit d'auteur, dans l'élaboration des lois relatives à la propriété littéraire et artistique. Des considérations similaires justifient aussi la protection des créations ou expressions culturelles traditionnelles, notamment par la propriété intellectuelle<sup>17</sup>. Ces justifications permettent de ne pas considérer comme un obstacle la "titularité collective" du folklore<sup>18</sup>.

D'un État à l'autre protégeant les "œuvres du folklore", le bénéficiaire de la protection peut être l'ensemble de la communauté nationale ou une communauté locale précise à l'intérieur d'un État. La première approche est celle adoptée par la majorité des États africains qui prévoient que les créations des folklores des différentes communautés ou groupes ethniques de l'État sont des œuvres du patrimoine national<sup>19</sup>. Pourtant, en toute logique, c'est chaque communauté qui aurait dû bénéficier de la protection pour les créations de son patrimoine traditionnel.

Cette approche peut cependant avoir l'avantage de participer, dans certains pays, de la conscience d'une appartenance à une même nation malgré la diversité ethnique. Dans ce cas les droits relatifs au folklore sont exercés par une autorité compétente variant d'un État à l'autre. Ainsi au Congo, au Bénin, au Burkina Faso et au Mali, il s'agit de l'organisme national chargé de la gestion collective des droits d'auteur et des droits

voisins. Dans d'autres États, il s'agit d'un fonctionnaire du ministère de la Culture.

L'autre approche est celle qui attribue les droits sur les expressions culturelles traditionnelles à la communauté précise dont elles émanent. Dans ce cas les droits sont exercés par le représentant de la communauté (tribu ou clan par exemple) dépositaire du folklore. Le protocole de Swakopmund adopté par les États de l'ARIPO désigne comme bénéficiaires de la protection des expressions du folklore :

- les autorités locales et traditionnelles à qui sont confiées la préservation et la protection de ces expressions, conformément aux droits et pratiques coutumiers, et
- qui font usage desdites expressions en tant qu'éléments caractéristiques de leur patrimoine culturel traditionnel<sup>20</sup>.

Ce recours aux droits coutumiers dans le cadre de la protection du folklore a particulièrement été proposé au début de la dernière décennie<sup>21</sup>.

Sur ce point, certains États membres de l'ARIPO vont devoir modifier leurs lois. Selon la loi ghanéenne par exemple, c'est le président de la République qui est investi des droits d'auteur sur le folklore pour le compte du peuple<sup>22</sup> ; ces droits étant exercés par le *folklore board*. La loi ghanéenne devrait donc, pour se conformer au texte régional, être modifiée. De même, la loi soudanaise devrait faire l'objet de modifications. En effet d'après

---

<sup>17</sup> J. G. Weiner, « Protection of Folklore. A Political Challenge », *IIC*, Vol. 18, n°1, 1987, p. 56.

<sup>18</sup> Pour H. P. Sambuc : « Aucun des arguments qu'on présente usuellement comme des obstacles à [une reconnaissance de la protection du folklore et des savoirs traditionnels] ne résiste à un examen objectif [...] » (*op.cit.*, p.40). Sans être aussi catégorique, on peut en tout cas affirmer que l'impossibilité pour le droit d'auteur d'accueillir les œuvres du folklore n'est pas aussi évidente qu'on tend à le faire croire. Il s'agit plutôt d'un choix politique et culturel.

<sup>19</sup> V. par exemple la loi Béninoise, article 11 et la loi camerounaise (Loi n° 2000/011 du 19 décembre 2000 relative au droit d'auteur et aux droits voisins), article 5.1.

---

<sup>20</sup> Protocole de Swakopmund, article 18. Ce texte est à rapprocher de l'article 2 (au moins dans la version du document 17/4 cité en note 11) du projet de dispositions de l'OMPI cité *supra*.

<sup>21</sup> V. notamment A.O. Amegatcher, « La protection du folklore par le droit d'auteur. Une contradiction dans les termes », *Bulletin du droit d'auteur*, 2002, Vol. 36, n°2, p.36 ; P. Kuruk, « Le droit coutumier africain et la protection du folklore », *Bulletin du droit d'auteur* 2002, Vol. 36, n°2, p.49

<sup>22</sup> LDA - Ghana, article 4.2

la loi soudanaise, c'est l'État qui est titulaire des droits sur le « folklore national »<sup>23</sup>.

Parmi les lois des États membres de l'ARIPO, la loi du Zimbabwe permet déjà la désignation des autorités locales comme bénéficiaires de la protection. Ces communautés peuvent réserver les expressions de leurs folklores et bénéficier des revenus des exploitations qu'elles autorisent<sup>24</sup>.

Au-delà du texte spécifique sur la propriété intellectuelle, on peut considérer que la désignation des communautés ethniques comme bénéficiaires des fruits de l'exploitation des expressions de leurs folklores s'inscrit dans l'esprit de la Charte de la renaissance culturelle africaine du 24 janvier 2006 dont l'article 5 prévoit, notamment, que les États signataires « s'engagent à défendre les minorités, leurs cultures, leurs droits et leurs libertés fondamentales ». Les expressions du folklore exploitées sont parfois celles de minorités dont la culture doit, selon la charte culturelle, être défendue et protégée.

L'article 3 du protocole de Swakopmund prévoit que les États contractants doivent désigner ou établir une autorité nationale compétente pour exercer les droits de propriété intellectuelle sur le folklore. Ces autorités existent déjà dans certains États membres de l'ARIPO et ont été instituées par les lois sur le Copyright. Il s'agit, par exemple, du Conseil National des Arts en Tanzanie<sup>25</sup>, du Conseil des ministres au Mozambique<sup>26</sup> ou du *folklore Board* au Ghana<sup>27</sup>.

Les différentes options de titularité des droits sur les expressions culturelles traditionnelles sont intégrées dans les projets d'articles de l'OMPI<sup>28</sup>. On peut donc dire que la question de la titularité semble résolue, ou au moins en

voie de résolution, par les textes nationaux relatifs à la propriété littéraire ou par des textes spécifiques au niveau supranational.

## 2. La durée de la protection

La question la plus difficile concernant la protection du folklore par le droit d'auteur semble être celle de la durée de protection<sup>29</sup>. En effet, les États désirant protéger leurs folklores souhaitent une protection illimitée dans le temps<sup>30</sup>. Après diverses controverses sur la perpétuité, il est désormais universellement admis que la propriété littéraire et artistique est une propriété temporaire. Mais même de ce point de vue, l'obstacle ne paraît pas insurmontable. En effet, la perpétuité du droit d'exploitation est théoriquement possible, ainsi que l'a souligné Desbois<sup>31</sup>. À la fin de l'ancien régime, le principe d'une protection perpétuelle au profit de l'auteur et de ses descendants avait même été retenu<sup>32</sup>.

Si le principe d'une protection limitée dans le temps a été adopté c'est en fait pour prendre en compte les divers intérêts en cause<sup>33</sup>. Ainsi en France par exemple, « à partir du moment où la perpétuité est écartée, il faut bien reconnaître que le choix de la protection *post mortem* intéresse autant la dimension familiale du droit d'auteur que l'activité des exploitants et le renforcement de la position des sociétés de gestion collective »<sup>34</sup>.

Il est donc concevable que d'autres intérêts soient pris en compte et qu'ils justifient une protection perpétuelle. Sans même focaliser le débat sur la durée à la question du folklore, il est tout à fait concevable d'ajuster la durée de

<sup>23</sup> LDA - Soudan, article 7.

<sup>24</sup> LDA - Zimbabwe, articles 81 à 85.

<sup>25</sup> LDA - Tanzanie, article 29.

<sup>26</sup> LDA - Mozambique, article 31.

<sup>27</sup> LDA - Ghana, articles 63 et 64.

<sup>28</sup> Document WIPO/GRTKF/IC/27/5, Protection des Expressions culturelles traditionnelles : Projets d'articles, art.2 (voir les options proposées).

<sup>29</sup> A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Lexisnexis, 4<sup>e</sup> éd., 2012, n°564.

<sup>30</sup> Malawi (2016), art. 67.

<sup>31</sup> H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 1978, n°326.

<sup>32</sup> V. M.-C. Dock, *Etude sur le droit d'auteur*, LGDJ, 1963, p.128.

<sup>33</sup> V. F. Pollaud-Duliand, « La durée du droit d'auteur », *RIDA*, avr.1998, pp. 83 et s.

<sup>34</sup> F. Pollaud-Dulian, préc., p.95.

protection en tenant compte des intérêts à protéger. C'est en considérant cet aspect qu'un juge américain a proposé de remplacer le système actuellement en vigueur aux États-Unis par un système de protection renouvelable indéfiniment<sup>35</sup>. La propriété littéraire et artistique n'étant pas par essence limitée dans le temps, l'objection fondée sur le caractère perpétuel des expressions culturelles traditionnelles peut donc être écartée.

En tout état de cause, dans la majorité des États africains, la protection du folklore entre en fait dans le cadre de l'institution d'un domaine public payant<sup>36</sup>, même si certains textes récents semblent avoir séparé les deux questions<sup>37</sup>. Cette approche paraît compatible avec les autres règles du droit d'auteur<sup>38</sup>. Le folklore, du point de vue du droit d'auteur peut être considéré comme l'ensemble des créations qui, ne faisant plus l'objet d'un droit exclusif individuel, viennent enrichir le patrimoine culturel.

Il convient, en réalité, de faire la distinction entre les créations existantes du patrimoine culturel avant l'accession aux indépendances et les expressions qui viendront enrichir le patrimoine. Les premières sont déjà, en application de règles du droit d'auteur, dans le domaine public. D'où la difficulté théorique de leur reconnaître un droit exclusif. Ce qui n'empêche pas, même dans une vision stricte du droit d'auteur, un droit à rémunération au profit d'un titulaire qui serait une

administration ou une communauté avec un représentant clairement désigné.

On peut cependant, en s'affranchissant d'une vision rigoriste, admettre que ces créations qui ne pourront être revendiquées par un individu le seront par une communauté considérée comme dépositaire. Pour les créations « actuelles » et « à venir », on peut, comme l'a fait le législateur burkinabé, considérer qu'après la durée de *protection à titre individuel*, la création devient un « bien collectif », un bien du patrimoine culturel national<sup>39</sup>. C'est l'une des raisons pour lesquelles il ne paraît pas convaincant de considérer comme créations du Folklore les seules expressions dont les auteurs ne seraient pas connus. L'essentiel n'est pas dans le fait que l'auteur serait inconnu mais davantage dans le fait que la création en cause soit considérée comme une expression de la culture d'une communauté.

Aux termes du protocole de *Swakopmund*, le droit sur les expressions du folklore dure aussi longtemps que ladite expression répond à la définition ou aux critères prévus par le texte<sup>40</sup>. Cette disposition qui est à rapprocher de l'article 6 du projet de l'OMPI pose, d'une certaine manière, le principe d'une durée de protection indéterminée, mais pas forcément perpétuelle. La conséquence de ce principe est que lorsqu'une expression culturelle traditionnelle cesse de remplir sa fonction d'identification d'une communauté, elle cesse par définition d'être une expression culturelle traditionnelle et sa protection, au titre du protocole, doit donc prendre fin. On s'éloigne, semble-t-il, du principe de protection perpétuelle des œuvres du folklore prévu par de nombreuses lois africaines sur le droit d'auteur<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> R. A. Posner, « How Long Should a Copyright Last? », *Journal of the Copyright Society of The USA*, Vol.50, 2003, p.1.

<sup>36</sup> V. par exemple, la loi sénégalaise qui consacre la quatrième partie au Folklore et au domaine public payant (article 156 et suivants) et qui envisage dans une même disposition (article 157) l'exploitation du folklore et du domaine public payant.

<sup>37</sup> Ainsi la loi béninoise qui consacre le titre IX au Domaine public payant et le titre XV à la protection des expressions du folklore.

<sup>38</sup> La question du domaine public s'est posée dans l'histoire du droit d'auteur français par exemple et le débat n'est pas définitivement clos. V. en particulier J. Vilbois, *Du domaine public payant en matière de droit d'auteur*, Paris 1929 et A. Latil, « Le domaine public payant », *RIDA*, oct. 2014 (n°242), p.5

<sup>39</sup> Loi n°032-99 AN du 22 décembre 1999 portant protection de la propriété littéraire et artistique, article 88.

<sup>40</sup> Protocole de Swakopmund, article 21.

<sup>41</sup> Il faut néanmoins relever que le projet de l'OMPI prévoit une protection illimitée s'agissant des modifications, et des déformations portant atteinte à la réputation ou à l'image de la communauté ethnique (article 6.c). L'influence du droit d'auteur

Si dans de nombreux États africains les créations littéraires et artistiques appartenant aux folklores nationaux sont protégées par les lois sur le droit d'auteur ou par un droit *sui generis*, la mise en œuvre de cette protection n'est, pour autant, pas sans poser quelques difficultés<sup>42</sup>.

## II. Des difficultés pratiques (difficilement surmontables)

Les difficultés prévisibles qui pourraient se rencontrer dans la mise en œuvre concernent d'abord celles liées à l'exploitation légale du folklore s'agissant de la perception et de la répartition de redevances en cas d'utilisations autorisées (A). Ces difficultés concernent ensuite les sanctions des utilisations non autorisées (B).

### A. Difficulté de perception et de répartition des revenus d'exploitation

La mise en œuvre de la protection adoptée par les États africains suppose la perception et la répartition de redevances prévues par les différents textes. Sur ce point de nombreuses questions peuvent se poser dont le protocole de Swakopmund propose quelques réponses.

#### 1. Perception

Si le bénéficiaire de la protection est censé être la communauté dont est originaire l'expression culturelle traditionnelle, il ne faut pas négliger le fait que l'aire culturelle d'un grand nombre de folklores africains ne coïncide pas avec les frontières juridiques (et géographiques) des États modernes. Il peut, en effet, arriver qu'un même folklore puisse

---

(précisément de la théorie du droit moral) est évidente. Ce qui conforte l'idée d'une ombre inévitable du droit d'auteur sur l'instrument idéal recherché au niveau international. V. L.Y. Ngombé, « Brèves observations sur la protection du folklore par le droit d'auteur », *Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif*, 2004, n°4, p. 2367, spéc. p. 2383.

<sup>42</sup> V. notamment L.Y. Ngombé, « Protection of African Folklore by Copyright Law. Questions That are Raised in Practice », *Journal of The Copyright Society of The USA* 2004, Vol. 51, n°2, p.437, spéc. p. 441.

légitimement être revendiqué par des communautés présentes dans plus d'un État (lorsque la même communauté ethnique se trouve dans ces États). C'est, notamment, le cas avec les Bambaras, présents au Mali et en Guinée ou avec les Tékés présents au Gabon et dans les deux Congo. Dans de telles hypothèses se posera la question de savoir (au moins pour un utilisateur ne résidant dans aucun des États concernés) dans quel pays adresser sa demande ou régler la redevance prévue.

La question n'est pas envisagée dans les textes nationaux et ne figure pas dans la version encore en vigueur de l'Annexe VII de l'Accord de Bangui. Elle n'est pas omise par les travaux de l'OMPI car l'article 10 du projet relatif à la *Protection des expressions culturelles traditionnelles* prévoit que : « Lorsque les expressions culturelles traditionnelles sont situées sur le territoire de différentes parties contractantes/différents États membres/membres, ces dernières/ces derniers doivent/devraient collaborer pour traiter les cas d'expressions culturelles traditionnelles transfrontières ».

Le problème est abordé par le protocole de Swakopmund qui prévoit la résolution des litiges éventuels par l'ARIPO<sup>43</sup>. Cette disposition devrait faciliter les éventuelles difficultés liées à l'exploitation des folklores transnationaux. Néanmoins elle trouve sa limite dans le champ de l'application géographique du protocole. Il n'est pas exclu que certains folklores puissent légitimement être revendiqués par des communautés présentes dans un pays membre de l'ARIPO et dans un autre pays africain (hors de l'espace ARIPO).

On peut donc penser que l'efficacité du dispositif supposera non seulement l'entrée en vigueur prochaine de règles semblables au niveau de l'OAPI mais aussi que, idéalement, une instance plus large soit désignée pour résoudre les difficultés relatives aux folklores transnationaux. Les solutions adoptées par le

---

<sup>43</sup> Protocole de Swakopmund, article 22.4.

protocole de Swakopmund n'en sont pas moins satisfaisantes.

Sur ce point le protocole de Swakopmund fait référence au droit coutumier<sup>44</sup>. Le texte de l'ARIPO prévoit, en effet, qu'en cas de revendications concurrentes provenant de communautés d'États différents relativement à une expression du folklore, l'ARIPO appliquera, notamment, le droit coutumier et les mécanismes alternatifs de résolution des litiges. La solution trouve sa limite si l'objet est revendiqué par des communautés présentes d'une part dans un ou plusieurs États de l'ARIPO, et d'autre part par des communautés présentes dans un ou plusieurs États n'appartenant pas à cet espace d'intégration. *Quid* par exemple d'une création de la communauté Haoussa présente notamment au Ghana et au Soudan (deux pays de l'ARIP,) mais également au Niger et en Côte d'Ivoire (deux pays de l'OAPI).

Par ailleurs, et hors de l'espace ARIPO, on peut aussi se demander s'il n'est pas possible de considérer que les accords de représentation entre les différents organismes et sociétés de gestion collective incluent les déclarations en matière de folklore. Entre États admettant la protection du folklore par le droit d'auteur, cela pourrait être admis sans difficulté. En revanche, avec les États n'admettant pas la protection du folklore (du moins au titre de la propriété littéraire et artistique) on peut aussi prétendre que le folklore fait partie du répertoire des sociétés de gestion collective africaines gérant et administrant les droits y afférents.

Dans ce cas ne peut-on pas considérer que même dans les pays ne protégeant pas le folklore, les répertoires gérés pour les sociétés sœurs comportent aussi les œuvres du folklore ? À ce titre elles seraient habilitées à recevoir des déclarations (ainsi que les redevances) pour le compte des sociétés étrangères chargées de percevoir les redevances afférentes au folklore. Une telle solution serait une piste qui contribuerait à l'effectivité de la protection des créations du

patrimoine culturel (au moins en matière musicale). Rien n'est moins sûr.

On peut aussi se poser la question de la possibilité pour tout utilisateur de passer par l'organisme de gestion collective de son pays de résidence pour obtenir l'autorisation d'exploitation d'une création d'un patrimoine culturel d'un État tiers.

## 2. Répartition

Au-delà de la perception se pose la question de la répartition ou de la destination des redevances qui seraient perçues (si cet obstacle est franchi). On peut se demander comment répartir ces redevances lorsque les droits sur un folklore exploité pourront légitimement être réclamés par des organismes de plus d'un État au regard de la présence d'une même communauté dans l'ensemble de ces États. La nécessité d'une concertation (ou d'une instance arbitrale) pour une répartition équitable paraît évidente.

Le protocole de Swakopmund prévoit que la perception des « redevances » d'exploitation des différentes expressions du folklore relève de la compétence de l'office de l'ARIPO (agissant au nom d'un État contractant) et de l'autorité nationale compétente. La consultation de la communauté détentrice étant le principe, on peut penser que le montant de la redevance sera celui fixé par l'organisme compétent en concertation avec la communauté détentrice. Le protocole précise que l'autorisation d'exploitation ou d'utilisation doit prévoir un partage équitable des fruits provenant de l'utilisation des folklores<sup>45</sup>.

Selon le protocole de Swakopmund, les bénéfiques, monétaires ou non, issus de l'utilisation ou de l'exploitation des expressions du folklore doivent être versés directement par l'autorité compétente à la communauté concernée. On peut estimer que plusieurs lois des États membres devront être amendées sur ce point. Par exemple, dans sa rédaction actuelle, la loi tanzanienne dispose que les revenus d'exploitation du folklore sont

<sup>44</sup> Protocole de Swakopmund, article 24.3.

<sup>45</sup> Protocole de Swakopmund, article 22.3.b.

destinés à la promotion et à la sauvegarde de la culture nationale<sup>46</sup>. Sur ce point, la loi tanzanienne nécessitera donc une mise en conformité avec le texte régional.

D'une certaine manière, la disposition prévue par le protocole de Swakopmund est un prolongement de la règle qui existait déjà dans plusieurs lois africaines sur le droit d'auteur. Alors que jusqu'ici les textes nationaux privilégiaient un « bénéfice » national (et indifférent) des revenus du folklore, l'application du protocole conduira (dans les États de l'ARIPO) à une répartition plus précise des fruits d'exploitation du folklore. En effet, ce ne sera plus l'ensemble de la communauté nationale qui bénéficiera des revenus générés par le folklore d'un groupe ethnique, mais précisément le groupe ethnique « détenteur » du folklore exploité.

Dans tous les cas, se pose, principalement à l'échelle internationale, la question de la connaissance par l'utilisateur de l'origine du folklore. Mais cet élément doit-il être pris en compte pour sanctionner les utilisations ou exploitations non autorisées ?

## **B. Sanction des exploitations non autorisées**

Les lois des États africains protégeant le Folklore prévoient la liste des utilisations interdites ainsi que les sanctions encourues. Le plus difficile sera sans doute de faire respecter ces lois au-delà des frontières étatiques.

### **1. Précisions de la norme de comportement**

Selon les lois considérées et selon les cas, l'exploitation sera illégale si l'utilisateur n'a pas versé la redevance requise ou/et n'a pas obtenu l'autorisation de l'organisme compétent. Ainsi, selon les textes béninois guinéen et nigérien, une autorisation est requise pour toute utilisation commerciale ou en dehors du contexte coutumier ou

traditionnel<sup>47</sup>. Certains textes visés ne soumettent à autorisation que l'exploitation lucrative (sans évoquer l'exploitation hors du contexte traditionnel)<sup>48</sup>. En revanche, d'autres textes, tel que celui du Sénégal, prévoient que les exploitations des œuvres du Folklore sont soumises à déclaration<sup>49</sup>. D'un texte à l'autre les utilisations soumises à autorisation ou à déclaration varient. Sont généralement visées la reproduction, la communication au public, l'importation, l'exportation, la transformation et l'adaptation.

Concernant les textes régionaux, l'accord de Bangui dans sa version de 1999 prévoit le principe de la déclaration<sup>50</sup>. Quant au protocole de Swakopmund, il dispose que les États doivent prévoir des mesures contre la divulgation non autorisée des expressions du folklore et, plus généralement, l'utilisation non autorisée en dehors du contexte traditionnel.

Pour les expressions autres que les mots, signes, noms et symboles, sont interdits, selon le protocole de Swakopmund, sauf accord de la communauté détentrice, la reproduction, la radiodiffusion, la communication au public, la location, la vente, l'adaptation des expressions du folklore<sup>51</sup>. Sont aussi interdits, sauf autorisation : la mutilation, la modification, la déformation<sup>52</sup>. Sur ce point, le texte de l'ARIPO est semblable à plusieurs textes nationaux protégeant les « œuvres » ou « expressions » littéraires et artistiques du folklore. Concernant les mots, signes, noms et symboles, le protocole de Swakopmund

---

<sup>47</sup> Loi béninoise, article 80 et 81, loi guinéenne article 111 et pour le Niger, Ordonnance n°2010-95 du 23 décembre 2010 portant sur le Droit d'auteur les Droits et les expressions du patrimoine culturel traditionnel, article 74.

<sup>48</sup> Loi n°2012-038 relative à la propriété littéraire et artistique, article 140.

<sup>49</sup> Loi sénégalaise, article 157.

<sup>50</sup> Annexe VII, article 59.1.

<sup>51</sup> Il s'agit globalement des utilisations qui dans de nombreuses lois sur le droit d'auteur relèvent des actes soumis à l'autorisation de l'organe exerçant le droit d'auteur sur le folklore.

<sup>52</sup> Ce qui évoque le droit moral.

---

<sup>46</sup> LDA - Ghana, article 28.

interdit les acquisitions et les exercices de droit de propriété intellectuelle sur ces expressions qui porteraient atteinte au droit de la communauté « détentric » ou qui laisseraient faussement croire à un lien avec la communauté concernée.

Si les textes des différentes lois prévoient que l'exploitation du folklore est soumise à autorisation ou à déclaration, il est également prévu une liste d'exceptions parmi lesquelles l'utilisation à fin d'enseignement<sup>53</sup>, pour l'usage privé, pour rendre compte de l'actualité, la reproduction pour des besoins d'archivage ou pour inventaire dans la perspective de la sauvegarde du patrimoine culturel. Autant de limites et exceptions qui sont directement inspirées de la législation sur le droit d'auteur. C'est, sans doute, ce qui explique l'exigence de la mention de la source de l'expression du folklore dans la mesure du possible<sup>54</sup>.

Le protocole de Swakopmund envisage une autre question souvent posée concernant l'exploitation du folklore par les nationaux. Le texte de l'ARIPO précise, sur ce point, que les États membres peuvent prévoir des dispositions spéciales concernant l'utilisation des expressions du folklore par leurs ressortissants<sup>55</sup>. Ce qui peut donc permettre d'exonérer les nationaux de tout paiement de redevance. Certains textes nationaux sur le droit d'auteur permettent déjà une libre utilisation du folklore par les nationaux<sup>56</sup>. On dépasse ainsi l'approche purement communautaire (et on réduit ainsi le respect dû aux règles de la communauté ethnique ou tribale) pour avoir une approche nationale du folklore (ce qui est aujourd'hui le cas de la

majorité des textes africains protégeant le folklore par le droit d'auteur)<sup>57</sup>.

## 2. Difficultés d'application des sanctions

Quant aux sanctions, certains textes prévoient qu'il s'agira des mêmes sanctions que pour toute contrefaçon<sup>58</sup>, d'autres prévoient des sanctions moins sévères, limitées à une amende<sup>59</sup>. Lorsque de telles sanctions particulières sont prévues, les sanctions générales s'appliquent-elles ? On peut dans ce cas considérer que les sanctions relatives au folklore sont des sanctions spéciales qui écartent les textes généraux<sup>60</sup>. Mais il serait aussi possible, pour certains auteurs, que la sanction spécifique à l'atteinte au folklore ne vise pas une infraction distincte et n'apparaisse que comme une sanction complémentaire à la sanction principale<sup>61</sup>.

Concernant ces sanctions, on peut d'une manière générale s'interroger sur le fait de savoir si elles sont dissuasives. En effet les plafonds des amendes prévues sont souvent très bas. S'il est souhaitable de prévoir des sanctions plus dissuasives, encore faut-il qu'elles soient effectivement appliquées. Même lorsqu'un législateur optera pour des peines sévères<sup>62</sup>, la difficulté demeurera dans l'effectivité de ces sanctions. Celles-ci risquent, en l'état actuel, d'être illusoire pour

<sup>53</sup> Ordonnance nigériane, article 76.

<sup>54</sup> V. par exemple, Protocole de Swakopmund, Article 20.1 *in fine*. Rappelons que de nombreuses lois africaines sur le droit d'auteur prévoient pour tout utilisateur d'une œuvre ou d'une expression littéraire ou artistique du folklore d'en préciser l'origine.

<sup>55</sup> Protocole de Swakopmund, article 20.2.

<sup>56</sup> LDA - Zimbabwe, article 82.

<sup>57</sup> V. notamment, Laurier Yvon Ngombé, *Le Droit d'auteur en Afrique*, 2<sup>ème</sup> édition, L'Harmattan, 2009, préface A. Lucas, n° 109 et s. ; A. Lucas Schloetter, préc. ; B. Ndoye, « La Protection des expressions du folklore au Sénégal » *Bull. dr. auteur* 2000, Vol. 32 n°4, p.396 ; F. Shyllon, « Conservation, Préservation et Protection juridique du folklore en Afrique. Un tour d'horizon », *Bull. dr. auteur* 2000, Vol. 32 n°4, p. 40.

<sup>58</sup> V. par exemple, loi béninoise, article 85

<sup>59</sup> V. par exemple, loi sénégalaise article 160

<sup>60</sup> En ce sens : K. Nikiéma, *op.cit.*, pp.340 et s.

<sup>61</sup> Pour une application des sanctions générales aux contrefaçons d'œuvres du folklore, C.-J. Kingué, *La protection du droit d'auteur dans les États membres de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle*, Thèse Paris II, 1985, p. 283.

<sup>62</sup> V. par exemple Ghana, art. 46.

des exploitations au-delà des États prévoyant la protection du folklore.

Imaginons qu'une personne installée au Gabon commercialise des disques reproduisant une chanson du folklore burkinabé sur le territoire gabonais, au mépris de la loi gabonaise. On peut aisément penser que l'organisme gabonais (ou, en cas d'inertie de l'organisme gabonais, l'organisme Burkinabé) compétent pourra saisir le juge gabonais. Le Burkina Faso et le Gabon citant les œuvres folkloriques parmi les œuvres protégées, la question de savoir si l'œuvre litigieuse est protégée ne posera pas de problème quelle que soit la loi applicable.

Quant à savoir quelles seront les sanctions applicables, il est généralement admis qu'il s'agit de celles du lieu où la protection est réclamée<sup>63</sup>. Le contrefacteur se verra alors appliquer les sanctions de la loi gabonaise. On pourrait imaginer une situation similaire pour une exploitation en Afrique d'un folklore sud-américain et inversement (du moins pour les exigences communes telles que le versement d'une redevance ou l'indication de l'origine de l'œuvre du folklore)<sup>64</sup>.

Lorsqu'en revanche l'utilisation de l'œuvre du folklore aura lieu dans un État ne prévoyant pas la protection des œuvres du folklore, on peut se demander si l'organisme chargé de gérer et d'exercer les droits relatifs au folklore peut espérer obtenir la condamnation du contrefacteur. Pour simplifier, raisonnons sur le cas d'une atteinte faite sur le territoire d'un pays de l'union de Berne, le folklore considéré ayant pour origine un autre État unioniste. Il semble que la communauté ou l'État d'origine

---

<sup>63</sup> P.L.C. Torremans, « La loi applicable au droit d'auteur, quels droits sont créés et qui en est titulaire », *RIDA* avr. 2001, p.36 ; J. Huet, « Le droit applicable dans les réseaux numériques », *JDI*, 3/2002, p. 737.

<sup>64</sup> Ainsi on peut supposer, par exemple, que l'exploitation d'un dessin traditionnel bolivien sur le territoire béninois par une personne qui n'a pas versé de redevance à la Direction Bolivienne du droit d'auteur doit pouvoir être sanctionnée. Peu importe que le juge béninois applique la *lex fori* ou la loi bolivienne pour déterminer si cette exploitation est illégale.

du folklore sera, notamment, confronté à la question de la durée.

La Convention de Berne dispose que pour les œuvres anonymes (catégorie à laquelle elle semble rattacher les œuvres du folklore) ou pseudonymes la durée de la protection expire « cinquante ans après que l'œuvre a été licitement rendue accessible au public »<sup>65</sup> (soixante-dix ans dans l'annexe VII de l'accord de Bangui ainsi que dans les pays de l'Union européenne et aux États-Unis). La Convention de Berne prévoit que « dans tous les cas, la durée sera réglée par la loi du pays où la protection sera réclamée ». La protection des aspects patrimoniaux quoique prévue par les lois africaines trouverait là une limite, car les créations du folklore ne satisfont pas à la condition de la durée.

Toutefois, on peut se demander s'il n'est pas possible de faire respecter les aspects « moraux » des créations du folklore dans les hypothèses d'exploitation de ces créations à la suite de mutilation ou de déformation non autorisées par exemple. Peut-on supposer que l'organisme compétent du pays d'origine du folklore pourra agir pour demander réparation et faire cesser cette mutilation ? Pour une telle exploitation en France par exemple, le juge français saisi pourrait-il par analogie au droit moral et à sa perpétuité considérer que la protection du folklore sous cet aspect est protégeable sans limitation de durée ?

Par ailleurs serait-il possible que le juge saisi, ayant recours, ainsi que cela a été suggéré par de nombreux auteurs, à la loi du pays d'origine pour « les questions touchant au principe même du droit »<sup>66</sup>, se réfère à la loi du pays d'origine du folklore. Ainsi l'œuvre du folklore serait jugée protégeable et le juge appliquerait ensuite la procédure et les sanctions prévues par loi du pays où la

---

<sup>65</sup> Convention de Berne, article 7.3.

<sup>66</sup> J. Huet, préc., p.749. V. également G. Koumantos, « Le droit international privé et la convention de Berne », *Dr. auteur*, 1988, p.439 et s. (spéc. 445 et s.) ; J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur : essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996, n°247 ; P.L.C. Torremans, préc.

protection est réclamée<sup>67</sup>, conformément à l'article 5(2) de la convention de Berne. Cela ne paraît pas toujours évident. Pour la France par exemple, cela ne paraît pas envisageable au regard de la jurisprudence récente considérant que l'ensemble des questions relève de la loi du pays où la protection est réclamée<sup>68</sup>.

C'est sans doute vers les travaux de l'OMPI que devraient se tourner les regards pour espérer une protection effective des expressions culturelles traditionnelles des États africains. Encore faudra-t-il que le texte de l'OMPI, s'il est adopté, emporte une large adhésion des États « utilisateurs ». Ainsi, si la protection du folklore dans les textes africains peut être considérée comme un acquis qui se confirme depuis les années 1980, la protection de ces créations des patrimoines nationaux hors des frontières demeure un défi. Celui-ci ne sera relevé qu'au prix de beaucoup d'efforts. À défaut, l'épilogue se résumera, hélas, par un titre d'une œuvre du patrimoine culturel anglais dont l'auteur demeure célèbre<sup>69</sup> : « Beaucoup de bruit pour rien ».

L. Y. N.

---

<sup>67</sup> Coïncidant ici avec la *lex loci delicti*.

<sup>68</sup> Cass. civ 1<sup>ère</sup>, 10 avr. 2013, n° 11-12508, n° 11-12.509, aff. *ABC News*, *Bull civ I*, n° 68 ; *Dalloz* 2013, 1973, note M. Vivant ; *Dalloz* 2013, 2004, note Tristan Azzi ; *RTD Com.* 2013, p.285, obs F. Pollaud-Dulian ; *Dalloz* 2013, 1392, note Sylvain Chatry ; *JCP G* 2013, n°493, obs A. Lucas-Schloetter ; *JCP E* 2013, n°701, note E. Treppoz ; *Revue Lamy droit de l'immatériel* 2013, no 94, note P.-D. Cervetti ; M.-A. Ancel, « Reportages en quête d'auteur : de la loi applicable à la titularité initiale des droits sur une œuvre de l'esprit », *CCE* 2013, étude 10 ; N. Binctin, « Droit international privé et propriété littéraire et artistique - le repli français », *Cahiers de la Propriété Intellectuelle*, 2016, Vol.28, n°2, p. 325.

<sup>69</sup> William Shakespeare.



# La contrefaçon des médicaments - Présentation générale

Ampah JOHNSON-ANSAH

Enseignant-chercheur à Faculté de droit de l'Université de Lomé

*Le laxisme des autorités publiques des États africains à l'égard de la circulation des médicaments interroge l'effectivité de la lutte contre la contrefaçon de ces produits. Le paupérisme des populations est instrumentalisé par les organisations criminelles qui oeuvrent en toute impunité sur le continent. Et pourtant, s'il y avait la volonté politique, l'AMM et la sévérité du droit pénal auraient pu constituer un moyen de lutte efficace contre la prolifération de médicaments contrefaisants.*

Le 28 octobre 2016, plusieurs milliers de boîtes d'antidouleurs illicites ont été saisies par les douanes, dans un village, à la frontière sénégal-mauritanienne, pour une valeur estimée à plus de 110 000 dollars. Parmi les produits saisis figuraient 17 cartons contenant 1700 boîtes d'Effergal et 22 cartons contenant 4400 boîtes de paracétamol. Au Togo, durant l'année 2015, 63,7 tonnes de produits pharmaceutiques contrefaits ont été saisies par les services de contrôle dont, 45,9 tonnes par les douanes togolaises<sup>1</sup>.

Ces opérations de saisie, par leur importance, montrent la réalité de la contrefaçon des médicaments en Afrique. On l'estime à plus de trente pour cent de l'ensemble des médicaments vendus en Afrique contre un pour cent en Europe<sup>2</sup>. Le fléau est important et le lien avec les organisations criminelles ne fait plus de doute<sup>3</sup>. Il ne peut en être autrement lorsque le commerce des faux médicaments est devenu plus rentable que

celui de la drogue. Les chiffres sont ahurissants, l'inquiétude est grande<sup>4</sup>. C'est à raison que le thème des médicaments contrefaisants mérite un regard spécial sur le continent africain, continent des plus vulnérables et donc propice à ce nouveau commerce de la mort...

Au début de ce siècle, déjà, les médicaments ont été l'objet d'une attention justifiée avec le fameux procès de Pretoria<sup>5</sup>, symbole de la quête permanente d'équilibre entre les droits

---

<sup>1</sup> V. Tableau des données statistiques des services de douanes togolaises. En réalité ces saisies sont désormais récurrentes sur tous les continents du monde.

<sup>2</sup> H. Gaumont-Prat, « Contrefaçon et médicaments », *Propr. Industr.* 2013, n° 6, étude 6.

<sup>3</sup> Cf. par E. Przyswa, *Contrefaçon de médicaments et organisations criminelles, Rapport d'étude* de l'Institut de Recherche Anti-Contrefaçon de Médicaments (IRACM) rédigé IRACM, septembre 2013.

---

<sup>4</sup> Plus 700.000 personnes seraient tuées indirectement par les faux médicaments concernant le paludisme et la tuberculose : J. Harris, P. Stevens & J. Morris, « Keeping It Real - Protecting The World's Poor From Fake Drugs », *International Policy Network*, Mai 2009, p. 4 ; G. Fabre, « Propriété intellectuelle, santé publique et innovation pharmaceutiques » in *Propriété intellectuelle, contrefaçon et innovation*, Publications des Universités de Rouen et du Havre, 2009, p. 72. Les multinationales face à l'économie de la connaissance. Les ventes illicites de médicaments contrefaits avaient atteint 200 milliards en 2011 selon les statistiques de World Economic Forum, *Global Risks*, sixth edition, An initiative of the Risk Response Network, 2011, p. 23.

<sup>5</sup> E. Combe & E. Pfister, « Brevet et prix des médicaments dans les pays en voie de développement », *Propr. Intellect.*, 2003, p. 272 ; C. Mfuka, « Accords ADPIC et brevets pharmaceutiques - Le difficile accès des pays en développement aux médicaments antisida », *RIDE*, 2002, p. 206 ; S. Guennif et J. Chaisse, « L'économie politique du brevet au Sud : variations indiennes sur le brevet pharmaceutique », *RIDE* 2007/II, pp. 185- 210.

de propriété intellectuelle organisés autour des intérêts privés et la santé publique centrée sur l'intérêt général<sup>6</sup>. La friction entre ces droits fondamentaux a généré opportunément un accord dans lequel la santé publique a été largement prise en compte. La tension suscitée à l'époque par le procès n'était en réalité que le reflet de la pertinente question de la balance des intérêts en présence : l'intérêt général et les intérêts particuliers. Cette dernière implique parfois de trouver un « juste équilibre »<sup>7</sup> entre ces droits avant même d'évoquer la question de la contrefaçon<sup>8</sup>. Par le passé, ce juste équilibre, en amont, a permis de marquer pendant une assez longue période la spécificité des

produits pharmaceutiques en Europe avec l'interdiction de leur brevetabilité. Peu à peu, cette interdiction s'est dissipée notamment en France avec la révision de la loi sur les brevets en 1968<sup>9</sup>. Cette évolution révèle les « antagonismes existant entre les valeurs marchandes et les valeurs non marchandes, entre l'ordre social et les intérêts particuliers des inventeurs »<sup>10</sup>. Elle était déjà le signe d'un basculement du médicament dans les biens exclusivement marchands. L'Accord sur les ADPIC est venu parachever ce processus.

En aval, l'appréciation de la contrefaçon des médicaments suit le rythme fou de la mondialisation dans l'unité qu'elle imprime à l'ensemble du globe terrestre<sup>11</sup>. C'est cette même unité qui traverse la conception de la propriété intellectuelle, consciente elle-même des effets pervers de la contrefaçon. Toutefois, il ne faut pas oublier que la perversité de la contrefaçon a déjà été l'une des raisons du « changement de paradigme »<sup>12</sup> concernant la brevetabilité des médicaments. De nouveau, le paradigme s'inverse.

Un problème surgit avec la contrefaçon de médicament, car elle ne peut être considérée comme une contrefaçon ordinaire étant donné que le médicament n'est pas un produit "ordinaire". En effet, généralement, la contrefaçon est la violation ou toute atteinte portée à droit de propriété intellectuelle valablement protégée. Une telle définition appliquée au médicament cantonne ce phénomène à la reproduction ou l'imitation d'une marque authentique, mais également parfois à la copie de la molécule brevetée par

<sup>6</sup> Sur toute la question : B. Remiche (dir.), *Brevets et intérêt général*, Larcier, 2009.

<sup>7</sup> B. Remiche, « Conclusion ; Brevets pharmaceutiques entre intérêts publics et intérêts privés : un équilibre impossible ? », *RIDE* 2000/1, "Numéro spécial : brevets pharmaceutiques, innovation et santé publique", p. 197. V. aussi J.-C. Galloux, « L'exemple du marché des médicaments », in *Colloque IRPI, Propriété intellectuelle et concurrence. Pour une réconciliation*, Collection IRPI, n° 40, 2012, p. 143 : « Le marché du médicament est un marché très compétitif, dans lequel la propriété intellectuelle, notamment le droit des brevets joue un rôle essentiel ».

<sup>8</sup> C. Caron, « Droit d'auteur versus liberté d'expression : exigence d'un juste équilibre », commentaire sous Cass. Civ., 1<sup>re</sup> ch., 15 mars 2015, *CCE*, juil. 2015, n° 7 ; C. Carreau, « Santé et droits de propriété industrielle », in *Mélanges en l'honneur de G. Bonet*, préc., p. 149 ; C. Geiger, « Droit des marques et liberté d'expression : de la proportionnalité de la libre critique », *D.* 2007, p. 884 ; Y. Reboul, « L'usage de la marque d'autrui – Parodie, critique, boycott » in *Les clairs-obscur de la propriété intellectuelle*, Actes du Colloque du CUERPI du 6 décembre 2001, Paris, Transactive, 2004, préc., p. 88. Voir également J. Canlorbe, *L'usage de la marque d'autrui*, op. cit., pp. 390- 466 (Chapitre concernant « Usage économique et liberté d'expression ») ; C. Geiger, « Marques et droits fondamentaux », in *Les défis du droit des marques au 21<sup>e</sup> siècle*. Colloque en l'honneur du professeur Y. Reboul, préc., p. 163 ss ; E. Baud et S. Colombet, « La parodie de marque : vers l'érosion du caractère absolu des signes distinctifs », *D.* 1998, chr. p. 227 ; Y. Picod : « La critique sera d'autant mieux admise qu'elle ne vise pas uniquement à servir les intérêts de celui qui l'émet et s'inspire des considérations scientifiques, artistiques, morales ou de la santé publique » : note sous Civ. 2<sup>e</sup>, 19 oct. 2006, *D.* 2008, Pan. 252.

<sup>9</sup> Il s'agit principalement de l'ordonnance du 4 février 1959 va instituer un brevet spécial de médicament et de la loi du 2 janvier 1968. V. également J. Azéma, « Existe-t-il une spécificité au brevet pharmaceutique ? », *JCP G* 1990, I, 15744.

<sup>10</sup> C. Jourdain-Fortier, Santé et commerce international. Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international, Préface de Eric Loquin, Litec, 2006, p. 284.

<sup>11</sup> R. Rémond, *Regard sur le siècle*, Presses de Sciences Po, 2<sup>e</sup> éd., p. 24.

<sup>12</sup> J. Rifkin, *L'âge de l'accès*, La Découverte/Poche, éd. 2005.

les laboratoires pharmaceutiques<sup>13</sup>. Elle paraît particulièrement sèche et statique, ne prenant en compte que l'atteinte portée au droit /de propriété intellectuelle. En outre, en occultant l'aspect fondamental que constitue la santé, elle apparaît incomplète en ignorant un pan entier de la force attrayante et de la dynamique vivifiante de la substance médicamenteuse. Tout médicament contient une promesse et une espérance de vie<sup>14</sup>.

On comprend alors que cet oubli est inconcevable lorsqu'on définit le médicament, en droit togolais, par exemple, comme « une substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que tout produit pouvant être administré à l'homme ou à l'animal en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leur fonction organique »<sup>15</sup>. Voilà qui confirme la convergence du médicament vers un but qui est en soi la promesse de la santé et de la vie contre la désintégration que provoquent les maladies entraînant la mort.

Il est alors clair que la contrefaçon de médicament ne peut être appréhendée de

façon anonyme en oubliant les vertus « magiques et miraculeuses » des propriétés pharmacologiques, immunologiques ou métaboliques de ces produits<sup>16</sup>. En effet, si la contrefaçon des médicaments connaît de beaux jours, c'est surtout grâce aux propriétés des médicaments. Que ne ferait pas un être humain pour prolonger ses jours, pour avoir la santé et même pour être performant athlétiquement, intellectuellement, sexuellement... ? La contrefaçon de médicament court le risque de manquer de pertinence si elle oublie d'y intégrer ces éléments spécifiques aux produits pharmaceutiques. Le nouveau Code pénal togolais du 24 novembre 2015 rend à la contrefaçon de médicament sa vérité et sa pertinence en la définissant en son article 848, alinéa 3, aux termes duquel : « *Un produit médical est contrefait lorsqu'il y a une fausse représentation de son identité et/ou de sa source. Cela s'applique au produit, à son conditionnement ou à toute autre information concernant l'emballage ou l'étiquetage. La contrefaçon peut s'appliquer à des spécialités ou à des produits génériques. Les produits contrefaits peuvent être des produits contenant les bons ingrédients/composants ou de mauvais ingrédients/composants, pas de principe actif ou un principe actif en quantité insuffisante ou encore des produits dont le conditionnement a été falsifié* »<sup>17</sup>. C'est une extension salutaire pour la contrefaçon de médicament, car prenant en compte la dangerosité et les menaces à la santé publique d'une telle contrefaçon qui est

---

<sup>13</sup> C'est ici la définition classique de la contrefaçon : E. Przyśwa, préc.

<sup>14</sup> Ceci est d'autant plus vrai pour les médicaments essentiels considérés comme « des remèdes efficaces et sûrs contre la majorité des maladies chroniques et infectieuses dont souffrent les patients dans le monde » : G. Velásquez, « Médicaments essentiels et mondialisation », *RIDE* 2000/1, p. 37.

<sup>15</sup> Article 266 du Code togolais de la santé publique. Ce code togolais de la santé publique évoque également les notions de médicament essentiel défini comme « médicament d'une importance primordiale et qui est indispensable pour la prévention ou le traitement des maladies dominantes en vue du rétablissement de la santé » (article 267) ; médicament générique : « copie d'un médicament princeps déjà mis sur le marché, qui, tombé dans le domaine public, a les mêmes principes actifs que celui-ci et revendique la même activité pour mes mêmes indications » (article 269) ; produit pharmaceutique : « produit utilisé en médecine humaine ou animale et dont la fabrication, la détention et /ou la délivrance nécessitent des connaissances en sciences pharmaceutiques (article 274).

---

<sup>16</sup> La définition du médicament est donnée par l'article 5111-1 du Code français de la santé publique : « toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou chez l'animal ou pouvant leur être administrée, en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique... ».

<sup>17</sup> Il faut remarquer que cette définition est une reprise de celle donnée par IMPACT: *International Medicines Products Anti-counterfeiting Task force*. Son Secrétariat est assuré par l'OMS.

loin d'être ordinaire. L'on ne doute guère qu'une telle définition est bien celle des médicaments falsifiés. Ce glissement sémantique de la contrefaçon conduit étrangement à une dilution de la propriété intellectuelle et une exorbitance du droit de la santé. D'un pôle à l'autre, c'est-à-dire, de la propriété intellectuelle à la santé publique, la contrefaçon de médicament est appréhendée différemment, mais de manière complémentaire.

Le fait qu'il y ait un enjeu fondamental relativement à la vie n'a pas influé sur la question de la neutralité des produits pharmaceutiques considérés comme des produits ordinaires par la propriété intellectuelle. Cependant, le droit à la santé, en tant que droit fondamental, semble intervenir énergiquement dans la lutte contre la contrefaçon par des mesures draconiennes qui l'émancipent apparemment de la propriété intellectuelle. C'est encore l'intérêt général qui est pris en compte, mais sans risque de porter atteinte à l'intégrité de la propriété intellectuelle. C'est un nouveau principe correcteur qui se met œuvre pour endiguer le phénomène de la contrefaçon<sup>18</sup>.

En Afrique et dans le monde globalisé, on peut observer un double mouvement : d'un côté, la spécificité de la contrefaçon des médicaments paraît insuffisamment appréhendée par la propriété intellectuelle (I) ; de l'autre, le recours au droit de la santé élargit incontestablement la notion en tenant compte de la dangerosité particulière de ces produits (II).

---

<sup>18</sup> Ici, le droit de la santé s'invite à la correction des excès que peut inférer une considération purement neutre du médicament. C'est le contraire en matière de brevetabilité qui ne tient pas compte de la spécificité des produits pharmaceutiques et qui subit la loi du principe correcteur : J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit, op. cit.*, n° 87.

## **I. La spécificité de la contrefaçon de médicament imparfaitement appréhendée par la propriété intellectuelle**

La protection des droits de propriété intellectuelle dans le domaine du médicament se limite aux brevets et marques, voire aux dessins et modèles. À cet égard, il ne faut pas rester sur un pessimisme regrettable à l'égard du brevet de médicament. Si l'on reconnaît économiquement une spécificité des produits pharmaceutiques, l'on note également qu'« en ce qui concerne l'appropriation de l'invention que constitue le médicament, la propriété intellectuelle va fonctionner d'une façon neutre, c'est-à-dire pleine »<sup>19</sup>. La propriété intellectuelle en Afrique entretient, par ailleurs, un flou artistique autour du médicament (A). Sa neutralité qui le rend accessible au marché comme tout produit semble échapper de manière spécifique à la contrefaçon (B).

### **A. L'ambivalence des médicaments en droit de propriété intellectuelle dans l'espace OAPI**

La protection des médicaments par les brevets traverse de part en part la question de la circulation des médicaments contrefaisants puisque la contrefaçon n'est envisageable qu'au regard des produits valablement protégés par la propriété intellectuelle.

Tout d'abord, il est incontestable que le brevet constitue un outil de protection de la santé publique du seul fait qu'il permet grâce aux investissements des firmes pharmaceutiques d'avancer dans les innovations qui rendent possible la mise en place de solutions médicamenteuses utiles pour la lutte contre certaines pandémies. C'est ainsi que selon Mme Abello, « l'innovation requiert une double

---

<sup>19</sup> M.-A. Frison-Roche, « L'évolution conceptuelle et technique du cadre juridique européen et français relatif à la propriété intellectuelle sur les médicaments et le vivant », in M.-A. Frison-Roche et A. Abello (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 295.

présence d'idées et d'argent. L'absence de dissociation entre l'idée et l'argent n'est que la conséquence de la technicisation de la recherche scientifique (...) les chercheurs revendiquent leurs besoins de financement ; ils n'ont pas été gagnés par la fièvre de l'utilitarisme »<sup>20</sup>. La conjugaison de la nécessité de protection a fait du médicament un produit très convoité, la récompense de l'avantage concurrentiel devenant décisif dans la compétition entre les firmes. De là, on comprend l'appétence des contrefacteurs toujours à la quête de profits indus. La métamorphose du droit des brevets à l'égard des produits pharmaceutiques embrasse essentiellement les questions d'intérêts économiques<sup>21</sup>. En ce sens, les médicaments constituent des biens ordinaires, « biens marchands » en propriété intellectuelle<sup>22</sup>.

Ensuite, la brevetabilité des médicaments est marquée par le sceau d'une forte frilosité qui découle naturellement de la sempiternelle méfiance des pays en voie de développement à l'égard du brevet d'invention<sup>23</sup>. Pourtant, la

législation OAPI est nette de toute ambiguïté sur la question. Dès 1977, elle est demeurée exempte de toute exception à l'égard de la brevetabilité des médicaments. La législation de 1999, l'Accord de Bangui révisé, a admis la brevetabilité des produits pharmaceutiques sans émettre la réserve particulière faite aux pays les moins avancés de ne pas mettre en application une telle législation<sup>24</sup>. La nouvelle révision de l'Accord de Bangui vient jeter le doute sur le statut du médicament. En effet, aux termes du projet d'Accord révisé, ce n'est qu'en 2033 que les pays membres de l'OAPI, ayant obtenu le statut d'un pays émergent, seront obligés de mettre en œuvre les règles relatives à la brevetabilité des médicaments<sup>25</sup>. Mais, entre-temps, et donc avant cette date, les pays les moins avancés ne seront pas obligés de reconnaître les brevets de médicament alors que les pays en voie de développement le pourront. C'est encore un véritable imbroglio qui en dit long sur cette question sensible. Il est difficile de nier la

---

<sup>20</sup> A. Abello, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2009, p. 70 ; G. Velasquez, *Mondialisation et accès aux médicaments. Les implications de l'Accord ADPIC/OMC*, Organisation mondiale de la santé, 3<sup>e</sup> éd., 2005, p. 17 ; F. M. Scherer, « Le système des brevets et l'innovation dans le domaine pharmaceutique », *RIDE* 2000/1, p. 109 ; C. Crampes, « La recherche et la protection des innovations », *RIDE* 2000/1, p. 125. Il est particulièrement difficile de céder à l'utilitarisme lorsqu'on sait, par exemple, que les échecs coûtent absolument cher aux laboratoires de recherches. Selon Armelle Bohineust, « Johnson & Johnson passera une charge de 300 à 400 millions de dollars dans ses comptes pour solder les comptes de son dernier raté » : in « Echecs en série dans la recherche pharmaceutique : les marges des laboratoires vont se réduire d'ici 2020 » in *Le Figaro*, 14 août 2012, p. 21

<sup>21</sup> R. Dumoulin, « Les brevets et le prix des médicaments », *RIDE*, 2000/1 n° spécial, préc., p. 45-69 : l'auteur démontre que le brevet est une cause particulière de l'augmentation du prix des médicaments.

<sup>22</sup> M.-A. Frison-Roche, préc. ; M. Vivant, « Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ? », *Dalloz*, 2004, pp. 120-137.

<sup>23</sup> A. Kabinda Ngoy, « Le droit des brevets en Afrique, un corps étranger ? », in Remiche (dir.), *Brevets et*

---

*intérêt général*, Larcier, 2009, p. 250 ; V. également la critique du Professeur J.-L. Goutal, « Propriété intellectuelle et développement : la remise en cause de notre modèle », *Propr. Industr.* 2003, n° 11, , chron. 20.

<sup>24</sup> Une orientation contraire de la législation aurait donné le temps aux pays membres de favoriser l'implantation en leur sein d'usines pharmaceutiques en mettant en œuvre la technique de l'apprentissage par copiage bien connue des pays développés. Malheureusement, ils n'ont pu guère profiter de cette période d'incertitude sur le brevet des produits pharmaceutiques. « Aucune disposition unioniste n'interdisait à des pays en voie de développement de refuser la brevetabilité aux médicaments, comme l'ont fait un grand nombre de pays occidentaux, et comme l'a fait la loi française jusqu'aux années 1959 et 1960 qui avait institué dans notre pays le brevet spécial de médicaments » : Jean Foyer, « Synthèse », in *Vers une érosion des droits des brevets ? Nairobi 1981, Nairobi 1981*, Coll. IRPI, 1982, p. 78.

<sup>25</sup> Article 46 du projet d'Accord révisé relatif aux dispositions transitoires relatives aux produits pharmaceutiques : Jusqu'à la date du 1<sup>er</sup> janvier 2033 ou à la date à laquelle ils cessent d'être classés parmi les Pays les moins avancés, les États membres ayant ledit statut ne sont pas tenus d'appliquer les dispositions de l'Annexe I en ce qui concerne les brevets consistant en ou se rapportant à un produit pharmaceutique et les dispositions de l'Annexe VIII en ce qui concerne les informations confidentielles.

reconnaissance de la brevetabilité des produits pharmaceutiques par l'Accord en général. Il est aussi particulièrement intéressant de remarquer que le système de brevet des médicaments est bien apprécié dans l'espace OAPI. En effet, la plupart des brevets déposés à l'OAPI sont des brevets allochtones. En ce qui concerne les brevets déposés par les locaux, il est curieux de remarquer que ceux relatifs au secteur pharmaceutique représentent plus de 80% de dépôts relatifs essentiellement à la tradithérapie<sup>26</sup>. En outre, le projet d'Accord révisé consacre même la deuxième application thérapeutique. Ainsi, l'alinéa 3 de l'article 2 de l'Annexe I relatif à la brevetabilité de l'invention énonce que : « ... toute substance comprise dans l'état de la technique n'est exclue de la brevetabilité pour autant qu'elle fasse l'objet d'une utilisation nouvelle ». C'est là une reconnaissance légale de la seconde application thérapeutique. Cela veut dire que l'OAPI s'inscrit dans la logique de la « pérennisation des brevets pharmaceutiques »<sup>27</sup> à travers la découverte d'une nouvelle application thérapeutique sur un principe

---

<sup>26</sup> C'est complètement contradictoire avec l'analyse des détracteurs des brevets pharmaceutiques tant leur méfiance apparaît donc injustifiée au regard même de la pratique africaine de la propriété intellectuelle. Il est vraiment paradoxal d'accuser le système des brevets pharmaceutiques comme parfois étant dénué de pertinence innovatrice alors qu'il apparaît comme étant prisé dans les pays africains par les tradithérapeutes. Il faut plutôt y voir une volonté évidente des africains d'exploiter à des fins scientifiques les savoirs traditionnels et la biodiversité. On n'oubliera pas toute fois de mettre en relation la faiblesse des moyens des tradithérapeutes locaux face aux sociétés multinationales en matière d'exploitation de la biodiversité : G. Fabre, *op.cit.*, p. 81.

<sup>27</sup> C. Jourdain-Fortier, Santé et médicaments dans le commerce international. Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international, Préface de Éric LOQUIN, Litec, 2006, n° 340. L'auteur estime cette pérennisation peut être une des causes principales de l'étouffement du marché des génériques.

actif ancien déjà breveté<sup>28</sup> ; ce qui participe du renforcement du monopole des brevetés.

Enfin, à partir du moment où les produits pharmaceutiques en circulation dans l'espace OAPI sont protégés par les droits de propriété intellectuelle, on est en droit de parler de la contrefaçon de ces produits. Du reste, ces produits font régulièrement l'objet de dépôt et d'enregistrement auprès de l'OAPI. Ils font donc l'objet d'une protection en droit OAPI. Cependant, ils ne font pas l'objet d'un traitement différencié du fait de leur spécificité.

## **B. Un traitement commun réservé à la contrefaçon des médicaments par la propriété intellectuelle**

Il faut noter que les produits pharmaceutiques, par leur dangerosité, ne sont appréhendés que latéralement par la propriété intellectuelle par rapport à leur circulation et aux sanctions possibles de leur contrefaçon.

En premier lieu, on relève que la spécificité du médicament se retrouve principalement dans l'autorisation de mise sur le marché (AMM<sup>29</sup>). En réalité, qu'un produit soit breveté ou non, il peut faire l'objet de commerce. Au cas où il est breveté, il peut donc légitimement être mis sur le marché par le titulaire du droit. Il n'en est pas ainsi avec les médicaments qui doivent faire l'objet d'une autorisation administrative avant leur mise dans le commerce. Le Professeur Passa note, par ailleurs, de façon

---

<sup>28</sup> M. Vivant, « La brevetabilité de la seconde application thérapeutique », *JCP G* 1987, I, 3382. V. aussi ce qu'on appelle la technique du « evergreening » qui consiste à « déposer une demande portant sur un perfectionnement d'une inventivité douteuse peu avant l'expiration du brevet primaire. Ce procédé peut se combiner avec un détournement des procédures légales, par des manœuvres frauduleuses affectant en particulier la délivrance de certificats complémentaires de protection » : R. Kovar, « Les innovations abusives à la croisée des droits de propriété intellectuelle et de la concurrence », in *Droits de la propriété intellectuelle, Liber Amicorum Georges Bonet*, coll. IRPI, n° 36, 2010, p. 315.

<sup>29</sup> M.-A. Frison-Roche, préc.

pertinente, qu'il « n'est nullement nécessaire de détenir un brevet pour commercialiser un produit ou exploiter un procédé, même lorsque ce produit ou procédé constitue une invention »<sup>30</sup>. En revanche, en ce qui concerne une molécule à effet thérapeutique, le titulaire du brevet se trouve dans l'impossibilité d'exploiter l'invention par voie de commercialisation de médicaments tant qu'il n'a pas reçu pour ces produits une autorisation de mise sur le marché. Une telle opération se déroule en amont de la distribution des produits pharmaceutiques. Elle permet de contrôler l'efficacité du produit et d'empêcher les dangers éventuels à sa mise en circulation.

Dans les pays africains, les médicaments doivent aussi faire l'objet d'une AMM, qu'ils soient brevetés ou non. Cette subordination de la commercialisation des médicaments à une AMM est l'affirmation incontestable d'une particularité des médicaments par rapport à tout autre produit. Il faut rappeler que l'AMM traduit une quête d'efficacité, d'innocuité et de qualité du produit<sup>31</sup>. Elle est aussi un moyen de lutter contre la contrefaçon, car elle permet de contrôler la circulation des médicaments à travers une sélection stricte des centrales de distribution de médicaments<sup>32</sup>. On ne peut occulter l'évidence de la corrélation entre réglementation pharmaceutique et

développement de la contrefaçon de médicament. Dans la plupart des pays industrialisés dotés de systèmes réglementaires et de contrôles efficaces, la fermeté du droit de la santé atténue sensiblement la multiplication des médicaments contrefaisants par rapport à l'Afrique. En France, le monopole pharmaceutique qui offre un circuit de distribution sécurisé, reste une protection efficace contre la contrefaçon<sup>33</sup>. Dans les pays occidentaux, il y a une application drastique de la réglementation de distribution des produits pharmaceutiques à travers la rigueur de l'autorisation de mise sur le marché. Par l'AMM, s'opère également une sélection des fournisseurs de médicaments qui doivent directement provenir des laboratoires pharmaceutiques<sup>34</sup>. Mais il faut se rendre compte que par l'AMM, le médicament perd son statut de produit spécifique et devient un produit comme les autres. À titre d'illustration, il peut faire l'objet d'une libre circulation dans l'espace européen comme tout produit<sup>35</sup>, chaque fois qu'il est autorisé à être mis sur le marché dans le pays concerné<sup>36</sup>. Le médicament est un produit neutre, mais dont la circulation est strictement réglementée.

<sup>30</sup> J. Passa, *Droit de la propriété industrielle. Brevets et protections voisines*, t. 2, LGDJ, 2013, n° 6, p. 4.

<sup>31</sup> A. Laude, B. Mathieu et D. Tabuteau, *Droit de la santé*, PUF, 2012, p. 117.

<sup>32</sup> Article 284 du Code togolais de la santé publique : « Nonobstant une dérogation justifiée par les motifs d'urgence constatés par le Ministre de la santé, la fabrication ou l'importation de tout médicament au Togo, sa mise en vente et sa libre circulation ne sont autorisées qu'après son enregistrement à la nomenclature nationale des spécialités et des médicaments essentiels génériques ». Quant à l'article 287 du même Code, il relève que « tout fabricant désireux commercialiser sur le territoire national une spécialité pharmaceutique, un médicament générique ou un médicament éthique doit solliciter son enregistrement auprès de la commission nationale d'enregistrement des médicaments et des autres produits pharmaceutiques ».

<sup>33</sup> H. Gaumont-Prat, « Contrefaçon et médicaments », préc.

<sup>34</sup> Article 279 du Code togolais de la santé publique : « les pharmaciens bénéficient d'un monopole de compétence en ce qui concerne l'achat, la préparation, la détention, la vente en gros, la vente au détail et toute dispensation des médicaments destinés à l'usage de la médecine humaine... »

<sup>35</sup> La théorie de l'épuisement s'applique aux médicaments : C. Carreau, « Santé et droits de propriété industrielle », in *Droits de la propriété intellectuelle, Liber Amicorum Georges Bonet*, préc., p. 146 ; S. Chatry, « La neutralisation des droits de propriété industrielle : exemple des médicaments, un exemple à suivre », *Propr. Industr.* 2013, n° 3, étude 2 ; G. Bonet, « Épuisement du droit de marque, reconditionnement du produit marqué : confirmation et extrapolations » in *Mélanges offerts à J.-J. Burst, Litec*, p. 74.

<sup>36</sup> A. Laude, « Dans la tourmente du Médiateur : prescription hors AMM et responsabilité », *D.* 2011, p. 253.

Juridiquement, le marché des pays francophones africains est ordonné et lie toute commercialisation des produits pharmaceutiques à l'obtention de l'AMM. Mais c'est la difficulté d'accès aux produits pharmaceutiques qui favorise naturellement la circulation des médicaments de contrefaçon sur le continent. La vulnérabilité des populations africaines, la faiblesse de leur système de santé publique<sup>37</sup>, ajoutées à la porosité des frontières des États africains, ont offert aux médicaments de contrefaçon un terrain fertile pour les activités de véritables criminels et contrebandiers. C'est ainsi que la contrefaçon s'est banalisée au mépris des règles protégeant la circulation des médicaments contre le bien-être du consommateur médusé par un différentiel du prix trompeur<sup>38</sup>. Il importe alors de remarquer que l'AMM n'offre qu'une protection très limitée puisque dès son obtention pour un produit pharmaceutique, ce dernier est tout simplement appréhendé comme un produit ordinaire. Le tamis de l'AMM, bien qu'effectif, est insuffisant pour lutter efficacement contre la contrefaçon à cause principalement de la multiplication désordonnée des circuits parallèles illégaux de distribution de médicaments<sup>39</sup>. Ce sont parfois des hautes

---

<sup>37</sup> Une telle permissivité incompréhensible des autorités à l'égard de ce mécanisme qui favorise la prolifération des médicaments contrefaits. Le système de santé publique en Afrique est si fragilisé qu'il y a une forme d'abdication dans une véritable lutte contre la contrefaçon. La question principale est celle de l'accès aux soins de santé publique. Le défaut d'un système d'assurance entraîne un coût surélevé des médicaments pour les ménages. Le coût des médicaments est un facteur déterminant pour les consommateurs africains, car la plupart en paient eux-mêmes le prix intégral. Pour beaucoup, les produits vendus dans les pharmacies agréées sont d'un coût inabordable. D'après une étude de l'OMS et de la Health Action International (HAI), « les droits, les taxes, les marges, les coûts de distribution et les frais d'exécution d'ordonnance sont souvent élevés, de l'ordre de 30 à 40 % du prix de détail, et parfois jusqu'à 80 % ou plus ».

<sup>38</sup> Le consommateur fait le choix le plus simple entre le prix élevé pratiqué dans les officines officielles et le prix offert par les circuits parallèles de distribution.

<sup>39</sup> Il y a une incapacité des organismes de réglementation à éliminer la vente désordonnée et

personnalités de l'État qui sont impliquées dans le commerce de faux médicaments<sup>40</sup>. Dans le courant de l'année 2016 au Togo, une importante saisie de produits pharmaceutiques contrefaisants a été opérée au port autonome de Lomé. Contre toute attente, une mainlevée a été ordonnée pour que les médicaments contrefaisants soient remis sur le marché<sup>41</sup>. C'est là une pratique qui n'est que l'iceberg de "véritables criminels" qui ont pris en étau la vie de millions de populations africaines.

En second lieu, le droit de la propriété intellectuelle n'appréhende pas de manière particulière la contrefaçon des médicaments. Il n'y a aucune disposition spécifique à la protection des molécules thérapeutiques à travers les sanctions pénales ou civiles de la contrefaçon. Les mesures punitives sont demeurées dans la généralité de la notion commune de contrefaçon telle que par le législateur de l'OAPI l'a conçue. Aucune distinction particulière n'est faite entre le contrefacteur de médicament et le contrefacteur ordinaire. La propriété intellectuelle ne prend pas suffisamment en compte la particularité du médicament dans la lutte dissuasive contre la contrefaçon de ces produits. La corrélation est nette entre

---

sauvage ou encore le « commerce chaotique des médicaments » (Olike Chinwendu, dans sa thèse sur la lutte contre les faux médicaments au Nigéria). Il s'agit notamment des personnes qui vendent des médicaments sans en avoir l'autorisation, dans la rue, dans des kiosques ou sur des marchés. Finalement, on se retrouve avec parfois plus de soixante pour cent de médicaments non homologués, mais vendus dans certains États comme la Guinée ou le Nigéria : B. Fauran, « Les enjeux de la lutte contre les faux médicaments » *Cahier de la sécurité. Les dangers de la contrefaçon*, n° 15, janvier-mars 2011.

<sup>40</sup> Il est important de rappeler la suspension de l'Ordre des Pharmaciens du Bénin au mois d'avril 2018 pour deux ans suite à la découverte d'un véritable réseau de distribution de faux médicaments dont l'un des instigateurs n'est autre qu'un influent député à l'Assemblée Nationale et son épouse..

<sup>41</sup> Cette information a été relayée par les chaînes BBC et RFI, notamment dans une émission spécialement consacrée aux médicaments de contrefaçon. On peut dire que la tyrannie de la voracité a fragilisé le mécanisme de protection instauré à travers l'AMM.

l'absence de mesures punitives concrètes et la multiplication des infractions relatives à la contrefaçon des médicaments toujours sanctionnée au même titre que toutes autres infractions aux droits de propriété industrielle<sup>42</sup>.

La propriété intellectuelle ne semble pas accorder une importance spécifique à la contrefaçon de médicament qui se dissout dans les règles générales de la défense des droits intellectuels. Il apparaît indubitablement que la contrefaçon ne cerne guère la dangerosité des produits pharmaceutiques. Le droit à la santé vient élargir alors la notion de contrefaçon de médicaments en prenant sa liberté par rapport à la propriété intellectuelle.

## II. L'élargissement de la notion de contrefaçon des médicaments en droit de la santé

Le marché des produits pharmaceutiques, par sa spécificité, apparaît comme immanquablement sensible à la contrefaçon. Ainsi, les législations reconnaissent la spécificité du médicament comme un produit dangereux devant faire l'objet d'une réglementation *sui generis* quant à sa circulation. De fait, c'est naturellement que le droit à la santé s'intronise comme le premier facteur de lutte efficace contre la contrefaçon des médicaments à travers l'élargissement judicieux de la notion, désormais libérée de tout lest de propriété intellectuelle (A) et résolument tournée vers la prise en compte de la dangerosité inhérente au produit pharmaceutique. L'échec d'une distribution<sup>43</sup> qui devrait être fortement réglementée est alors pris en compte par la vitalité du droit

pénal de la santé contre la circulation des médicaments contrefaisants (B).

### A. L'autonomie de la contrefaçon des médicaments en droit de la santé

Le droit de la santé semble consacrer une notion large de la contrefaçon indépendante de toute relation avec la propriété intellectuelle. Il en est ainsi en droit togolais, mais aussi en droit français. En effet, la définition des produits contrefaits par le Code pénal togolais correspond presque exactement à celle de l'OMS<sup>44</sup> et de la directive 2011/62/UE transposée par l'ordonnance n° 2012-1427 du 19 décembre 2012 et le décret du 31 décembre 2012 en France. L'article 1 (c) de la directive 2011/62/CE précitée consacre pour la première fois une définition large des médicaments falsifiés<sup>45</sup> : « *tout médicament comportant une fausse présentation de : a) son identité, y compris de son emballage et de son étiquetage, de sa dénomination ou de sa composition s'agissant de n'importe lequel de ses composants, y compris les excipients, et du dosage de ces composants ; b) sa source, y compris de son fabricant, de son pays de fabrication, de son pays d'origine ou du titulaire de son autorisation de mise sur le marché ; ou c) son historique, y compris des enregistrements et des documents relatifs aux circuits de distribution utilisés. La présente définition n'inclut pas les défauts de qualité non intentionnels et s'entend sans préjudice des violations des droits de propriété intellectuelle* ».

Une comparaison avec l'article 848, alinéa 3, du Code pénal togolais révèle que les deux textes partagent un tronc commun scellé par deux éléments : une tromperie sur l'identité et/ou la source du médicament (fausse représentation d'identité, de source, de l'historique des produits en question) et le caractère volontaire et frauduleux (défauts non intentionnels). Cette définition, non contraignante, est plus large que celle visant les médicaments proprement dits, la contrefaçon faisant uniquement appel à une atteinte aux droits de propriété intellectuelle.

---

<sup>42</sup> *Infra.*

<sup>43</sup> A. Johnson-Ansah, « La protection du "consommateur de médicaments" en Afrique francophone subsaharienne », in S. Yawaga, *La protection du consommateur au Cameroun : principes, enjeux et perspectives*, Les éditions Le Kilimandjaro, Collection Bibliothèque de Législation et de Jurisprudence Africaines et Malgaches, 2018, pp. 155-186.

---

<sup>44</sup> C'est aussi la définition retenue par la Convention.

<sup>45</sup> H. Gaumont-Prat, préc.

Une telle liberté est principalement caractéristique de la dangerosité du médicament. Il est évident que l'objectif poursuivi ici « vise d'abord la préservation de la santé publique, avant de s'intéresser à la sauvegarde, par ailleurs légitime, d'intérêts privés »<sup>46</sup>.

La conservation des termes « médicaments contrefaits » par le législateur togolais traduit une volonté de maintenir la notion de contrefaçon en dépit de l'évidence de falsification. Ce rapprochement juridique est significatif de la manière dont le législateur veut embrasser de manière très large la notion de contrefaçon des médicaments. Cela peut aller jusqu'à qualifier de contrefaçon des médicaments qui sont tombés dans le domaine public du fait qu'ils soient tout simplement de qualité inférieure. En vérité, on ne peut plus parler de contrefaçon dès que la durée légale de protection est expirée. En rattachant les médicaments falsifiés aux médicaments contrefaits, le droit de la santé opère une assimilation qui élargit la contrefaçon à une réalité qui lui est en principe étrangère puisque l'on ne retrouve plus dans cette définition les notions cardinales de contrefaçon de la propriété intellectuelle. On y retrouve évidemment l'autre notion familière que constitue la malfaçon étant donné qu'elle est aussi dangereuse pour l'homme<sup>47</sup>.

En droit togolais, la disposition de l'article 848 doit être complétée avec la lecture de celle de l'article 849 qui incrimine : « Toute personne qui a contribué, favorisé, participé directement ou indirectement à l'introduction sur le territoire national de médicaments ou produits faisant l'objet du monopole pharmaceutique qui ne seraient pas enregistrés et autorisés à l'importation ». On voit bien que le commerce international des

médicaments est directement impliqué dans les actes facilitant la prolifération des produits médicaux contrefaisants ou non autorisés.

L'ensemble de ces dispositions contribue essentiellement au renforcement du contrôle de la totalité de la chaîne d'approvisionnement afin d'éviter les détournements grâce à un certain nombre de mesures dont l'extension de la notion de médicament falsifié, la création d'un régime de contrôle de l'activité de pharmacien, le contrôle plus strict de la qualité de fabrication de ces produits<sup>48</sup>, le développement des contrôles relatifs à la fabrication, à l'importation<sup>49</sup> et à la distribution des substances actives, incluant notamment un enregistrement spécifique des importateurs, fabricants et distributeurs, un contrôle plus strict des activités des grossistes<sup>50</sup>.

À cet égard, l'administration des douanes peut jouer un rôle important dans la lutte contre la contrefaçon<sup>51</sup>. Les médicaments contrefaisants ou falsifiés font partie des produits prohibés. Les larges pouvoirs conférés aux douaniers, s'ils sont adéquatement mis en œuvre, peuvent contribuer à lutter efficacement contre la circulation des produits médicaux contrefaisants sans aucun partenariat avec les titulaires des droits de propriété intellectuelle<sup>52</sup>. Ces pouvoirs peuvent encore

<sup>46</sup> E. Py, « Médicament : contrefaçon, malfaçon et risque », *RISEO*, 2011/1.

<sup>47</sup> E. Py, préc. *Contra* G. Fabre qui estime que « la contrefaçon et la malfaçon apparaissent clairement comme des réponses illicites à un problème majeur et global d'accès aux médicaments essentiels à des prix abordables », *op. cit.*, p. 75.

<sup>48</sup> Article 286 du Code togolais de la santé publique.

<sup>49</sup> Article 301 du Code togolais de la santé publique.

<sup>50</sup> Article 279 du Code togolais de la santé.

<sup>51</sup> En Europe, l'accent a été également mis sur l'intervention l'Administration des douanes dans la lutte contre la contrefaçon est indispensable : le mécanisme de la retenue en douane a été prévu au plan européen par le règlement (CE) n° 1383/2003 du 22 juillet 2003 et en France par la loi anti-contrefaçon : J.-C. Galloux, « Douanes, lutte anti-contrefaçon et droits fondamentaux », in *Douanes et lutte anti-contrefaçon*, Collections IRPI, n° 45, 2014, préc., p. 79..

<sup>52</sup> Le Professeur Binclin a relevé avec pertinence l'existence d'un "droit douanier de la propriété intellectuelle" : « L'idée d'un droit douanier de la propriété intellectuelle peut sembler, d'un premier abord, paradoxale » : *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2012, n° 1170, p. 823. Une telle idée peut faire converger actuellement vers un droit douanier

être plus étendus lorsque les produits médicaux contrefaisants font l'objet de contrebande<sup>53</sup> qui est un délit douanier entrant dans la catégorie des prohibitions absolues. Ce contrôle douanier doit être étendu aux laboratoires pharmaceutiques œuvrant dans les zones franches industrielles pour exiger la conformité des produits fabriqués dans ces usines à l'autorisation de mise sur le marché<sup>54</sup>. En effet, les zones franches, disséminées partout sur le continent africain, peuvent être à l'origine de la fabrication de produits médicaux contrefaisants dès lors qu'il y a un défaut de surveillance sécuritaire sur leur fonctionnement. Il est dommage que le souci de profits économiques obnubile les États africains au point de leur faire reléguer au second plan les questions primordiales de santé publique. Dans tous les cas, il n'est point illogique de soupçonner des activités souterraines de contrefaçon au sein des usines pharmaceutiques des zones franches, dès lors que certaines usines pharmaceutiques refusent tout contrôle des produits qui y sont fabriqués<sup>55</sup>.

À travers sa définition large et l'autonomie conférée à la notion, le droit de la santé a transfiguré le régime juridique de la contrefaçon des médicaments qui ne peut plus

---

spécifique à la contrefaçon des médicaments visant une meilleure protection de la santé publique.

<sup>53</sup> V. article 333 du Code togolais des douanes : « La contrebande s'entend des importations ou exportations en dehors des bureaux ou postes ainsi que de toute violation des dispositions légales ou réglementaires relatives à la détention ou au transport des marchandises à l'intérieur du territoire douanier » ; V. Article 38 du Code des douanes français.

<sup>54</sup> A. Johnson-Ansah, « La législation douanière des États membres de l'OAPI à l'épreuve de la propriété intellectuelle : l'exemple du Togo », in *Mélanges en l'honneur de l'action du Dr. Paulin Edou Edou pour l'OAPI. Regards sur la propriété intellectuelle en Afrique*, LGDJ, Collection Droit de l'OAPI, 2017, pp. 97-114.

<sup>55</sup> Au Togo, il y a deux grandes usines pharmaceutiques, l'une indienne et l'autre chinoise, installées dans la zone franche industrielle. Seule, l'une d'entre elles s'est conformée à l'exigence de l'AMM.

être semblable à celui de la propriété intellectuelle. C'est ce que révèle la sévérité des sanctions pénales relatives aux médicaments et dispositifs médicaux.

## **B. La sévérité justifiée du droit pénal à l'égard à l'égard des infractions relatives aux médicaments contrefaits**

Le Code pénal togolais marque la spécificité des sanctions relatives à la contrefaçon des médicaments en affirmant que les violations de brevets ou les litiges concernant des brevets ne sont pas assimilés à la contrefaçon des médicaments étant alors soumis aux dispositions du chapitre VI du titre III dudit code (relatives aux violations des droits de propriété intellectuelle). Cela veut dire que les dispositions spécifiques à la propriété intellectuelle ne manqueront pas d'être appliquées chaque fois ces droits sont violés. Quant aux produits médicaux, génériques ou spécialités, dès lors qu'ils ont obtenu une autorisation de mise sur le marché dans un autre État, ils ne peuvent être considérés comme des produits médicaux contrefaisants.

Une comparaison entre les sanctions pénales de la contrefaçon des médicaments et celles relatives à la propriété intellectuelle montre une grande différence entre ces infractions. En ce qui concerne les violations de droit de propriété intellectuelle, de vives critiques avaient été portées à l'encontre de l'Accord de Bangui révisé comme ne prenant pas au sérieux<sup>56</sup> la contrefaçon. Les mesures pénales étaient trop légères. Ce délit est puni d'une amende d'un million à trois millions de francs CFA (1500 euros à 4500 euros). La peine d'emprisonnement qui est de six mois à un an n'intervient qu'en cas de récidive. Le projet d'Accord révisé montre que la future législation tient compte de ces critiques et a revu la plupart des peines à la hausse. On note ainsi que le délit de contrefaçon sera désormais puni d'un emprisonnement d'un à trois ans et d'une amende de 5.000.000 à 30.000.000 francs CFA (soit 7500 à 45000

---

<sup>56</sup> M. Vivant, « Prendre la contrefaçon au sérieux », *D.* 2009, p. 1839.

euros) ou de l'une de ces deux peines seulement sans préjudice des réparations civiles. On peut aussi s'étonner du fait que le droit pénal togolais établisse des peines en matière de contrefaçon des droits de propriété industrielle dont l'uniformisation paraît totale et complète<sup>57</sup>, les États membres n'étant pas admis à légiférer dans ce domaine.

Dans tous les cas, le contrefacteur en droit de la santé s'expose à de lourdes sanctions au plan pénal. Aux termes de l'article 848 du Code pénal togolais, « Toute personne qui a contribué, favorisé, participé, directement ou indirectement, à l'introduction ou à la vente sur le territoire national de médicaments contrefaits sera puni d'une peine de vingt ans de réclusion et d'une amende de cinq millions (5.000.000) à cinquante millions (50.000.000) de francs CFA ».

C'est une peine qui tient compte de la dangerosité des produits médicaux. Toutefois, elle paraît moins lourde que celle relevant des dispositions de l'ordonnance du 19 décembre 2012 qui a intégré un nouveau chapitre I *bis* dans le Code français de la santé publique intitulé « *Médicaments falsifiés* » au Titre II du Livre IV « *Sanctions pénales et financières* ». L'article L. 5421-13 du Code de la santé publique dispose ainsi que « *la fabrication, le courtage, la distribution, la publicité, l'offre de*

*vente, la vente, l'importation, l'exportation de médicaments falsifiés [...] sont punis de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 EUR d'amende*<sup>58</sup> ». Le texte prévoit que ces peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 750 000 EUR d'amende lorsque :

- le médicament falsifié est dangereux pour la santé de l'homme ;
- ces délits ont été commis par des pharmacies d'officine titulaires de la licence ;
- ces délits ont été commis en bande organisée ;
- les délits de publicité, offre de vente ou vente de médicaments falsifiés ont été commis sur un réseau de télécommunication à destination d'un public non déterminé<sup>59</sup>.

Il faut aussi relever que l'article 849, alinéa 4, du Code pénal togolais interdit toute vente de médicaments saisis<sup>60</sup>. La même disposition se retrouve à l'article 318 du Code togolais de la santé publique : « les médicaments saisis ne peuvent être vendus. Ils sont remis aux services compétents du ministère chargé de la santé ».

Il apparaît clairement que si la contrefaçon en soi n'est pas excusable<sup>61</sup>, le lien avéré entre la contrefaçon de médicaments et les organisations criminelles ne peut qu'entraîner sa pénalisation sévère appelant une vigilance proportionnellement mesurée aux dangers de ce fléau<sup>62</sup>. C'est cette dangerosité mortifère que révèle, en vérité, le Code français de la santé publique dont la sévérité des dispositions est particulièrement exemplaire. Mais les sanctions en droit africain, notamment celles du Code pénal togolais, ne sont pas moins dissuasives si l'on tient

---

<sup>57</sup> En droit de propriété industrielle, les États membres ne sont pas admis à légiférer. L'ABR s'applique directement et en totalité. L'on a insisté sur le fait que l'uniformisation « est un cran au-dessus de l'unification. L'uniformisation postule que, pour une matière précise, soit minutieusement élaboré un cadre normatif contenu dans un instrument unique auquel les parties prenantes adhèrent sans déroger ni sur le fond, ni sur la forme » : A. Ayéwouadan, « Bref retour sur les caractères généraux du droit OHADA », *Les Mercuriales*, n° 13, janv. 2016, p. 10. C'est le contraire qui prévaut en matière de droit d'auteur : L.Y. Ngombe a évoqué l'uniformisation inachevée en droit d'auteur : « Le droit d'auteur dans les États membres de l'OAPI : une harmonisation inachevée », *Bulletin du droit d'auteur*, janvier-mars 2005, p. 9 ; G. Meyo-M'Emane, « L'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) : un exemple original de coopération multinationale en matière de propriété industrielle », in *Mélanges offerts à P. Mathély*, 1990, p. 257.

---

<sup>58</sup> Presque 250 millions de francs CFA.

<sup>59</sup> Cf. H. Gaumont-Prat, préc.

<sup>60</sup> Le 24 juin 2016 ont été incinérés tous les produits pharmaceutiques saisis au Togo par l'Administration des douanes.

<sup>61</sup> C. Le Stanc, « La contrefaçon n'est pas excusable », *Propr. Ind.*, n° 7, juillet 2012, repère 7.

<sup>62</sup> E. Przyswa, préc.

compte du niveau de vie des populations. Elles doivent contribuer au nettoyage du marché pollué par les médicaments contrefaisants. Objectivement, elles peuvent apparaître comme des circonstances aggravantes de la contrefaçon<sup>63</sup>. Il aurait été indéniablement affligeant et injustifié de laisser la contrefaçon de médicaments sans sanctions. Le traitement différencié du droit pénal togolais et du Code français de la santé publique fait sortir ce phénomène de l'abstraction juridique du droit commun de la contrefaçon pour le réprimer en tant que crime. Il est aisé de constater que les médicaments ont entraîné une bifurcation de la contrefaçon vers le domaine de santé. Le droit s'est rationnellement et justement dressé contre cette nouvelle ligne de mort.

Pour le continent africain, dans son ensemble, il serait impérieux que les actes soient en adéquation avec ce discours de fermeté. Il doit surpasser « *la schizophrénie du discours politique* »<sup>64</sup> en conjuguant l'harmonie entre le *verbe et l'action* afin que cette lutte contre la contrefaçon de médicaments puisse devenir intelligible et efficace.

## Conclusion

La contrefaçon des médicaments est devenue presque autonome par rapport à la propriété intellectuelle. L'on ne peut permettre que le droit fondamental à la santé soit pris en otage par des organisations criminelles à travers, malgré elle, le rayonnement de la propriété intellectuelle qui rejaillit sur la performance et le coût des médicaments. S'il est évident que la propriété intellectuelle n'admet pas de traitement différencié entre les produits protégés dès lors qu'ils sont mis dans le commerce, le droit à la santé peut sévir en ce qui concerne le caractère spécifique des médicaments. Dans le domaine de la santé, il y a une assimilation volontaire des termes « médicaments contrefaisants » et «

médicaments falsifiés ». Tous les deux visent le phénomène de la contrefaçon entendue dans un sens large. Juridiquement, la contrefaçon qui est toujours perçue comme toute utilisation non autorisée d'un objet protégé par un droit de propriété intellectuelle n'écarte pas forcément l'hypothèse de produits contrefaisants dangereux. Le terme de « falsification », en mettant l'accent sur les risques d'atteinte à la santé publique, permet de dépasser la simple atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Cela découle de la volonté de lutter efficacement contre le commerce sauvage et frauduleux des médicaments. Il est alors heureux de constater, et ceci dans les deux hémisphères, que l'intérêt général ne les oppose plus dans ce domaine. Au contraire, il les enjoint de converger vers un ultime objectif : la protection de la santé.

A. J.-A.

---

<sup>63</sup> E. Py, préc.

<sup>64</sup> P. Meyer, « La libre circulation des personnes et des biens dans la CEDEAO », in *Mélange en l'honneur de Cerexhe*, Larcier, préc., p. 288.



## Table ronde « Accès aux aliments » - Présentation générale

Sylvestre YAMTHIEU

Docteur en droit privé  
Attaché de Recherche et d'Enseignement à  
L'Université de Perpignan via Domitia

*La transposition du système international en Afrique montre que la propriété intellectuelle est un instrument de domination économique qui légitime le détournement des ressources naturelles africaines. Dans le secteur agricole, cela conduit les africains à produire ce qu'ils ne consomment pas et à consommer ce qu'ils ne produisent pas. Cependant, des solutions sont prévues pour y remédier. Il revient au législateur africain de les utiliser au mieux des intérêts de ses populations.*

### Introduction

Après une longue période de recul, la faim dans le monde gagne de nouveau du terrain. Dans son rapport annuel sur la sécurité alimentaire et la nutrition, L'organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) estime que le nombre de personnes sous-alimentées est passé de 777 millions de personnes, en 2015, à 815 millions, en 2016. Selon ce même rapport, un tiers de la population de l'Afrique subsaharienne souffre d'insécurité alimentaire<sup>1</sup>.

La disponibilité des ressources nécessaires à la production agricole contraste avec les pénuries alimentaires sur le continent africain qui, selon la FAO, dispose de vastes terres arables dont la superficie est estimée à environ 2 milliards et 700 millions d'hectares<sup>2</sup>. De plus, on observe la « disponibilité d'environ 101,4 millions d'hectares de sols alluviaux à haut potentiel agricole dans les vallées du Chari du Niger et du Sénégal ; des

sols volcaniques très fertiles, dont on trouve 5 millions d'hectares seulement entre le Cameroun, l'Éthiopie, le Kenya, la Tanzanie et l'Ouganda »<sup>3</sup>. En outre, plus de 60 millions d'hectares de sols argileux propices à la culture de céréales sont répertoriés au Soudan, au Tchad, en Mauritanie, en Somalie, au Burkina Faso et au Maroc. De grandes étendues de sols marécageux, favorables à la production de tubercules et de riz, se trouvent en République Démocratique du Congo (RDC), au Nigéria, en Tanzanie, au Congo, en Zambie, au Burundi, et au Rwanda<sup>4</sup>. L'Afrique est donc une partie du monde riche en ressources naturelles, mais peuplée de pauvres et d'affamés<sup>5</sup> ; ce qui lui donne l'étiquette du continent de toutes les misères<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> A. Soma, *Droit de l'homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique*, Bruylant, Bruxelles, 2010 p. 303.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> S. Brunel, « L'Afrique est-elle bien partie ? », *Les Sciences Humaines*, n° 225, avril 2011, mis à jour le 15 juin 2011, [en ligne] (consulté le 26 novembre 2012).

<sup>6</sup> A. Kabou, *Et si l'Afrique refusait le développement ?*, L'Harmattan, Paris, 2012, p. 1 et s. ; H. Akplogan-Dossa, « Famine en Afrique : le scandale continu », Qui décide des questions d'alimentation et de nutrition à l'échelle mondiale ? Les stratégies pour reprendre le contrôle, Étude menée par l'Observatoire du droit à l'alimentation et à la nutrition, 2012, Fian International, pp. 63-65, [en ligne], [www.rtf-watch.org] (consulté le 26 novembre 2012).

<sup>1</sup> FAO, *L'état de la sécurité alimentaire et de la nutrition dans le monde- Renforcer la résilience pour favoriser la paix et la sécurité alimentaire*, FAO, 2017.

<sup>2</sup> FAO, *Ressources naturelles et environnement pour l'alimentation et l'agriculture en Afrique*, Rome, 1986, p. 3 et s. v. également, R. Blein *et al.*, « Les potentialités agricoles de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) », *IRAM*, février 2008, p. 24.

La politique de la « main tendue » est humiliante<sup>7</sup> et inefficace<sup>8</sup>, même si les donateurs estiment le contraire<sup>9</sup>. Se pose alors la question de savoir si l’Afrique, à l’image des pays en développement (PED), est victime de la « malédiction des ressources ». Sinon, « comment expliquer le paradoxal hiatus qu’un continent aussi riche soit peuplé de personnes pauvres et souffrant de cruels problèmes de jouissance des prérogatives et des besoins naturels aussi élémentaires que le droit à la nourriture ? »<sup>10</sup>. La faim n’est pas un problème technique. Pas davantage une question d’ignorance ou de savoir-faire. « Elle est d’abord le résultat d’un système de production qui exclut une partie des hommes du travail et qui produit pour ceux qui ont de l’argent et le pouvoir [...] ; elle est l’envers d’un système social qui fait passer l’efficacité et la rentabilité avant les hommes »<sup>11</sup>.

Or, « pour éviter de rééditer les erreurs du passé, il convient d’abord de partir du postulat que le développement en Afrique, comme partout ailleurs, doit être pensé dans toutes ses dimensions et qu’il est vain, en tout cas dangereux, de vouloir isoler afin de le privilégier le seul aspect économique »<sup>12</sup>. Les

pays développés l’ont compris, dans la mesure où leur histoire montre que tous les systèmes qui composent le lien social ont été pris en compte par le développement économique<sup>13</sup>. En revanche, en ce qui concerne l’Afrique, « un demi-siècle après les indépendances (le continent) semble avoir tourné du miracle au mirage. Afrique « mal partie », Afrique « bloquée » ; Afrique « étranglée » [...]. L’indépendance politique proclamée n’a pas emporté (l’) indépendance juridique, ni (l’) indépendance économique, ni (l’) indépendance culturelle »<sup>14</sup>. Il y a eu plusieurs thérapies<sup>15</sup>, parmi lesquelles la « révolution verte »<sup>16</sup> et les Programmes d’ajustements structurels. (PAS)<sup>17</sup>. Pour la

---

Balate, S. Menétry (dir.), Larcier, Bruxelles, 2011, pp. 3-27.

<sup>13</sup> G. Farjat, « Réformes de droit économique et développement de l’Afrique. Conclusion ouverte », *Questions de droit économique : Les défis des États Africains*, Actes des Colloques de Bruxelles et Yaoundé, É. Balate, S. Menétry (dir.), Larcier, 2011, pp. 229-243.

<sup>14</sup> F. Sohaily Acka, « Le principe d’accompagnement social et environnemental de l’économie dans le droit des États d’Afrique », *Questions de droit économique : Les défis des États Africains*, op. cit., pp. 49-75.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> La « révolution verte » est une politique de transformation de l’agriculture dans les PED, fondée sur l’intensification et l’utilisation des semences améliorées. Ces politiques, conçues par les instances internationales telles que la FAO, n’ont pas permis d’éradiquer la faim dans les PED, notamment en Afrique. Sur l’échec de ces politiques, (v. GRAIN, *La révolution verte en Afrique - les enjeux et les pièges*, éd. Ruisseaux d’Afrique, 2008.

<sup>17</sup> Parmi les solutions proposées à l’Afrique pour sortir du sous-développement, figurent en bonne place les Programmes d’Ajustement Structurel (PAS). En effet, à la fin des années 1970 et au début des années 1980, pour inviter les États africains à payer leurs dettes, le FMI et la Banque mondiale ont imposé à ces États des politiques économiques en déphasage avec leurs réalités locales. Sur leur fondement, les États africains devaient alors se désengager de plusieurs activités pour se concentrer sur les missions dites « essentielles » à savoir l’économie, la défense, la santé, l’éducation et la diplomatie (v. M. Mohamed Sameh, Rapport introductif, *Questions de droit économique : Les défis des États Africains*, Actes des Colloques de Bruxelles et Yaoundé, É. Balate, S.

---

<sup>7</sup> E. Njoh Mouelle, *De la médiocrité à l’excellence - Essai sur la signification humaine du développement*, éd. CLE, Yaoundé, 1998, p. 11 et s.

<sup>8</sup> PNUD, Rapport sur le développement humain en Afrique, vers une sécurité alimentaire durable, 2012, [en ligne], [www.undp.org] (consulté le 5 décembre 2012) ; L. Menacer, « L’aide alimentaire : un piège », *La Tribune*, 28 mai 2012, [en ligne], [www.latribune-online.com] (consulté le 26 novembre 2012) ; M. Mellen, « À qui profite l’aide alimentaire ? », GRAIN, 24 avril 2003, [en ligne], [www.grain.org] (consulté le 26 novembre 2012).

<sup>9</sup> Cour Des Comptes Européenne, L’efficacité de l’aide au développement octroyée par l’Union Européenne en matière de sécurité alimentaire en Afrique subsaharienne, Rapport spécial n° 1, 2012, [en ligne], [www.europarl.europa.eu] (consulté le 26 novembre 2012).

<sup>10</sup> A. Soma, *Droit de l’homme à l’alimentation et sécurité alimentaire en Afrique*, op. cit., p. 300.

<sup>11</sup> F. De Ravignan, *La faim, pourquoi ? La découverte*, Paris, 2009, p. 13.

<sup>12</sup> M. Mohamed Sameh, Rapport introductif, *Questions de droit économique : Les défis des États Africains*, Actes des Colloques de Bruxelles et Yaoundé (2010), É.

plupart, elles ont été inadaptées<sup>18</sup> à cause des diagnostics erronés<sup>19</sup>, et le mal, loin de s'estomper, s'est aggravé<sup>20</sup>. Ainsi, dans le secteur agricole, les pays africains « produisent ce qu'ils ne consomment pas et consomment ce qu'ils ne produisent pas »<sup>21</sup>.

Devant un tel schéma, on se demande si le droit de la propriété industrielle, notamment le brevet sur les gènes et le certificat d'obtention végétale (COV) sur les variétés végétales contribue à entretenir le système ou s'il constitue une solution aux difficultés d'accès aux ressources nécessaires à la production agricole des aliments. Avant d'examiner une telle question, il importe de relever que la protection de la propriété industrielle en Afrique, présente plusieurs visages dans la mesure où, sur le continent, il existe plusieurs offices de propriété intellectuelle qui, au fond, ont été construits sur les cendres de la colonisation<sup>22</sup>. Ainsi,

---

Menétry (sous dir.), *op. cit.*, pp. 3-27). La sécurité alimentaire n'était pas inscrite parmi les priorités. À cause de ces programmes, les agriculteurs africains ont été ainsi abandonnés à eux-mêmes quand, dans le même temps, en Europe et aux États-Unis, leurs homologues bénéficiaient de subventions (v. A. Pontvianne, « L'agriculture à l'OMC: libéralisation, développement et souveraineté », [en ligne], [www.insee.fr] (consulté le 27 novembre 2012).

<sup>18</sup> G. Austin, « Développement économique et legs coloniaux en Afrique », *International Development Policy/ Revue de politique de développement*, n° 1, 2010, Dossier : Afrique, 50 ans d'indépendance, pp. 11-36.

<sup>19</sup> A. Kabou, Et si l'Afrique refusait le développement ?, *op. cit.*, p. 39.

<sup>20</sup> H. Akplogan-Dossa, « Famine en Afrique: le scandale continu », *Qui décide des questions d'alimentation et de nutrition à l'échelle mondiale ? Les stratégies pour reprendre le contrôle*, Étude menée par l'Observatoire du droit à l'alimentation et à la nutrition, 2012, S. Oenema *et al.*, (dir.), pp. 63-65, [en ligne], [www.rtfn-watch.org] (consulté le 24 octobre 2012).

<sup>21</sup> O. Bain mis en ligne par J. M. Liotier, « L'agriculture à l'aube des indépendances », [en ligne], [http://afriquepluriel.ruwenzori.net/agriculture.htm] (consulté le 27 novembre 2012).

<sup>22</sup> C. Deere, *La mise en application de l'Accord sur les ADPIC en Afrique francophone*, Oxford University College, Working Paper n° 3, janvier 2009, p. 7, [en ligne], [www.globaleconomicgovernance.org] (consulté le 25 décembre 2012); C. D. Djomga, *La*

l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI)<sup>23</sup> a été mise en place par les anciennes colonies françaises et les pays qui ont été sous la tutelle de la France. En revanche, certains pays qui ont été sous l'influence britannique sont réunis au sein de l'*African Regional Industrial Property Organization (ARIPO)*<sup>24</sup>.

Contrairement au système OAPI dont les Annexes de l'Accord de Bangui Révisé (ABR) constituent un droit supranational pour les États-Membres, le système de l'ARIPO complète les systèmes nationaux de propriété intellectuelle de ses membres. Ainsi, les titres de protection peuvent être nationaux ou régionaux<sup>25</sup>. À côté de ces deux offices sous-régionaux, certains États ont mis en place des systèmes nationaux de propriété intellectuelle. C'est le cas des pays de l'Afrique du Nord (Maroc, Algérie, Tunisie...), du Nigeria et de l'Afrique du Sud entre autres. Si ces démarches sous régionales et nationales traduisent l'absence d'une politique de propriété intellectuelle à l'échelle de l'Union Africaine (UA), la transposition des accords

---

*procédure d'opposition à l'enregistrement des marques dans l'espace OAPI*, PUL, Douala, 2006, pp. 11-12.

<sup>23</sup> L'OAPI qui a été créée par l'Accord de Bangui de 1977 est née sous les cendres de l'Office Africain et Malgache de la Propriété Industrielle (OAMPI) suite au retrait de Madagascar. Elle est composée de 15 États membres: le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafricaine, le Congo (Brazzaville), la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, le Mali, la Mauritanie, le Niger, le Sénégal, le Tchad, le Togo.

<sup>24</sup> L'ARIPO a été institué par l'Accord de Lusaka du 9 décembre 1976. Cet Accord qui est entré en vigueur le 15 février 1978 a été modifié plusieurs fois (1982, 1986, 1996, 2004). Au 30 novembre 2012, cette organisation est composée de 18 membres: le Botswana, la Gambie, le Ghana, le Kenya, le Lesotho, le Libéria, le Malawi, le

Mozambique, la Namibie, l'Ouganda, le Rwanda, la Sierra Leone, la Somalie, le Soudan, le Swaziland, la Tanzanie, la Zambie et le Zimbabwe.

<sup>25</sup> Sur les différences entre l'OAPI et l'ARIPO, v. P. Boulet, « Le rôle de l'OAPI et de l'ARIPO dans l'octroi des brevets en Afrique », *Comment préserver l'accès aux médicaments - Innovation pharmaceutique et santé publique*, C. Correa, G. Velásquez, (dir.), L'Harmattan, Paris, 2010, pp. 35-49.

internationaux en Afrique, comme dans la plupart des PED, aboutit presque à un même résultat : l'inadaptation du système reçu des conventions internationales aux réalités locales. En effet, qu'il s'agisse de l'Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC), de la Convention de l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV) ou des accords bilatéraux, le brevet retenu comme le mécanisme de réservation des micro-organismes et le certificat d'obtention végétale (COV) mis en avant comme la technique de protection des variétés végétales, ne semblent pas adaptés au contexte socio-culturel et environnemental des pays africains. Pour s'en convaincre, il serait utile de tenter un diagnostic de la propriété industrielle dans le secteur agricole en Afrique (I), avant de proposer une thérapie ; laquelle représente un défi (II).

## I. Le Diagnostic : l'inadaptation du système actuel à la réalisation de la sécurité alimentaire en Afrique

L'article 27§3 (b) de l'accord sur les ADPIC donne la possibilité aux États de prévoir la protection des variétés végétales par le brevet, par un système *sui generis* ou par la combinaison de ces deux moyens. Seulement, l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) présentent le système UPOV comme la seule alternative « efficace » au brevet ; même si une telle démarche est discutée. En effet, qu'il s'agisse du brevet issu de l'accord sur les ADPIC ou du certificat d'obtention végétale promu par l'UPOV, les critères de protection retenus sont tantôt insuffisants, tantôt inadaptés aux réalités locales. Cela conduit au détournement des ressources matérielles et immatérielles africaines (A) et à la monoculture (B).

## A. Le détournement des ressources africaines inhérent à l'insuffisance des critères de protection

De manière classique, la brevetabilité d'une invention est soumise à trois conditions, à savoir : la nouveauté, l'activité inventive (inventivité) et l'application industrielle. Ces critères, qui constituent les conditions positives de brevetabilité, se superposent aux conditions négatives : la non-appropriation préalable, la non-conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs et la non-appartenance à une catégorie exclue par le législateur. Dans le principe, l'objectif de ces critères, initialement conçus pour les matières inertes, est d'éviter la délivrance de brevets triviaux. Or, on observe la violation de ces critères par les offices de brevets, notamment lorsque l'objet de la demande de brevet porte sur une matière vivante<sup>26</sup>. Cela aboutit à la biopiraterie des ressources naturelles comme le montrent les exemples de brevets sur le gène sucré de la *thaumatococcus*<sup>27</sup> et sur celui de la *brazzeline*<sup>28</sup>. Ces brevets ont été délivrés sans que les critères de nouveauté et de l'activité inventive n'aient été remplis. Cela remet sur le devant de la scène la nécessité de renforcer les conditions et la procédure de délivrance des brevets.

## B. La monoculture entraînée par l'inadaptation des critères UPOV de protection des variétés végétales

Le système UPOV prévoit quatre critères de protection des obtentions végétales : la nouveauté, la distinction, l'homogénéité et la stabilité (contrôle DHS) auxquelles s'ajoute la dénomination variétale. Les pays africains qui ont transposé ce modèle dans leur ordre interne ont repris ces critères de protection.

---

<sup>26</sup> La violation des critères de brevetabilité aboutit à la délivrance des brevets triviaux, v. S. Yamthieu, *Accès aux aliments et droit de la propriété industrielle*, Larcier, Bruxelles 2014.

<sup>27</sup> PCT/GB2012/000039.

<sup>28</sup> US 5,527,555 ; US 5,326,580 ; US 5,346,998 ; US 5,741,537 détenus par l'Université du Wisconsin (USA). Voir aussi EP 684 995.

C'est le cas des États membres de l'OAPI<sup>29</sup>. L'exigence de l'homogénéité et de la stabilité permettrait de mesurer le travail d'amélioration des plantes. Toutefois, la stabilité et l'homogénéité exigées au Nord ne sauraient être les mêmes au Sud où la nature des sols, le climat et les méthodes de sélection sont différents. Par exemple, les variétés paysannes qui représentent encore l'essentiel de la production agricole des denrées alimentaires en Afrique ne répondent pas aux exigences du système UPOV. Cela s'explique par le fait que ce système n'est pas orienté vers la sécurité alimentaire.

Pour s'en convaincre, il serait intéressant de tenter un bilan de la transposition du système UPOV dans les États membres de l'OAPI ainsi qu'au Kenya. Dans le cas de l'OAPI, au 1<sup>er</sup> janvier 2017, l'OAPI a délivré 115 COV. Parmi ces titres, 22 portent sur des variétés de coton ; 16 sur du riz ; 14 sur du Sorgho ; 9 sur du mil ; 8 sur *Niebe* (variété de haricot blanc) ; 4 sur de l'arachide ; 2 sur la patate douce. Si ce premier bilan montre qu'il serait hâtif de tirer les premières conclusions de la transposition du système UPOV en Afrique centrale et occidentale, il reste néanmoins que la primauté du nombre de titres sur le coton invite à se demander si le système n'est pas plus favorable à la promotion des cultures de rente. Pour ce qui concerne le Kenya, en 2002, afin de se conformer au système UPOV de 1991, le législateur kenyan a modifié sa loi de 1972 relative à la protection des variétés végétales<sup>30</sup>.

Avant cette modification, sous la version 1978 de l'UPOV, aucune demande de protection des variétés végétales ne portait sur une culture de consommation de base jusqu'en mai 1999. En réalité, « presque toutes (les demandes) ont visé des cultures commerciales : plantes ornementales, canne à sucre, café et orge pour les brasseries industrielles. Un certificat d'obtention végétale a été délivré

pour une variété de haricot vert - que le Kenya cultive pour le marché européen »<sup>31</sup>. En effet, le système kenyan de protection des obtentions végétales est reconnu pour les belles fleurs qu'il produit et non pour avoir favorisé la sécurité alimentaire des populations kenyanes. Plus de la moitié (52 %) des variétés protégées au Kenya sont des plantes ornementales<sup>32</sup>. En 2014, près de 125.000 tonnes de fleurs produites au Kenya ont été exportées vers l'Europe. Si l'exportation de ces fleurs est une source de revenus, il reste néanmoins que leur culture, favorisée par les critères de protection retenus par le système UPOV, occupe des espaces de terres et requiert des quantités d'eau qui sont pourtant indispensables à la production agricole des denrées alimentaires. On pourrait alors y voir une nouvelle forme d'accaparement des terres en Afrique

## II. Le défi : l'orientation du système de propriété intellectuelle vers la sécurité alimentaire en Afrique

Il a déjà été rappelé que le système de brevet actuel aboutit au détournement des ressources matérielles et immatérielles de l'Afrique. Parallèlement, la mine d'or promise par l'UPOV aux pays en développement n'a pas tenu la promesse des fleurs dans la mesure où le système mis en place n'oriente pas la sélection des plantes vers la diversité agricole et plus largement vers la sécurité alimentaire. Par conséquent, le défi du système de propriété intellectuelle en Afrique consiste,

<sup>31</sup> GRAIN, « La protection des obtentions végétales pour nourrir l'Afrique ? Rhétorique contre réalité », décembre 1999 [en ligne], [www.grain.org] (consulté le 26 novembre 2012).

<sup>32</sup> R. Jödens, « Les avantages de la protection des variétés végétales », *OMPI*, juin 2010 [en ligne] [www.wipo.int]. Au moment de la rédaction de ce document, l'auteur était Directeur général adjoint de l'UPOV. L'incidence du système UPOV sur le secteur horticole au Kenya est confirmée dans une étude réalisée par l'UPOV sur l'impact de l'application de ce système ; v. UPOV, « The Report on the impact of plant variety protection », 2005 [en ligne], [www.upov.int] (consulté le 26 novembre 2012).

<sup>29</sup> V. Art. 4 de l'Annexe X de l'Accord de Bangui Révisé (ABR).

<sup>30</sup> V. Kenya, *The Seeds and Plant Varieties Act, 1972*, (as Amended in 2002), *PVP Gazette*, n° 94, décembre 2002.

d'une part, à dépasser le système UPOV de protection des variétés végétales (A). En outre, il est nécessaire de réviser le système de brevet issu de l'Accord sur les ADPIC (B).

### A. Le dépassement du système UPOV de protection des variétés végétales

Sur le fondement de l'article 27§3 (b) de l'Accord sur les ADPIC, l'Afrique, à l'exemple de plusieurs PED, a élaboré la législation modèle africaine pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des obtenteurs et pour les règles d'accès aux ressources biologiques, dite Loi Modèle Africaine. Elle a été adoptée en 1999 par l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA devenue Union Africaine -UA-) à la suite d'une directive donnée par son Conseil des Ministres en 1998. Cette législation constitue, d'abord, la réception africaine de la Convention sur la Diversité Biologique (CDB). Ensuite, elle est une réponse à l'Accord sur les ADPIC. Elle pose la sécurité alimentaire comme l'un de ses objectifs et se distingue ainsi du système UPOV sur deux points au moins. Il s'agit de la diversification des régimes de protection et de la prise en compte des droits des communautés locales et d'agriculteurs. Cependant, ce texte, qui n'est qu'une simple directive, sans aucune valeur contraignante, est resté presque lettre morte. En réalité, il n'a pas inspiré l'élaboration des systèmes nationaux ou communautaires de protection des variétés végétales et des ressources génétiques.

Une piste consisterait à remettre ce texte sur la table, car « il arrive souvent que la loi prenne dans sa vieillesse une beauté qu'elle n'avait pas dans sa jeunesse »<sup>33</sup>, tels les vieillards dont l'âge a corrigé l'aspect disgracieux de l'adolescence ; loin d'empêcher les améliorations utiles, l'ancienneté des lois les favorise. Ainsi, « il est facile de réparer un vieil édifice si les murs sont assez solides pour que les travaux de réfection ne les ébranlent

pas »<sup>34</sup>. Il s'agirait alors de redonner aux initiatives de modèles *sui generis*, notamment à la loi modèle africaine, toute la place qu'elles n'auraient jamais dû perdre.

À côté de la loi modèle africaine, deux autres systèmes constituent des alternatives "efficaces" à l'UPOV et pourraient inspirer le législateur dans les pays africains. Il s'agit notamment du modèle indien<sup>35</sup> et du modèle thaïlandais<sup>36</sup> de protection des variétés végétales. Ces systèmes, caractérisés par la diversification des régimes de protection, protègent la biodiversité et assurent un équilibre entre la légitimité de la propriété intellectuelle et la nécessité de la sécurité alimentaire.

Si l'élaboration de modèles alternatifs n'est pas une panacée, une autre démarche consisterait à construire des systèmes complémentaires à l'UPOV. L'idée consiste à élaborer, à côté du système UPOV, un système de protection des variétés locales qui ne répondent pas nécessairement au contrôle DHS posé par l'UPOV mais qui sont pourtant nécessaires à l'alimentation et aux économies locales. Ainsi, dans le contexte OAPI, on aurait une Annexe X de l'Accord de Bangui Révisé (ABR) subdivisée en deux sous parties, l'une (l'actuelle) qui correspond aux engagements internationaux des États membres, l'autre qui prendrait en compte la variabilité de l'espèce végétale.

Au-delà de cette piste, des mesures pourraient et devraient être explorées pour neutraliser les clauses visant à interdire la réutilisation des semences et les pratiques visant à la stérilisation de celles-ci. En droit comparé, de telles mesures sont d'ailleurs envisagées par les législateurs suisse, indien et pakistanais. En effet, la loi suisse, actuellement en vigueur,

---

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> V. *The Protection Plant varieties and Farmers's Rights Act (2001)*, in *The Gazette of India*, n° DL33004/2001. Cette loi est disponible en ligne sur le site de l'OMPI, Collection de lois accessibles en ligne, [www.wipo.int].

<sup>36</sup> V. *The Plant Varieties Protection Act*, B.E. 2542 (1999), in *Government Gazette*, vol. 116, Part 118a, 25 novembre 1999.

---

<sup>33</sup> G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris, 1955 n° 7, p. 22.

prévoit que « tout accord qui restreint ou annule les exceptions au droit des variétés (végétales) [...] est nul »<sup>37</sup>. Quant au législateur indien, conscient du fait que les semences représentent un défi socio-économique pour l'Inde, il a introduit une interdiction stricte de la stérilisation des semences pour les variétés alimentaires de base<sup>38</sup>. Le législateur pakistanais va dans le même sens lorsqu'il interdit la protection des semences de type *terminator*<sup>39</sup>, c'est-à-dire de celles qui produisent des graines stériles à la seconde génération. La démarche de ces législateurs devrait inspirer leurs homologues africains.

En définitive, la réalisation de la sécurité alimentaire par le système de propriété industrielle passe par la pluralité des régimes de protection qui devrait tenir compte des différences socioculturelles à travers les frontières ainsi que des différentes destinations des plantes. En effet, les variétés végétales ont des fonctions sociales distinctes dont il faut tenir compte pour organiser leur protection. La prise en compte de ces spécificités passe également par une nécessaire révision du système de brevet tel que conçu par l'Accord sur les ADPIC.

## B. La nécessaire révision du système de brevet reçu de l'Accord sur les ADPIC

La transposition du régime actuel de brevet en Afrique montre que la propriété intellectuelle est un instrument de domination économique qui légitime le détournement des ressources

matérielles et immatérielles de l'Afrique<sup>40</sup>. Pour y remédier, il est nécessaire de réviser le système de brevet tel que reçu du droit international. Parmi les pistes envisageables figurent en bonne place le durcissement des conditions de brevetabilité et l'exploitation locale du brevet.

Deux pistes peuvent être envisagées pour durcir les conditions de brevetabilité. Parmi celles-ci, l'une relève de la forme alors que l'autre a trait au fond.

Dans la première hypothèse, le *peer to patent* (la participation du public à l'examen de la demande de brevet), pourrait inspirer le législateur africain. Le *peer to patent*, encore désigné système d'observation par les tiers, est un modèle créé en 2007 par la *Community Patent* de l'*Institute for Information Law Policy* à la *New York School* en partenariat avec l'office américain de brevets (*USPTO*)<sup>41</sup>. Ce système vise à créer une communauté publique d'examineurs de brevets et consiste à faire participer le public (*third party*) à la procédure d'examen des brevets. Il s'agit, lors de l'étude d'une demande de brevet, d'éclairer les examinateurs en leur fournissant des informations sur l'état antérieur de la technique. L'objectif est d'améliorer la qualité de la recherche internationale, en s'assurant que l'examineur de la demande de brevet soit informé de l'état antérieur de la technique.

La consécration d'une telle participation constituerait une avancée dans la protection des ressources naturelles et des savoirs traditionnels, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas toujours répertoriés par écrit, chose qui rend difficile la connaissance de l'état de la technique. Le système permettrait ainsi d'améliorer la qualité de l'examen des brevets et d'endiguer la délivrance de brevets triviaux.

---

<sup>37</sup> v. Loi fédérale (Suisse) du 20 mars 1975 sur la protection des obtentions végétales (art. 8). Ce texte est disponible en ligne, [[www.admin.ch/ch/f/rs/232\\_14/index.html](http://www.admin.ch/ch/f/rs/232_14/index.html)] (consulté le 26 novembre 2012).

<sup>38</sup> Ph. Cullet, « Sécurité alimentaire et droits de propriété intellectuelle dans les pays en développement », Centre de Recherche en droit international de l'environnement, p. 30 [en ligne], [[www.ielrc.org](http://www.ielrc.org)] (consulté le 26 novembre 2012).

<sup>39</sup> v. art. 6 (a) du *Plant Breeders' Rights Ordinance*, 2000, OMPI, Collection de lois accessible en ligne, [[www.wipo.int](http://www.wipo.int)].

---

<sup>40</sup> C. Henry, « Propriété intellectuelle et développement ou comment imposer au monde un système pervers », *Revue d'Economie du Développement*, n°3, 2004, vol. 12, p. 121-144.

<sup>41</sup> C. Saez, « "Peer to patent" pourrait servir de modèle pour les offices de brevets », [en ligne], [[www.ip-watch.org](http://www.ip-watch.org)] (consulté le 26 novembre 2012).

Dans la seconde hypothèse, le critère de fond consisterait à prévoir la divulgation de l'origine géographique de la ressource génétique. Une telle exigence a d'abord pour conséquence la transparence de la gestion et de l'exploitation des ressources génétiques. Ensuite, elle permet d'assurer le partage des avantages découlant de l'exploitation de cette ressource tels que le préconisent la Convention sur la Diversité Biologique (CDB) et le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques.

En outre, il serait nécessaire de revenir à l'exploitation locale des droits. En effet, dans la Convention d'Union de Paris (CUP), l'exploitation du brevet suppose son exploitation industrielle, c'est-à-dire la fabrication du produit breveté ou l'application industrielle du procédé breveté. Ainsi, l'importation ou la vente de l'objet breveté ou de l'objet fabriqué par un procédé breveté ne sera normalement pas considérée comme une "exploitation" du brevet<sup>42</sup>. Par conséquent, lorsque la fabrication du produit breveté n'est pas faite localement, une licence pour défaut d'exploitation peut être concédée à des tiers. Cette mesure avait été reprise par le législateur OAPI dans son texte antérieur à l'Accord sur les ADPIC, à savoir l'Accord de Bangui du 2 mars 1977. Cependant, ce législateur a révisé ce texte le 24 février 1999 pour s'arrimer à l'Accord sur les ADPIC dont l'article 27§1 assimile l'importation à l'exploitation des droits. Depuis cette date, il est possible d'enregistrer son brevet à l'OAPI sans être obligé de produire l'objet de l'invention dans un de ses dix-sept États membres.

Or, le droit de la propriété industrielle, comme les autres branches de la propriété intellectuelle, est un instrument au service des valeurs et des objectifs. C'est ainsi que les pays aujourd'hui développés adaptent, au fil des générations, les règles de propriété industrielle à leurs préoccupations socio-

économiques et culturelles. Alors que la France entendait par exploitation celle qui était effectuée localement, les États-Unis se distinguaient par l'inégalité des traitements entre les nationaux et les étrangers sur leur territoire.

Le principal avantage de l'exploitation locale des droits intellectuels est le transfert de technologies. Ce transfert est nécessaire pour l'Afrique pour deux raisons au moins :

D'abord, le brevet comme la plupart des droits intellectuels est limité dans la durée. Ce délai est de 20 ans. Concrètement cela signifie qu'au bout de cette durée le brevet entre dans le domaine public et par conséquent il est libre d'exploitation. Or, dans le cas de l'Afrique, les titulaires de brevets continuent d'exercer le monopole au-delà de 20 ans parce que les entreprises locales sont incapables de fabriquer le produit ou de mettre en œuvre le procédé breveté.

Ensuite, des études montrent que la grande majorité des brevets, notamment dans le domaine des biotechnologies, ne sont pas enregistrés en Afrique<sup>43</sup>. Par conséquent ils n'y sont pas opposables. Cela implique que des entreprises sur le continent ont la possibilité d'exploiter (localement) ces brevets sans être poursuivies pour contrefaçon. Cela conduit à aborder la question des conséquences de la propriété intellectuelle en Afrique avec circonspection.

Se pose alors la question de savoir comment le législateur dans les États africains pourrait réintroduire l'exploitation locale des droits intellectuels dans leurs systèmes de brevet.

L'article 5 (A) de la Convention d'Union de Paris (CUP), dont la validité n'est pas remise en cause par l'adoption de l'Accord sur les ADPIC, est un argument sur lequel les États africains pourraient se fonder. Aux termes du paragraphe 2 de cet article, « chacun des pays de l'Union aura la faculté de prendre des mesures législatives prévoyant la concession de licences obligatoires, pour prévenir les

---

<sup>42</sup> G. H. C. Bodenhausen, « Guide to the application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property As revised at Stockholm in 1967 », OMPI, Genève, 1968.

---

<sup>43</sup> V. G. Henry et al, *Développement durable et propriété intellectuelle, l'accès aux technologies dans les pays émergents*, INPI, 2015.

abus qui pourraient résulter de l'exercice du droit exclusif conféré par le brevet, par exemple une faute d'exploitation ». Cette faute qui est considérée comme un abus est caractérisée par le défaut d'exploitation de l'invention<sup>44</sup>.

En outre, chaque fois qu'un pays importe des ressources telles que les matières premières agricoles qui pourraient être transformées localement, ce pays exporte non seulement des emplois et des devises, mais il remet également en cause la disponibilité permanente de ces ressources sur le marché intérieur.

Pour être efficace, l'exigence de l'exploitation locale du brevet devrait, d'une part, être limitée, notamment au brevet dont les matières premières sont disponibles localement pour sa mise en œuvre. D'autre part, elle devrait être assortie d'une sanction : l'annulation du brevet, par exemple.

## Conclusion

Si en l'état actuel, le système de propriété intellectuelle est, à certains égards, un obstacle à la sécurité alimentaire en Afrique, il offre, néanmoins, des solutions pour remédier à l'insécurité alimentaire sur le continent. Il revient au législateur, dans les pays africains, de se fonder sur les dispositions et les flexibilités qui sont prévues pour mettre la propriété intellectuelle au service des défis auxquels le continent fait face et parmi lesquels la sécurité alimentaire. Cela devrait être fait sans perdre de vue le rôle géostratégique des ressources naturelles alimentaires. En effet, si la problématique alimentaire est multidimensionnelle et intersectorielle, l'immensité des défis impose de se parer de lunettes géopolitiques pour parfois, si ce n'est toujours, analyser les

questions de l'agriculture et de l'alimentation avec l'œil de l'analyse stratégique »<sup>45</sup>.

S. Y.

---

<sup>44</sup> D. Shanker *et al.*, « Competition Policy and Abuses in the TRIPS Agreement », 15 mai 2004, v. spécialement pp. 1 et 13 [en ligne], [www.papers.ssrn.com] (consulté le 18 octobre 2012) ; F. Chatap, *La licence obligatoire comme sanction du défaut d'exploitation de brevets d'invention dans les pays en développement*, PUF, 1986, p. 10.

---

<sup>45</sup> S. Abis, « Veut-on vraiment nourrir le monde ? », *Le Monde*, 21 janvier 2011, [en ligne], [www.lemonde.fr] (consulté le 26 novembre 2012).



## Table ronde « Accès aux aliments » - Discussions

Muriel LIGHTBOURNE

PhD, INRA

(Détachée de la Direction du Partenariat et du Transfert pour l'Innovation, s'exprimant en son nom propre).

*La présentation de Monsieur Sylvestre Yamthieu, très riche, aborde beaucoup d'aspects de la question de l'accès aux aliments, dans le contexte du jeu des droits de propriété intellectuelle mais également au-delà de ce-dernier. La présente discussion vise à compléter le propos de Monsieur Yamthieu sur deux-trois points en retraçant l'évolution des négociations agricoles internationales, celles de deux traités susceptibles de conditionner l'accès aux ressources génétiques, en amont de la production d'aliments, et à répondre à certaines questions soulevées par Monsieur Yamthieu sur l'effet des droits de propriété intellectuelle sur la production d'aliments, en prenant l'exemple de l'Union européenne et d'un de ses Etats membres, la France. Le choix des exemples européen et français se justifie pour deux raisons: d'une part, comme l'ont souligné les codirecteurs scientifiques du colloque dans leur avant-propos, l'objectif de celui-ci était de faire dialoguer les droits de l'Union européenne et de l'OAPI, en vue d'une fertilisation croisée; d'autre part, Monsieur Yamthieu a fort bien analysé les législations indienne, pakistanaise, thaïlandaise et suisse, ainsi que la loi modèle africaine de l'Union Africaine, qui constituent des références inspirantes sur ces questions.*

La question de l'accès aux aliments illustre bien le propos d'Amartya Sen<sup>1</sup>, prix Nobel d'économie en 1998, et la notion de paradoxe de la pénurie (alimentaire) dans l'abondance (de ressources) évoquée par Sylvestre Yamthieu dans sa présentation. Dans ce contexte, les notions de sécurité alimentaire et de souveraineté alimentaire prennent toute leur importance, et ce, plus encore depuis la crise alimentaire de 2008.

Il convient dès lors de tracer les contours de ces notions (I), avant d'exposer les termes du

débat des négociations agricoles internationales (pour reprendre la notion d'« entitlements ») et la place de l'Afrique dans ce débat (II). Aborder la question de l'accès aux aliments suppose également de s'interroger sur les conditions de production de ces aliments et en particulier sur l'utilisation des terres agricoles: nous évoquerons les achats de terres par des investisseurs étrangers et l'opposition entre cultures vivrières et cultures d'exportation (III). Dans un quatrième temps, nous nous pencherons sur l'accès au germoplasme<sup>2</sup>, permettant de produire de nouvelles variétés végétales, en rappelant rapidement les deux réponses adoptées au niveau international à la «biopiraterie» de ce germoplasme (IV). En conclusion, pour répondre aux interrogations de Sylvestre Yamthieu sur l'articulation entre droits de propriété intellectuelle et accès aux aliments, nous rappellerons rapidement les

---

<sup>1</sup> "Sometimes famines have coincided with years of peak food availability, as in the Bangladesh famine of 1974. Even when a famine is, in fact, associated with a decline in food production, we still have to go beyond the output statistics to explain why it is that some parts of the population get wiped out, while the rest do just fine. Since food and other commodities are not distributed freely, people's consumption depends on their 'entitlements' that is, on the bundles of goods over which they can establish ownership through production and trade, using their own means." A. Sen, in *Hunger in the Contemporary World*, Discussion Paper DEDPS, du 8 novembre 1997.

---

<sup>2</sup> « Germoplasme » ou plasma germinatif : l'ADN d'un organisme et les collections de ce matériel génétique (d'après Wikipedia).

critères d'interprétation de la Convention sur le Brevet européen (« CBE ») et de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales (« UPOV ») (V).

## **I. Sécurité alimentaire et souveraineté alimentaire**

Selon le rapport de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (ci-après « FAO », d'après son acronyme anglais) sur la Situation mondiale de l'alimentation et de l'agriculture de 2005, « [l]a sécurité alimentaire existe lorsque toutes les personnes ont, à tout moment, un accès physique, social et économique à une nourriture suffisante, saine et nutritive, pour satisfaire leurs besoins et leurs préférences alimentaires afin de pouvoir mener une vie saine et active. »

La précédente définition fournie par la FAO en 1995 s'énonçait comme suit: « [l]a sécurité alimentaire existe lorsque toutes les personnes ont, à tout moment, accès à la nourriture dont elles ont besoin pour mener une vie active et saine ».

Une définition aussi étroite au milieu des années quatre-vingt-dix était surprenante dans la mesure où le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966 (et entrée en vigueur en 1976) proclamait déjà, sous son article 11.2, « le droit fondamental qu'à toute personne d'être à l'abri de la faim », dans des termes plus spécifiques que la définition de la FAO, en identifiant en particulier un besoin de diffusion de principes d'éducation nutritionnelle. Le Pacte appelait aussi de ses vœux des réformes des systèmes agraires de manière à assurer au mieux la mise en valeur et l'utilisation des ressources naturelles et en prenant en compte les problèmes qui se posent tant aux pays importateurs qu'aux pays exportateurs de denrées alimentaires, pour assurer une répartition équitable des ressources alimentaires mondiales par rapport aux besoins.

L'accent est de nos jours placé sur la sécurité alimentaire au sens d'innocuité et sur les

aspects nutritionnels, de même que sur les préférences des consommateurs, plus que sur les seuls aspects quantitatifs. Cette approche plus globale des aspects qualitatifs de l'accès à l'alimentation n'est pas sans rappeler celle d'Amartya Sen.

Dans le prolongement du Pacte international, la notion de souveraineté alimentaire est un concept développé et présenté pour la première fois par Via Campesina lors du Sommet de l'alimentation organisé par la FAO à Rome en 1996. Par rapport à la notion de sécurité alimentaire, la souveraineté alimentaire accorde au surplus une importance aux conditions sociales et environnementales de production des aliments. Elle s'attache aux mécanismes de sécurisation des droits d'usage du foncier, ainsi qu'aux cultures vivrières de proximité et à l'utilisation durable des ressources. Le rapport de 2011 d'Olivier de Schutter, ancien rapporteur spécial du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies sur le droit à l'alimentation, s'inscrit dans cette approche, en prônant l'« agroécologie » comme moyen d'améliorer la productivité agricole et de lutter contre l'exode rural et la pauvreté.

Cette approche nous amène à rappeler les deux visions qui s'opposent dans le cadre des négociations agricoles internationales quant à l'éventuel bénéfice pour les pays en développement, et en particulier l'Afrique, d'une libéralisation de l'accès aux marchés agricoles mondiaux.

## **II. Négociations agricoles internationales et crise alimentaire**

En réaction au premier rapport d'Olivier de Schutter de 2009 sur la crise alimentaire mondiale, Pascal Lamy, alors directeur général de l'Organisation Mondiale du Commerce (ci-après « OMC »), rappelait que 60% des exportations agricoles des pays en développement étaient destinées à d'autres pays en développement et insistait sur la vulnérabilité des producteurs agricoles des pays en développement exportateurs à la réduction de l'accès aux marchés

d'exportation. P. Lamy insistait sur le fait que, parallèlement, certaines dispositions de l'accord sur l'agriculture de l'OMC (connu sous son acronyme anglais, « AoA ») accordaient des aménagements en faveur des pays en développement importateurs nets de produits agricoles (en termes de stocks publics à des fins de sécurité alimentaire, de subventions pour des produits ciblés ou des régions, ou de réduction moindre des droits de douane). Tant pour les pays importateurs que pour les pays exportateurs, la volatilité des prix sur les marchés agricoles et alimentaires a un impact clair<sup>3</sup>.

Néanmoins, selon P. Lamy, le Groupe d'action de haut niveau des Nations Unies sur la crise alimentaire mondiale (mis en place en 2008) dans son cadre global d'action actualisé en 2010, a considéré que «des marchés internationaux davantage libéralisés contribueraient à plus de sécurité alimentaire et nutritionnelle mondiale grâce à des volumes d'échanges accrus et un accès à des importations de diverses sources»<sup>4</sup>.

La position d'Olivier de Schutter était à l'inverse de limiter l'exposition des pays en développement aux marchés internationaux afin de garantir la sécurité alimentaire. Selon Jacques Diouf, ancien directeur général de la FAO, la facture des importations céréalières des pays les plus pauvres avait augmenté de

56% en 2008 après avoir augmenté de 37% en 2007<sup>5</sup>.

Le « paquet de Nairobi » (résultat de la 10<sup>e</sup> conférence ministérielle de l'OMC tenue en décembre 2015) comprend une décision ministérielle en vue d'éliminer les subventions sur les exportations agricoles, d'ici à 2018 pour les pays en développement, voire 2023 (pour également éliminer les subventions couvrant les frais de transport des exportations agricoles). Les pays importateurs nets disposent d'une période plus longue pour éliminer les subventions à l'exportation. Un mécanisme de sauvegarde spéciale vise à atténuer les risques de volatilité des prix et à contrebalancer les distorsions du commerce de produits agricoles. En revanche, sur les questions de soutien interne et d'ouverture des marchés, objets de divisions profondes entre les Membres, les négociations du cycle de Doha sont supposées se poursuivre. La onzième conférence ministérielle de l'OMC qui s'est achevée en décembre 2017 à Buenos Aires n'a pas apporté de nouveau compromis dans ces domaines.

Par ailleurs, la nouvelle Convention relative à l'assistance alimentaire, entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2013 et faisant suite à la Convention relative à l'aide alimentaire de 1999, a tenu compte des recommandations du Comité de l'Agriculture de l'OMC en étendant la liste des produits pouvant être livrés dans les situations d'urgence au-delà des céréales (aux semences et boutures, équipements servant dans l'agriculture ou la préparation d'aliments) et, surtout, en exigeant que 80% ou plus de l'assistance fournie par un État signataire à un pays éligible ou un groupe vulnérable prennent la forme de transferts monétaires ou de bons d'achat alimentaires, afin de ne pas déstabiliser la production agricole locale.

À un autre niveau, l'accès aux terres agricoles est également un déterminant de la

---

<sup>3</sup> Rapport inter-institutions (OMC, FAO, FMI, PAM, Banque Mondiale, IFPRI, CNUCED et al) sur la volatilité des prix des produits alimentaires et agricoles destiné au G20, juillet 2011, <[http://www.fao.org/fileadmin/user\\_upload/hlpe/hlpe\\_documents/HLPE-Rapport-1-Volatilite-des-prix-et-securite-alimentaire-juillet-2011.pdf](http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/hlpe/hlpe_documents/HLPE-Rapport-1-Volatilite-des-prix-et-securite-alimentaire-juillet-2011.pdf)>, page visitée en dernier lieu le 8 janvier 2018.

<sup>4</sup> Voir la lettre de P. Lamy à l'attention d'O. de Schutter: [https://www.wto.org/english/news\\_e/news11\\_e/agcom\\_14dec11\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news11_e/agcom_14dec11_e.htm) (page visitée en dernier lieu le 8/01/2018), citant le paragraphe 76 du rapport "Updated Comprehensive Framework for Action", United Nations High Level Task Force on Global Food Security Crisis, Septembre 2010.

---

<sup>5</sup> La facture céréalière des pays pauvres s'envole, les gouvernements tentent de limiter l'impact, 11 avril 2008, Rome, Presse de la FAO.

production d'aliments et, partant, de l'accès à ces derniers.

### III. Utilisation des terres : achats de terres par des investisseurs ou des États étrangers ; cultures d'exportation contre cultures vivrières

En matière d'utilisation des terres, la première question qui se pose est celle de l'accès à celles-ci. Or dans de nombreux pays en développement et en particulier en Afrique, les agriculteurs ne disposent que de parcelles d'étendue très réduite, qu'ils exploitent souvent dans des conditions juridiquement précaires. Selon la FAO, la taille moyenne d'une exploitation agricole dans les pays d'Amérique latine est généralement supérieure à 2 hectares, tandis qu'elle est respectivement de 0,24 et 0,32 hectare au Bangladesh et au Vietnam. Au Kenya, la taille moyenne est de 0,47 hectare et en Éthiopie, de 0,9 hectare<sup>6</sup>. La superficie n'est pas le seul facteur en cause, le droit à se maintenir sur l'exploitation entre également en ligne de compte. La titrisation des terres, un temps préconisée comme solution, a pu dans certaines situations conduire à une concentration des terres, car les petits paysans n'avaient pas les moyens de les racheter, selon un constat d'Olivier de Schutter<sup>7</sup>, qui recommande plutôt une reconnaissance des droits coutumiers (souvent en termes de «communs»/«commons» en anglais). La tendance à l'achat de très larges parcelles par des investisseurs étrangers montre l'urgence d'une solution.

<sup>6</sup> G. Rapsomanikis *The economic lives of smallholder farmers*, FAO, Rome, 2015, p. 5.

<sup>7</sup> Cité par Agrapresse *Terres agricoles : comment investir à l'étranger*, 25 juillet 2011, accessible à <http://www.agrapresse.fr/terres-agricoles-comment-investir-l-etranger-art310492-25.html>, page visitée en dernier lieu le 8 janvier 2018.

### A. Achats de terres

La «colonisation des sols» (expression de l'ancienne ministre sud-africaine de l'Agriculture de 2009 à 2014, Tina Joemat-Petterson, établissant un lien entre ce phénomène et le colonialisme)<sup>8</sup> s'est aggravée depuis la crise alimentaire mondiale de 2007-2008, qui a provoqué des émeutes de la faim dans de nombreux pays, en particulier d'Afrique subsaharienne, mais aussi avec la demande en agro-biocarburants. Selon l'IFPRI, cité par J-J Gabas, entre quinze et vingt millions d'hectares dans le monde auraient fait l'objet de transactions entre 2006 et 2009, principalement entre investisseurs privés et États propriétaires des terres. Ce même auteur s'appuie également sur une estimation de l'Institut international pour l'environnement et le développement (IIED), selon laquelle cinq pays d'Afrique (Éthiopie, Ghana, Madagascar, Mali et Soudan) auraient à eux seuls cédé l'exploitation de près de deux millions et demi d'hectares de terres agricoles africaines à des entreprises étrangères<sup>9</sup>.

Selon GRAIN, il s'agit de transactions portant sur plus de 500 hectares, à des fins de sécurité alimentaire, dans le contexte du réchauffement climatique, ou de spéculation<sup>10</sup>.

L'Éthiopie, pays observateur auprès de l'ARIPO et membre de l'Union Africaine, constitue un exemple patent, puisqu'une dizaine de sociétés indiennes du secteur agroalimentaire y ont acheté des terrains, ainsi que le groupe MIDROC<sup>11</sup>. Entre 2012 et mars 2016, MIDROC a pu racheter, entre autres, deux compagnies nationales de production de

<sup>8</sup> Citée par *Le Monde* du 10 décembre 2011, «Sols d'Afrique, un actif stratégique», [http://www.lemonde.fr/idees/article/2011/12/10/sols-d-afrique-un-actif-strategique\\_1617067\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2011/12/10/sols-d-afrique-un-actif-strategique_1617067_3232.html), page visitée en dernier lieu le 8 janvier 2018.

<sup>9</sup> J.-J. Gabas, « Investissements agricoles en Afrique », *Afrique contemporaine*, n°237, 2011, pp. 45-55.

<sup>10</sup> GRAIN : « Accaparement mondial des terres agricoles en 2016 : ampleur et impact », 12 juillet 2016.

<sup>11</sup> Voir l'article de Mikias Worku, in *Fortune*, 4 mars 2001, «Al Amoudi to Venture into Vegetable, Flower Farming».

café, Limu Coffee Plantation et Bebeqa Coffee Estate, représentant des parcelles de 22 000 hectares au total<sup>12</sup>. La production de café de MIDROC s'adresse principalement à Starbucks et celle du thé, sur 10 000 hectares, à Unilever (pour la marque Lipton). Par ailleurs, plus de 100 000 hectares sont consacrés à la culture du *Jatropha curcas* (plante utilisée dans la production de biocarburant) et 58 000 hectares à la production d'huile de palme.

Pour citer un autre exemple, ayant pour sa part défrayé la chronique, l'indignation publique à propos du projet de Daewoo portant sur 900 000 à 1,3 million d'hectares à Madagascar a contribué en 2009 au renversement du gouvernement et à la suspension de la transaction<sup>13</sup>.

L'allocation de terres agricoles à des cultures d'exportation, qu'elle s'inscrive ou non dans le cadre d'un investissement direct étranger, est également de nature à réduire la production de cultures vivrières et, partant, l'accès aux aliments.

## B. Cultures pour l'exportation

L'exportation de fleurs coupées s'est assez rapidement développée, d'abord au Kenya, puis en Éthiopie, au début des années 2000. En 2001, l'Éthiopie réalisait moins de 20 millions de dollars à l'exportation dans ce secteur, contre 300 millions pour le Kenya. En 2007, les recettes de l'Éthiopie atteignaient 120 millions de dollars, soit 40% de celles du Kenya, faisant de l'Éthiopie le deuxième

exportateur de fleurs d'Afrique après le Kenya<sup>14</sup>.

Selon les chiffres cités par Rabobank (banquier hypothécaire de nombreuses sociétés du secteur aux Pays-Bas), si les Pays-Bas représentent toujours 52% des exportations mondiales de fleurs coupées en 2013 (contre 58% dix ans auparavant), le Kenya et l'Éthiopie arrivent aux 4<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> rangs, avec 7% et 2% des ventes, respectivement après les Pays-Bas, la Colombie (15%), l'Équateur (9%) et la Belgique (3%)<sup>15</sup>.

Pour prendre un deuxième exemple, à partir de 2005, la demande en biocarburants a d'abord cru très rapidement dans le monde, afin de répondre aux besoins énergétiques, de promouvoir les exportations de produits agricoles à plus forte valeur ajoutée, mais aussi parfois en raison de politiques de développement rural. Le rapport conjoint OCDE-FAO (Agricultural Outlook 2015) souligne cependant qu'avec la chute des cours du pétrole, la demande en biocarburants de première génération devrait se stabiliser, voire se réduire dans les prochaines années, de même que les investissements en recherche-développement sur les biocarburants de seconde génération utilisant les résidus agricoles.

Cependant, si les niveaux actuels de prix et demande se maintiennent, selon GRAIN, « l'UE devrait consacrer 21 millions d'hectares à la production des biocarburants pour pouvoir satisfaire la demande prévue pour 2020 aux taux de rendement actuels. Ce serait pratiquement le double de la superficie totale occupée par les oléagineux en Europe en 2012, ou encore l'équivalent de la totalité des terres arables d'Italie ajoutées à celles d'Espagne.»<sup>16</sup>

Après l'évocation de ces quelques exemples de cultures pour l'exportation, il convient de présenter rapidement les conditions d'accès au matériel génétique végétal, avant de nous

---

<sup>12</sup> Voir *The Reporter* «Horizon struggles to honor 1.4 bln birr purchase», 31 juillet 2017, <<http://www.thereporterethiopia.com/content/horizon-struggles-honor-14-bln-birr-purchase>>, et *AddisBiz* «Court Orders Plantations Plc, an affiliate of MIDROC Ethiopia to Pay Half Billion Birr», 8 avril 2016, <<https://addisbiz.com/ethiopian-business-news/306-court-orders-plantations-plc-an-affiliate-of-midroc-ethiopia-to-pay-half-billion-birr>>, pages visitées en dernier lieu le 08 janvier 2018.

<sup>13</sup> Voir l'article du *Financial Times* du 18 mars 2009 <<https://www.ft.com/content/7e133310-13ba-11de-9e32-0000779fd2ac>>, page visitée en dernier lieu le 8 janvier 2018.

---

<sup>14</sup> *Courrier International* du 21 novembre 2007 «Kenya-Ethiopie, La guerre des fleurs».

<sup>15</sup> Rabobank Industry Note n°475, janvier 2015.

<sup>16</sup> GRAIN : « Il faut arrêter d'accaparer les terres pour produire des biocarburants », 18 mars 2013.

tourner vers les conditions de protection juridique des nouvelles variétés de plantes.

#### **IV. Protocole de Nagoya et TIRPAA: deux réponses à la biopiraterie**

##### **A. Le protocole de Nagoya**

Le Protocole de Nagoya, adopté par la dixième réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique des Nations Unies, le 29 octobre 2010 à Nagoya, au Japon, est entré en vigueur le 12 octobre 2014.

Il porte sur l'utilisation des ressources génétiques des pays signataires, reconnus comme souverains sur leurs ressources, ainsi que sur l'utilisation des connaissances traditionnelles associées à ces ressources et organise les conditions d'accès aux ressources et connaissances associées, ainsi que le partage des bénéfices ou avantages découlant de leur utilisation.

Le terme d'« utilisation » désigne ici «les activités de recherche et de développement sur la composition génétique et/ou biochimique des ressources génétiques», tandis que les bénéfices ou avantages peuvent être financiers ou immatériels (accès aux résultats de la recherche, transferts de technologies ou de savoir-faire, etc.)

Le Protocole crée un mécanisme multilatéral qui opérera dans les zones transfrontières ou dans les situations où un consentement préalable et informé n'a pu être obtenu.

Dans l'ordre juridique européen, il est mis en œuvre par 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 et par le Règlement d'exécution (UE) 2015/1866 de la Commission du 13 octobre 2015. Le but du règlement du Parlement et du Conseil est de veiller à ce que les autorités compétentes des États membres s'assurent que les utilisateurs

satisfont à leurs obligations, qu'ils ont obtenu le consentement préalable donné en connaissance de cause et qu'ils ont établi des conditions convenues d'un commun accord (il s'agit d'un contrôle de conformité).

##### **B. Le TIRPAA**

La sélection végétale crée de nouvelles variétés à partir de la biodiversité végétale existante. Le libre accès aux ressources génétiques est donc une condition indispensable. Cet accès est en principe garanti en Europe par le système de propriété intellectuelle majoritairement utilisé, le certificat d'obtention végétale, qui prévoit une exemption du sélectionneur. Or, la Convention sur la Diversité Biologique, en donnant en 1992 la souveraineté aux États sur leurs ressources pour lutter contre la « biopiraterie » et permettre un partage des avantages sur les produits issus de ces ressources, a posé des problèmes d'accès dans le secteur de la sélection.

Adopté en 2001, le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (TIRPAA) vise à promouvoir l'utilisation durable des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. Il prévoit les conditions d'accès aux ressources génétiques par tous les ressortissants (citoyens, entreprises, instituts de recherche) des États signataires, à travers des modalités de partage des ressources dans le cadre d'un système multilatéral, et ce pour 60 espèces pour l'agriculture et l'alimentation. Pour les autres espèces, ou pour des utilisations ne concernant pas l'agriculture et l'alimentation, le protocole de Nagoya prévoit des accords bilatéraux.

Le Traité interdit de privatiser le matériel génétique tel qu'il est déposé dans ses banques. Cependant, il n'empêche pas les entreprises de déposer des brevets (c'est même ce qui doit permettre de financer le système multilatéral et ses actions auprès des communautés locales), par exemple sur des gènes qui, s'ils se retrouvent ensuite dans des plantes, font que ces plantes se trouvent

couvertes par l'étendue de protection de ces brevets. Certaines législations nationales ou régionales interdisent les brevets sur les variétés, notamment la directive européenne 98/44 sur la protection juridique des inventions biotechnologiques. Celle-ci dispose en effet, dans son article 4, que «1. Ne sont pas brevetables: a) les variétés végétales et les races animales ». Mais il ajoute au second paragraphe que «2. Les inventions portant sur des végétaux ou des animaux sont brevetables si la faisabilité technique de l'invention n'est pas limitée à une variété végétale ou à une race animale déterminée. » Ainsi, la protection conférée par le brevet sur un gène s'étend à toute plante qui contient ce gène et exprime sa fonction décrite dans le brevet<sup>17</sup>.

Le 18 septembre 2014, une trentaine d'organisations paysannes africaines, latino-américaines, australiennes et européennes ont par ailleurs signé un texte pour réclamer auprès de l'Organe Directeur du TIRPAA l'application intégrale des articles 5, 6 et 9 du Traité portant sur les droits des agriculteurs (utilisation durable des semences locales, sélection participative, droits des agriculteurs de conserver, d'utiliser, d'échanger et de vendre des semences de ferme ou du matériel de multiplication)<sup>18</sup>.

## V. Revenir à une interprétation plus stricte de la CBE et assouplir les critères de l'UPOV

La loi éthiopienne sur les brevets (en particulier l'article 4 de la Proclamation n° 123/1995, portant sur les exceptions à la brevetabilité) apparaît assez inspirée de la Convention sur le Brevet européen. Elle prévoit notamment l'exclusion des procédés

biologiques pour l'obtention de plantes ou d'animaux. En Europe, les décisions du 25 mars 2015 de la Grande chambre des recours de l'Office Européen des Brevets dans les affaires « Tomate ridée » et « Brocoli » semblent faire une application littérale du principe selon lequel les exceptions s'interprètent restrictivement, au point de s'écarter de l'esprit (sinon de la lettre) de la Convention sur le Brevet européen.

Par deux décisions précédentes du 9 décembre 2010, la Grande chambre des recours avait posé le principe selon lequel « un procédé non microbiologique pour la production de plantes qui comprend (ou consiste en) des étapes de croisement sexué de la totalité du génome de plantes puis de sélection de plantes est en principe exclu de la brevetabilité comme étant "essentiellement biologique" au sens de l'article 53 b) CBE ».

Mais les titulaires des brevets à l'encontre desquels des oppositions avaient été formées soutenaient ne pas être soumis à cette exclusion dans la mesure où ils revendiquaient non pas le procédé, mais le produit obtenu à partir de procédés essentiellement biologiques. Il s'agissait en l'espèce d'un brocoli ayant des taux élevés de glucosinolates et d'une tomate déshydratée.

En substance, la juridiction leur a donné raison, considérant que les produits en cause n'étaient pas exclus du domaine de la brevetabilité, au motif que le procédé permettant de les obtenir est par lui-même exclu.

Ces deux décisions (ainsi qu'un grand nombre d'autres) semblaient désavouer la résolution du 10 mai 2012 du Parlement européen, qui avait invité l'OEB à exclure de la brevetabilité les produits dérivés de la sélection classique et toutes les techniques classiques d'obtention, y compris la reproduction faisant appel à des marqueurs et à des procédés de reproduction avancés et le matériel génétique utilisé pour la sélection classique. La Commission européenne a adopté en novembre 2016 un avis concernant certains articles de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, concluant que l'intervention du

<sup>17</sup> La deuxième condition a été clairement rappelée dans l'arrêt en grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne, du 6 juill. 2010, aff. C-428/08, *Monsanto Technology LLC contre Cefetra BV et autres*.

<sup>18</sup> Voir <<https://viacampesina.org/en/open-letter-to-the-secretary-of-the-international-treaty-on-plant-genetic-resources-for-food-and-agriculture-on-farmers-rights/>>, page visitée en dernier lieu le 8 janvier 2018.

législateur lors de l'adoption de cette directive était d'exclure de la brevetabilité les produits (i.e. les végétaux, les animaux et les parties de végétaux ou d'animaux) obtenus par un procédé essentiellement biologique. Le Conseil d'Administration de l'OEB a décidé de modifier avec effet au 1<sup>er</sup> juillet 2017 les directives relatives à l'examen des brevets afin de suivre l'avis de la Commission.

En France, le législateur a adopté deux dispositions, dans le cadre de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, visant à faire échec à l'exercice, en France, des droits attachés à de tels brevets européens. Tout d'abord, l'article L. 611-19 du Code de la propriété intellectuelle affirme désormais que «ne sont pas brevetables (...) les produits exclusivement obtenus pas des procédés essentiellement biologiques [comme le croisement ou la sélection], y compris les éléments qui constituent ces produits et les informations génétiques qu'ils contiennent ». Ensuite, il a limité l'étendue de protection du brevet, par l'adoption de l'article L. 613-2-3 qui porte sur la brevetabilité des matières biologiques et énonce: «[l]a protection conférée par un brevet relatif à une matière biologique dotée, du fait de l'invention, de propriétés déterminées ne s'étend pas aux matières biologiques dotées de ces propriétés déterminées, obtenues indépendamment de la matière biologique brevetée et par procédé essentiellement biologique, ni aux matières biologiques obtenues à partir de ces dernières, par reproduction ou multiplication.»

S'agissant de la Convention UPOV, à laquelle il est parfois reproché de contribuer à la réduction de la diversité biologique en raison de certains des critères de protection retenus (à savoir ceux d'homogénéité et de stabilité), il convient de rappeler qu'elle ne bloque pas l'accès au matériel protégé lorsqu'il est utilisé comme matériel de départ (exemption du sélectionneur). Il s'agit même là du paradigme fondateur de la Convention, reposant sur un modèle d'innovation incrémentale. Les directives d'examen de l'UPOV permettent une certaine adaptation (par exemple lorsque certaines maladies sont éradiquées pour une

espèce donnée et ne donnent plus lieu à des tests lors des essais) afin de prendre en compte le progrès génétique. Au sein de l'Union européenne, les critères d'homogénéité et de stabilité ont pu être assouplis par les directives de la Commission 2008/62/CE du 20 juin 2008 et 2009/145/CE du 26 novembre 2009, de manière à favoriser la protection des variétés dites «de conservation » (i.e. races primitives et variétés agricoles naturellement adaptées aux conditions locales et régionales et menacées d'érosion génétique)<sup>19</sup>. Un assouplissement de cet ordre est de nature à permettre de préserver les variétés locales, dites « de conservation » (« landraces ») dans les pays d'Afrique, d'Asie ou d'Amérique latine riches en germoplasme et dont l'agriculture repose encore en partie sur l'utilisation (et les échanges de semences) de variétés de conservation.

Par la richesse des questions abordées, la présentation de Sylvestre Yamthieu a bien montré que le domaine de la propriété intellectuelle ne peut être isolé d'autres branches juridiques, notamment celles des droits fondamentaux et du droit de l'environnement. L'accès aux aliments est en effet un droit fondamental, déterminé par de nombreux facteurs opérant à des niveaux très différents. Les quelques propos de discussion livrés ici ne peuvent bien entendu prétendre aborder cette question dans toute sa complexité.

**M. -L.**

---

<sup>19</sup> Ces directives assouplissent le régime de commercialisation des semences et plants et ne concernent pas la protection par un droit de propriété intellectuelle. Cependant, les principaux critères retenus - en faisant abstraction de la notion de Valeur Agronomique, Technologique et Environnementale applicable à certaines espèces - pour évaluer les variétés en vue de leur inscription aux catalogues officiels des espèces et variétés végétales des États membres ou au catalogue européen sont les critères définis par l'UPOV (distinction, homogénéité et stabilité).

## Faut-il faire de la CCJA de l'OHADA la Cour commune chargée de l'uniformité de l'interprétation et de l'application du droit OAPI ?

Gérard NGOUMTSA ANOU

*Agrégé des facultés de droit  
Professeur à l'université de Perpignan*

*Les pays membres de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle ont engagé des consultations en vue de la création d'une Cour de justice chargée d'assurer l'uniformité de l'interprétation et de l'application de ce droit. Mais au regard de leurs contraintes, il semble préférable de confier cette mission à une cour préexistante comme la CCJA de l'OHADA.*

Le droit, vu du côté des sujets de droit, ne s'identifie pas à l'ordre du législateur. Il est constitué des règles que les tribunaux appliquent aux cas concrets. Dès lors, à une pluralité d'ordres juridictionnels correspond une pluralité d'ordres juridiques<sup>1</sup>. L'unification du droit demeure donc incomplète lorsqu'elle ne s'accompagne pas de la création d'une juridiction commune chargée d'assurer l'uniformité de son interprétation et de son application.

On comprend pourquoi les autres intervenants de ce colloque ont soutenu l'idée qu'il conviendrait de créer une juridiction commune chargée de l'interprétation et de l'application du droit de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI)<sup>2</sup>. Il s'agirait d'une sorte de Cour suprême régionale chargée de connaître en dernier ressort des pourvois fondés sur l'application du droit de l'OAPI, notamment des pourvois contre les décisions des juges du fond

nationaux<sup>3</sup>. La Cour s'ajouterait au Centre de médiation et d'arbitrage de l'OAPI qui existe déjà<sup>4</sup>. Cette nouvelle création serait, selon ses partisans, le gage d'une consolidation de l'unification juridique réalisée par l'OAPI. Elle garantirait l'unité de l'application et de l'interprétation de ce droit, à l'image de l'unité d'interprétation réalisée par la CCJA ou la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Mais ne serait-il pas préférable de faire avec l'existant, c'est-à-dire de confier cette interprétation à une cour préexistante comme celle de l'OHADA qui a déjà fait ses preuves<sup>5</sup> ? Autrement dit, n'est-il pas plus opportun d'élargir la compétence de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA pour y inclure les questions de propriété intellectuelle au lieu de créer une nouvelle cour régionale ?

---

<sup>1</sup> P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, coll. Précis Domat, 11<sup>e</sup> éd., 2014, n° 93.

<sup>2</sup> Voir les Communications de P. Edou Edou et A. Y. Sidibé. V. aussi A. Y. Sidibé, « Une cour de justice à l'OAPI, pour quoi faire ? », in *Regards sur la propriété intellectuelle en Afrique, Mélanges en l'honneur de l'action du Dr. Paulin Edou Edou pour l'OAPI*, LGDJ, Juriscope, 2017, p. 307 s.

---

<sup>3</sup> Les 17 pays suivants sont membres de l'OAPI : Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée équatoriale, Mali, Mauritanie, Niger, Sénégal, Tchad, Togo.

<sup>4</sup> V. Règlement du 7 déc. 2016 portant création et organisation du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OAPI.

<sup>5</sup> Sur la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, v. G. Ngoumtsa Anou, *J-Cl. droit international*, fasc. 170, OHADA-Présentation générale, LexisNexis, 2018, n° 30 s.

Soulignons d'entrée de jeu que la question n'est pas simple, puisqu'elle demeure peu explorée dans le contexte de l'OAPI. Et en réalité, il y a des initiatives en vue de l'éventuelle création d'une Cour de justice de l'OAPI.

Le régime de protection de la propriété intellectuelle dans les pays africains visés comporte des règles issues de conventions internationales, des règles nationales, mais aussi et surtout des règles régionales de l'OAPI. Parmi les règles internationales, on peut citer la convention de Berne du 9 octobre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, révisée à plusieurs reprises. On peut également mentionner la convention de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Il a été signé à Marrakech le 15 avril 1994. Tous les pays de l'OAPI sont signataires de ces trois conventions<sup>6</sup>. Ils s'engagent, aux termes du préambule de l'Accord de Bangui révisé, à adhérer à d'autres instruments internationaux, étant entendu que les conventions internationales priment sur l'accord de Bangui en cas de conflit de normes<sup>7</sup>.

Le système de protection mis en place par l'OAPI résulte de l'accord de Bangui du 2 mars 1977, révisé le 24 février 1999. Il comporte une dizaine d'annexes relatives à différents domaines de la propriété intellectuelle. Cet accord et ses annexes tiennent lieu de loi nationale directement applicable dans chaque État signataire<sup>8</sup>.

Dans la mesure où ce système uniforme de protection se réfère régulièrement aux conventions internationales, il a paru

---

<sup>6</sup> Tous les pays de l'OAPI sont signataires de la convention de Berne (<http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/documents/pdf/berne.pdf>, consulté le 05 avril 2018 à 15h 58). Il en est de même de la convention de Paris (<http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/documents/pdf/paris.pdf>) et de l'Accord sur les ADPIC.

<sup>7</sup> Article 17 de l'accord de Bangui révisé de 1999.

<sup>8</sup> Cf. art 2 al. 1-a et art. 4 de l'Accord de Bangui.

nécessaire de le réformer au cours des dernières années pour l'adapter aux évolutions contenues dans ces conventions. En ce sens, le Conseil d'administration a autorisé le Directeur général à faire réaliser une étude sur une possible révision de l'accord de Bangui. Les conclusions de cette étude ont été adoptées par le Conseil d'administration en décembre 2015 avec un volet règlement des litiges<sup>9</sup>. Ce Conseil d'administration n'a pas décidé de la création d'une cour de justice de l'OAPI. Il a plutôt confié au Directeur général la charge de mener des consultations en vue de la création d'une telle cour. Une nuance de taille, lorsqu'on sait que les experts du Conseil d'administration avaient proposé, préalablement à cette réunion du Conseil, la création d'une Cour de justice de l'OAPI. La porte reste donc ouverte au débat et aux propositions.

Pour autant, on ne peut pas dire que cette question d'une Cour chargée de l'interprétation du droit de l'OAPI ait fait l'objet d'un débat public dans les milieux juridiques des pays concernés. Les législateurs africains sont souvent « secrets », voire « mystiques ». Les projets ou propositions de loi ne sont pas toujours publiés de façon à permettre un débat contradictoire sur la pertinence et la qualité d'un projet de réforme. Cette habitude est fort regrettable, tant l'intérêt général en jeu commande une transparence dans l'élaboration de la norme juridique<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> A. Y. Sidibé, « Une cour de justice à l'OAPI, pour quoi faire ? », in *Regards sur la propriété intellectuelle en Afrique, Mélanges en l'honneur de l'action du Dr. Paulin Edou Edou pour l'OAPI*, LGDJ, Juriscope, 2017, préc., spéc. p. 308-310.

<sup>10</sup> V. G. Ngoumtsa Anou, « De la nécessité d'une meilleure accessibilité du droit pour garantir la sécurité juridique dans l'OHADA », *Lamy Actualité du droit Afrique*, 12 sept. 2017, disponible sur : <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/afrique/ohada/8724/de-la-necessite-d-une-meilleure-accessibilite-du-droit-pour-garantir-la-securite-juridique-dans-l-ohada>

Pour garantir l'uniformité de l'interprétation et de l'application du droit de l'OAPI, plusieurs options sont envisageables : élargir la compétence de la commission supérieure de recours ; créer une cour de justice propre à l'OAPI ou encore confier cette mission à une Cour régionale préexistante comme celle de l'OHADA. C'est cette troisième option qui sera explorée ici. À cet égard, il semble nécessaire de se demander d'abord s'il est pertinent et utile de faire de la CCJA une cour commune chargée d'interpréter et, éventuellement d'appliquer le droit OHADA. C'est la question de l'opportunité. Il faut ensuite s'interroger sur les modalités selon lesquelles une telle option pourrait se mettre en place. C'est la question de la faisabilité. Nous envisagerons donc successivement l'opportunité d'une telle option et sa faisabilité, en un mot sa mise en œuvre.

## **I. L'opportunité d'une interprétation du droit OAPI par la CCJA**

Existe-t-il des raisons objectives qui commanderaient de confier l'interprétation du droit de l'OAPI à la CCJA de l'OHADA ? À première vue, il semble qu'il y ait au moins deux raisons : une raison générale, le risque de divergence des solutions, et une raison propre aux pays membres de l'OAPI, la nécessité de rationaliser les efforts d'intégration juridique.

### **A. Le risque de divergences de solutions**

La divergence de solutions pouvant résulter de l'absence d'une cour commune de justice peut être verticale ou horizontale.

La divergence verticale est celle qui peut exister entre une norme de l'OAPI et une norme nationale relative aux questions de propriété intellectuelle. Dans la mesure où les constitutions des pays membres de l'OAPI reconnaissent la supériorité des traités et accords internationaux sur la loi nationale, la primauté du droit de l'OAPI sur le droit

national n'est pas contestée dans son principe. En revanche, sa mise en œuvre n'est pas garantie par un juge supranational commun comme c'est le cas dans les pays de l'OHADA. Certes, les juges nationaux peuvent spontanément respecter cette primauté, mais l'expérience de l'OHADA et les nombreuses décisions de la CCJA annulant des décisions des Cours suprêmes nationales montrent que ce respect spontané de l'ordre « communautaire » n'est pas spontanément garanti<sup>11</sup>.

L'existence d'une Cour commune permettrait de garantir l'abrogation des droits nationaux contraires au droit de l'OAPI comme c'est le cas dans l'espace OHADA. C'est un gage de l'uniformité de l'application de ce droit uniforme de l'OAPI. Or, la commission supérieure de recours, dans sa forme actuelle, ne peut jouer ce rôle. Elle apparaît davantage comme une structure en charge du contentieux administratif que comme une Cour judiciaire.

Il y a ensuite des divergences horizontales, c'est-à-dire entre les droits nationaux. Le système de protection de la propriété intellectuelle mis en place par l'OAPI comporte des procédures uniformes. Certains litiges relatifs à ce droit uniforme relèvent de la compétence de la Commission Supérieure des recours de l'OAPI. Mais d'autres sont de la compétence des juridictions nationales. Ainsi, le contentieux de la contrefaçon ou de la concurrence déloyale fondé sur droit OAPI est soumis aux juridictions nationales<sup>12</sup>. Il y a un risque que les juridictions nationales retiennent des interprétations divergentes d'une même règle uniforme de l'OAPI. L'arrêt

<sup>11</sup> Sur des décisions de la CCJA annulant les décisions de Cours suprêmes nationales qui se sont prononcées à tort dans un domaine relevant de la compétence communautaire, v. G. Ngoumtsa Anou, « Chronique d'actualité du droit OHADA », *RLDC* n° 143, supplément déc. 2016, p. 34 s., spéc. p 37, n° 20.

<sup>12</sup> V. à titre illustratif, article 44 de l'annexe I à l'accord de Bangui et article 47 de l'annexe III à l'Accord de Bangui. Cet article 47 dispose que « les actions civiles relatives aux marques sont portées devant les tribunaux civils et jugées comme matières sommaires ».

Hocke de la Cour de cassation française a montré que les interprétations nationales divergentes d'une même loi uniforme suscitent un conflit de lois<sup>13</sup>. L'opacité de la jurisprudence dans les pays de l'OAPI ne permet pas de mesurer l'exacte portée du problème, mais cet état des choses n'occulte pas le risque.

S'il est ainsi nécessaire de trouver un moyen d'assurer l'application et l'interprétation uniformes du droit de l'OAPI, cette nécessité n'oblige pas à créer une Cour de justice. La situation des pays concernés les appelle en effet à rationaliser leurs institutions d'intégration économique ou juridique.

## **B. La nécessaire rationalisation des efforts d'intégration juridique et économique**

Il semble nécessaire de soumettre les différends relatifs à la propriété intellectuelle à l'une des cours régionales préexistantes comme la CCJA afin de rationaliser les efforts d'intégration juridique. Cette rationalisation peut être accentuée par une publication des jurisprudences nationales.

Sur le premier point, l'Afrique brille par une balkanisation étatique avec des tribus divisées et réparties sur plusieurs pays par l'effet de la colonisation. Mais cette balkanisation se double d'une multiplicité d'organisations d'intégration économique ou juridique. L'espace géographique couvert par l'OAPI sert également d'assise à plusieurs organisations sous-régionales. Certaines ont pour but l'intégration économique : la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC) comprenant une Cour de justice de la CEMAC ; l'Union économique et monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) avec une Cour de justice de l'UEMOA ; la Communauté économique des États de l'Afrique centrale (CEEAC) dont le traité fondateur prévoit une Cour de justice qui n'est pas encore opérationnelle ; la

<sup>13</sup> Cass. Com., 4 mars 1963, Hocke, *JCP* 1963.II.13376, note Lescot ; *Rev. crit. DIP* 1964, p. 264 ; *Clunet* 1964.806, note Goldman.

Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) qui comprend également une Cour de justice communautaire.

D'autres organisations dont les pays de l'OAPI sont membres ont pour but l'intégration juridique. On peut citer en ce sens la Conférence interafricaine des marchés d'assurance (CIMA), la conférence interafricaine de la prévoyance sociale (CIPRES) et l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). Celle-ci est également dotée d'une Cour commune de justice et d'arbitrage, la CCJA.

Ce bref aperçu qui ne prétend pas à l'exhaustivité montre que les pays de l'OAPI ont déjà au moins cinq cours de justice « communautaires » empilées les unes sur les autres ! Face à ce millefeuille des organisations sous-régionales, la nécessité de rationaliser les efforts d'intégration juridique et économique a été soulignée<sup>14</sup>. Mais pourquoi procéder à une telle rationalisation ?

En premier lieu, les efforts d'intégration peuvent être plus cohérents lorsqu'ils sont concentrés entre les mains de peu d'organisations d'intégration, voire entre les mains d'une organisation principale d'intégration qui peut être d'une certaine efficacité comme l'est l'Union européenne.

En second lieu, les litiges de la propriété intellectuelle sont rares devant les cours suprêmes des pays de l'OAPI, de sorte qu'il n'apparaît pas rigoureusement nécessaire de créer une Cour régionale pour lui transférer un contentieux qui n'est pas abondant.

En troisième lieu et surtout, certains auteurs ont soutenu la création d'une Cour régionale de l'OAPI en affirmant que qui veut la fin veut les moyens<sup>15</sup>. Mais en réalité, plusieurs pays de l'OAPI, sinon la quasi-totalité d'entre eux ont des difficultés économiques et

<sup>14</sup> V. par ex. A. Tchameni, *Les évolutions du régionalisme africain. Le fonctionnement des Communautés économiques régionales*, L'Harmattan, 2013.

<sup>15</sup> A. Y. Sidibé, art. préc., p. 312-313.

financières. Ces difficultés sont telles que certains d'entre eux sont à nouveau sous programme d'ajustement structurel du Fonds monétaire international, quel que soit par ailleurs l'habillage extérieur donné à ces programmes<sup>16</sup>. Est-il raisonnable, dans ces conditions, et alors que de nombreux citoyens de ces pays vivent sous le seuil de pauvreté, de créer une nouvelle cour régionale avec un budget conséquent ? Cette création participerait-elle d'une gestion rationnelle de la dépense publique ? Il est permis d'en douter, et ce d'autant plus que ces mêmes pays de l'OAPI n'arrivent pas à financer les organisations d'intégration préexistantes dont ils sont membres. Faut-il rappeler que l'Union africaine dont ces pays sont membres est toujours à la recherche d'une autonomie financière et dépend largement de « partenaires » extérieurs ? Faut-il rappeler également qu'une bonne partie des actions des organisations préexistantes est financée par des prêts bilatéraux ou multilatéraux consentis par des États tiers et des institutions financières internationales ? La question de la création d'une Cour de l'OAPI soulève donc, au moins en partie, un problème de gouvernance : faut-il multiplier les engagements financiers d'États assez endettés et peu autonomes sur le plan financier lorsqu'ils peinent à assumer les engagements préexistants ? N'y aurait-il pas là une volonté corporatiste d'étendre sans limites une bureaucratie dont l'impact réel sur le développement économique des pays envisagés reste à démontrer ? La question mérite d'être posée, tant les pays d'Afrique francophone ont l'habitude malsaine de multiplier les institutions, les agences nationales, les commissions de ceci ou de cela,

---

<sup>16</sup> Lire « Paul Biya invite les chefs d'État de la Cemap à Yaoundé en vue d'un « ajustement vigoureux et structuré » » : [www.agenceecofin.com/gestion-publique/2212-43393-paul-biya-invite-les-chefs-de-l-etat-de-la-cemap-a-yaounde-en-vue-d-un-ajustement-vigoureux-et-structure](http://www.agenceecofin.com/gestion-publique/2212-43393-paul-biya-invite-les-chefs-de-l-etat-de-la-cemap-a-yaounde-en-vue-d-un-ajustement-vigoureux-et-structure), site consulté le 11 avril 2018 à 12 h 45.

sans que leur pertinence et leur efficacité soient questionnées<sup>17</sup>.

Au regard de cette réalité, l'idée de mieux utiliser l'existant peut se recommander d'un certain bon sens. Elle peut consister à étendre le champ d'application d'une cour préexistante comme la CCJA pour lui confier les quelques cas qui constituent actuellement le contentieux de la propriété intellectuelle devant les juridictions suprêmes nationales.

Sur le second point ensuite, il convient de souligner que l'application et l'interprétation uniforme du droit de l'OAPI peuvent également être facilitées à moyens constants si les États membres mettent en place une base de données qui recense toutes les décisions de justice rendues dans chaque État membre en matière de propriété intellectuelle. On sait que cette approche a été expérimentée à propos de la CVIM<sup>18</sup> avec la base CLOUT qui aide les juristes des États signataires à avoir une idée de la manière dont la convention uniforme est appliquée dans d'autres pays. Cette publication peut accroître la sécurité juridique à travers la connaissance des précédents jurisprudentiels.

Il résulte de ce qui précède que le souci de garantir l'application et l'interprétation uniformes du droit de l'OAPI est légitime, mais peut être envisagé à moyens presque constants si les États membres ont recours à l'existant. Si l'idée de soumettre un tel contentieux à la CCJA était admise, comment se mettrait-elle en place ? C'est sur ce point il faut à présent se pencher.

---

<sup>17</sup> Dans certains pays membres de l'OAPI, la création d'une agence nationale de ceci, d'une commission nationale de cela, apparaît souvent comme un moyen d'éluder les vrais problèmes tout en donnant l'impression d'être en train de les traiter. Si on quitte le champ purement administratif pour parler du champ politique, on peut citer la création de conseils économiques et sociaux et d'un sénat qui ne servent à rien dans la plupart des pays de l'OAPI. C'est juste un moyen de recycler du personnel bureaucratique et de distribuer quelques strapontins aux personnes qui sont en odeur de sainteté auprès du Prince.

<sup>18</sup> Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises.

## II. La mise en œuvre d'une interprétation du droit OAPI par la CCJA

Si on admet que la CCJA devrait servir de juridiction commune pour l'OAPI comme elle l'est déjà pour l'OHADA, la réalisation d'un tel objectif supposerait de résoudre certaines difficultés et de faire des choix.

### A. Les difficultés à surmonter

Plusieurs obstacles sont envisageables.

La première difficulté tient à la technicité de la propriété intellectuelle qui commanderait d'affecter à la CCJA des magistrats spécialisés en propriété intellectuelle. Mais l'obstacle n'est pas propre à cette hypothèse. En cas de création d'une cour de justice propre à l'OAPI, il aurait également été nécessaire de surmonter cet obstacle. Or, l'expérience montre que les États membres de l'OAPI nomment des juges dans les cours de justice régionales sans nécessairement tenir compte de leur compétence quant au type de litiges qu'ils auront à trancher. Toutefois, cet obstacle n'est pas insurmontable. Avec un peu de volonté politique, les États concernés peuvent choisir les juges en fonction de leur compétence.

La deuxième difficulté consisterait à créer un climat de confiance et un dialogue entre les juridictions nationales et la CCJA chargée de l'interprétation et de l'application uniforme du droit de l'OAPI. Pour y parvenir, il est possible de faire de cette cour régionale une structure chargée de recours préjudiciels en interprétation du droit de l'OAPI. L'application de ce droit relèverait de la seule compétence des juridictions nationales, sous réserve d'un éventuel recours préjudiciel en interprétation devant la cour régionale. Cette solution a été admise pour certaines cours régionales comme la Cour de justice de la CEMAC<sup>19</sup>. Elle permettrait d'éviter de vider la

<sup>19</sup> CEMAC, Convention de Libreville du 30 janvier 2009 régissant la Cour de justice communautaire, article 26 al. 1<sup>er</sup>: « La Cour statue à titre préjudiciel sur l'interprétation du traité de la CEMAC et des textes

compétence des Cours suprêmes nationales et de créer ainsi les réticences qu'elles ont pu exprimer à propos de la fonction contentieuse de la CCJA.

Au-delà de la solution de ces difficultés préalables, d'autres choix devraient accompagner cette option.

### B. Les choix possibles

Plusieurs choix sont possibles quant à la révision des textes, mais aussi du point de vue de la compétence de cette cour régionale.

Naturellement, en l'état actuel des traités fondateurs de l'OAPI et de l'OHADA, il n'est pas possible de confier à la CCJA l'interprétation du droit de l'OAPI. Cette option supposerait de signer un Protocole additif au traité OHADA et de réviser l'Accord de Bangui instituant l'OAPI. Les précédents d'une telle pratique en droit comparé ne manquent pas. Deux cas l'illustrent dans l'espace européen: la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et la convention de Bruxelles sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions. Ces Conventions n'étaient pas à l'origine des actes de la Communauté devenue Union européenne. Cependant, un protocole a permis d'en soumettre l'interprétation à la Cour de justice des communautés européennes devenue Cour de justice de l'Union européenne<sup>20</sup>. La Cour de justice a ainsi pu interpréter ces conventions avec succès jusqu'à ce qu'elles soient reformatées

---

subséquents, sur la légalité et l'interprétation des actes des Institutions, Organes et Institutions spécialisées de la CEMAC, quand une juridiction nationale ou un organisme à fonction juridictionnelle est appelé à en connaître à l'occasion d'un litige ».

<sup>20</sup> Sur l'interprétation par la CJCE de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, v. J.-B. Béraudo, *JurisClasseur Europe Traité*, fasc 3060, « Convention de Bruxelles-Conventions de Lugano-Règlement (CE) n° 44/2001 règlement (UE) N° 1215/2012. - Interprétation », LexisNexis, 2015, n° 3.

plus tard en règlements de l'Union européenne.

Un problème subsisterait toutefois, car il existe un pays de l'OAPI qui n'est pas membre de l'OHADA, la Mauritanie. De même, l'un des dix-sept pays de l'OHADA n'est pas membre de l'OAPI : la République démocratique du Congo. Cette difficulté pourrait être résolue par l'insertion d'une clause de déconnexion dans les traités additifs. Cette clause pourrait stipuler que tout État membre de l'OAPI qui n'est pas membre de l'OHADA n'est pas lié par cet accord additif. Les dispositions relatives à l'interprétation juridictionnelle ne seraient pas applicables à cet État.

S'agissant ensuite de la compétence, on pourrait également envisager de confier à la CCJA les pourvois en cassation contre les décisions de la Commission supérieure des recours de l'OAPI.

\*\*\*

En définitive, il semble utile de garantir l'application et l'interprétation uniforme du droit de l'OAPI. Mais les avis divergent sur le point de savoir comment mettre en place une telle solution. Le comité des experts avait suggéré d'élargir la compétence de la Commission supérieure des recours pour intégrer un volet contentieux judiciaire. D'autres proposent la création d'une Cour de justice de l'OAPI, mais cette solution semble irréaliste au regard de la situation économique des pays concernés. Une troisième voie qui n'est pas inintéressante pourrait consister à confier cette fonction juridictionnelle à une Cour de justice régionale préexistante pour tenir compte de la situation des pays membres de l'OAPI. Ce contentieux pourrait alors être soumis à la CCJA moyennant quelques adaptations.

**G. N. A.**



## La juridictionnalisation des droits de PI en Europe : comparaison avec l'Afrique

Édouard TREPPOZ

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3  
Directeur du Centre Paul Roubier

*Le traitement juridictionnel des droits de propriété intellectuelle en Europe se distingue selon que le titre est national ou européen, l'étroit territorialisme laissant alors la place à une ouverture pan-européenne. L'Afrique devrait adopter une approche pragmatique, influencée par les considérations substantielles du droit international.*

La construction d'un système régional de propriété intellectuelle s'apprécie, en amont lors de l'octroi des titres, mais aussi en aval au stade du contentieux. Au sein de l'OAPI, le système demeure fragmenté. Certes, la demande et son traitement sont centralisés. Toutefois, la fragmentation perdure au stade du droit délivré, la demande explose alors en une multitude de « faisceaux nationaux ». Réciproquement, en matière de contentieux, l'approche semble dominer par le territorialisme et l'unilatéralisme. Aucune Cour ne centralise en effet ce contentieux pour l'instant. Par ailleurs, l'Accord de Bangui n'impose pas encore de règles uniformes de droit international privé, ni en matière de conflit de lois, ni en matière de conflits de juridictions. On notera toutefois le très intéressant article 18 de l'Accord de Bangui<sup>1</sup>, mettant en œuvre la reconnaissance des décisions portant sur la validité des titres. Il reste que cette circulation perd de sa pertinence, si la décision, objet de la circulation, ne possède qu'une portée

territoriale. La circulation suppose précisément de dépasser le territorialisme, trop souvent brandi en matière de propriété intellectuelle. Cette dernière s'impose, si, par exemple, le juge français est compétent pour se prononcer sur une contrefaçon commise aux Pays-Bas. La circulation mise en exergue à l'article 18 appelle cette ouverture au-delà d'un strict territorialisme. Il sera alors intéressant de présenter les solutions européennes, afin de savoir si elles peuvent inspirer sur ce point la construction africaine. Derrière, cette question des modèles, l'enjeu n'est autre que la place du territorialisme dans un système régional tel que celui de l'OAPI.

En Europe, la propriété intellectuelle s'est construite de deux manières. La première suppose une harmonisation des droits nationaux de propriété intellectuelle. Les titres de protection demeurent nationaux, mais le droit applicable formellement national est néanmoins substantiellement européen. La seconde, plus ambitieuse, repose sur la mise en œuvre d'un droit de source et d'effet européen. Le remarquable est alors que le droit international privé et, plus particulièrement, les règles de conflits de juridiction prolongent le champ territorial de la protection. Ainsi, l'approche est excessivement territorialiste pour les titres nationaux, pour devenir régionaliste pour les titres européens. Ces deux mouvements seront illustrés par le contentieux de la contrefaçon. Ces mouvements explicités, il

---

<sup>1</sup> b) Accord de Bangui

Article 18 De la portée des décisions judiciaires

Les décisions judiciaires définitives rendues sur la validité des titres dans l'un des États membres en application des dispositions du texte des annexes I à X au présent Accord font autorité dans tous les autres États membres, exceptées celles fondées sur l'ordre public et les bonnes mœurs.

sera possible de conclure en proposant de sortir de ce lien faussement nécessaire entre champ de la protection et portée de la compétence. L'OAPI devrait alors s'inspirer des propositions de *Soft Law*, oeuvrant en faveur de l'ouverture pour l'intérêt des titulaires de droits.

## I. L'étroit territorialisme en matière de titre de l'Union

La détermination du juge de la contrefaçon dépend au sein de l'Union européenne des règles de compétence énoncées par le règlement Bruxelles I Bis<sup>2</sup>. Ce règlement, notamment à la suite d'interprétations particulièrement restrictives par la Cour de justice, retient une approche territorialiste défavorable aux titulaires de droits. Nous expliquerons l'architecture générale du règlement pour en comprendre son application particulière en matière de propriété intellectuelle.

**L'architecture générale.** Le règlement retient une règle générale à son article 4 au profit du juge du domicile du défendeur<sup>3</sup>. Cette règle générale est complétée par des règles de compétence spéciales, notamment en matière de connexité ou d'obligations délictuelles. Ainsi en matière de connexité, l'article 8.1 du règlement permet lorsqu'il existe plusieurs défendeurs de saisir les tribunaux du domicile de l'un des codéfendeurs, à condition, toutefois, qu'il existe un risque de solutions inconciliables. En matière délictuelle, le demandeur pourra saisir la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou

risque de se produire. Ces compétences optionnelles sont, *a priori*, une aubaine pour le demandeur, en ce qu'elle lui offre un choix lui permette d'exercer un *forum shopping* en fonction de ses intérêts procéduraux, substantiels ou même temporels.

Au-delà de cette combinaison entre la règle de principe et ces règles spéciales, deux articles peuvent jouer un rôle important en matière de contrefaçon. Ainsi, l'article 35 permet de saisir un juge du provisoire qui ne serait pas compétent au fond, démultipliant ainsi en apparence le champ du *forum shopping*. Le second, l'article 24, énonce pour sa part, une règle de compétence exclusive pour certains cas limitativement énumérés. La conséquence est d'exclure toute autre compétence et donc tout *forum shopping* au profit d'un juge unique désigné de manière exclusive. *A priori*, l'article 24 ne comprend pas de règle en matière de contrefaçon. L'alinéa 4 vise en effet les contentieux portant sur la validité et l'inscription des titres en matière de propriété industrielle. L'exclusivité devrait donc être limitée à ces contentieux spécifiques, ne comprenant pas la contrefaçon. On verra néanmoins que l'application particulière de ce texte exclut en pratique toute option pour le titulaire de droits précisément en matière de contrefaçon.

**L'application particulière.** *A priori*, le titulaire demandeur serait en capacité d'exercer un *forum shopping*, dans trois hypothèses : d'abord, lorsque la contrefaçon ne se déroule pas au domicile du défendeur, ensuite, lorsqu'il existe plusieurs contrefacteurs, enfin en matière de mesures provisoires. La réalité est autre. Non seulement, le titulaire se retrouve privé d'un tel *forum shopping*, mais surtout, le contrefacteur sera parfois en capacité d'exercer ce *forum shopping* au lieu et place du titulaire.

Ainsi, en matière de contrefaçon, le titulaire doit pouvoir choisir entre le domicile du défendeur, le contrefacteur, et le lieu du fait dommageable soit le lieu de contrefaçon. L'hypothèse est donc celle d'un titulaire de brevet européen contrefait à l'échelle européenne par un même contrefacteur. Le

---

<sup>2</sup> La détermination du juge compétent au sein de l'Espace judiciaire européen dépendra le plus souvent du règlement Bruxelles I bis, même si une place résiduelle demeure pour les différents « droit international privé » nationaux. Ainsi, un contentieux dont le défendeur n'est pas domicilié au sein d'un État membre ne sera pas soumis aux règles de ce règlement. Néanmoins si ce contentieux porte sur un titre national d'un État membre et que se pose une question de validité, le règlement redevient applicable.

<sup>3</sup> Sur le règlement : H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 2015.

titulaire peut donc agir localement sur le fondement de l'article 7.2. Chaque contrefaçon locale constitue néanmoins un fait dommageable autonome, justifiant d'agir localement et en conséquence de manière distributive. À titre d'exemple, le fait dommageable pour la contrefaçon du titre en français se situe en France et permet alors de saisir les tribunaux français pour cette contrefaçon du titre français. Le constat est le même pour chaque titre national. On comprend que le titulaire devra, s'il se fonde sur cet article 7.2 du règlement, agir localement, multipliant ainsi les coûts de procédure. Il lui serait donc particulièrement intéressant de pouvoir concentrer ses actions devant le juge du défendeur. On supposera ainsi que le contrefacteur est italien. Notre titulaire, par hypothèse français, pourra donc saisir les tribunaux italiens et ce non pas seulement pour la contrefaçon commise en Italie, mais pour l'ensemble des contrefaçons commises en Europe. Il bénéficie ainsi d'une compétence dotée d'extra-territorialité, qui lui permet de consolider son action en un lieu, le domicile du défendeur. *A priori*, l'article 24 énonçant une compétence exclusive n'est pas applicable, cette compétence exclusive étant limitée aux contentieux en matière d'inscription et de validité. Cela n'inclut donc pas la contrefaçon. En théorie donc, le titulaire bénéficie d'une compétence extraterritoriale. En pratique, les choses sont différentes ! La raison est simple. Le contrefacteur peut aisément « torpiller » la volonté du titulaire de consolider son action en un for. Il lui suffit pour cela d'intenter une action incidente en nullité de chacun des titres nationaux. Or, depuis un important arrêt *GAT*<sup>4</sup> aujourd'hui consacré à l'alinéa 4 de l'article 24, il est prévu que l'exclusivité du juge du titre en matière de validité s'étende aux questions incidentes. Le texte dans la version amendée du règlement précis que cette exclusivité s'applique « que la question soit soulevée par voie d'action ou d'exception ». Le juge de la contrefaçon est certes compétent en matière de contrefaçon, mais cette compétence ne s'étend pas aux questions incidentes portant sur la validité de

<sup>4</sup> CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-4/03, *GAT*.

chacun des titres. La conséquence pratique sera le plus souvent que le titulaire pour éviter une telle torpille agira localement au lieu de chaque contrefaçon portant sur chaque titre national.

Le constat est le même en matière de contrefaçons commises par plusieurs codéfendeurs. L'hypothèse est alors celle d'un brevet européen contrefait localement de manière identique, mais par des filiales d'une même société. L'article 8.1 en matière de connexité pourrait théoriquement offrir un large *forum shopping* au titulaire pouvant choisir entre les juridictions des différents codéfendeurs. Telle ne fut pas la position de la Cour justice qui, dans un arrêt *Roche*<sup>5</sup>, a contesté le jeu de la connexité dans une telle hypothèse. Pour la Cour, le risque d'inconciliabilité suppose une même situation de fait et de droit. En l'espèce, les titres étant différents, les situations en droit étaient distinctes, excluant le jeu de la connexité. L'approche excessivement formaliste<sup>6</sup> imposait, en pratique, au titulaire d'agir localement contre chaque contrefacteur. Là encore, la fragmentation s'imposait contre la volonté du titulaire de consolider son action en un lieu unique. Malgré un arrêt *Solvay*<sup>7</sup> portant sur des faits distincts justifiant une application spécifique de la connexité, la Cour ne semble pas souhaiter revenir sur cette jurisprudence *Roche*.

Au stade du provisoire, l'option ouverte par l'article 31 reste cantonnée, là encore, à une compétence territoriale. Cela résulte de l'article 42 qui exige pour la reconnaissance d'une mesure provisoire ou conservatoire la production d'un certificat attestant la compétence au fond de la juridiction. De

<sup>5</sup> CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-593/03, *Roche*,

<sup>6</sup> H. Muir-Watt, *Brussels I Regulation*, Sellier, 2d éd., 2012, éd. U. Magnus & P. Mankowski, article 6 A 25 a et notamment dans le même sens T. Azzi, *Les conflits de procédure, Droit international privé et propriété intellectuelle in Droit international privé et propriété intellectuelle*, Lamy, 2010, éd. C. Nourrisat & E. Treppoz, p. 215.

<sup>7</sup> CJUE, 12 juill. 2012, aff. C-616/10, *Solvay SA c. Honeywell*.

manière plus radicale enfin, l'interprétation par la Cour de justice soumet le titulaire des droits au *forum shopping* du contrefacteur. Cette inversion du jeu normal du *forum shopping* au profit du contrefacteur repose sur la possibilité en droit interne d'intenter une action en déclaration de non-contrefaçon. La conséquence procédurale est que le contrefacteur devient demandeur, au lieu et place du titulaire de droit. Surtout, depuis un arrêt *The Ship Tatry*<sup>8</sup>, le titulaire de droit ne pourra saisir le juge de sa convenance pour une action en contrefaçon. Il sera lié par le choix du contrefacteur dans le cadre de son action en déclaration de non-contrefaçon. La raison est simple. Le droit européen reconnaît qu'une action négative, soit ici une action en déclaration de non-contrefaçon, possède la même cause et le même objet qu'une action positive, soit l'action en contrefaçon. La conséquence concrète porte sur l'application des règles de litispendance, imposant au juge second saisi par le titulaire de se dessaisir au profit du juge premier saisi par le contrefacteur. Les Italiens ont opportunément appelé au développement de ces *torpedo injunctions*<sup>9</sup>, par lequel le contrefacteur saisit un tribunal lent d'une action en déclaration de non-contrefaçon, choix qui s'imposera, ensuite, au titulaire dans le cadre de son action en contrefaçon. Les effets délétères de cette jurisprudence ont été démultipliés par un arrêt *Folien Fischer*<sup>10</sup> intégrant les actions en déclaration de non-contrefaçon au sein de l'article 7.2 du règlement. L'effet fut d'ouvrir le champ du *forum shopping* offert au contrefacteur et qui s'imposera au titulaire, contre sa volonté.

Le paradoxe à l'issue de ce rapide tour d'horizon des applications concrètes du règlement à la contrefaçon est que le titulaire des droits est contraint de fragmenter territorialement ses actions en contrefaçon - comme si la territorialité du titre imposait une

territorialité du contentieux ce qui est pourtant inexact - alors que le contrefacteur bénéficie d'un *forum shopping* au lieu et place du titulaire. En un mot, les règles européennes de procédure semblent favoriser le contrefacteur et non le titulaire, ce que rien ne commande<sup>11</sup>.

## II. L'ouverture pan-européenne en matière de titres de l'Union

**Une *lex specialis* conforme aux intérêts du titulaire.** L'émergence de titres véritablement européens, tels que la marque (règlement 207/2009 du 27 février 2009), l'obtention végétale (règlement 2100/94 du 27 juillet 1994) ou encore le dessin et modèle (règlement 6/2002 du 12 décembre 2001), n'est pas sans conséquence sur les règles de compétence internationale en matière de contrefaçon. La compétence ne se déduit plus du règlement Bruxelles I Bis, mais de règles propres à ces règlements instituant un titre de l'Union, opportunément qualifié de *lex specialis*<sup>12</sup>. L'objectif de ces règles est d'assurer le titulaire de la compétence des tribunaux d'un État membre. La recherche du juge compétent s'effectue alors selon un rattachement en cascade (article 97 du règlement 207/2009, article 101 du règlement 2100/94, et article 82 du règlement 6/2002), débutant par les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel le défendeur a son domicile. À défaut, la compétence peut se fonder sur le domicile du défendeur et enfin, de manière subsidiaire, attribuer compétence aux tribunaux de l'État membre dans lequel l'Office à son siège. Pour une marque de l'Union, les tribunaux espagnols seront ainsi toujours applicables. Ce rattachement en cascade rend dès lors certaine la compétence des tribunaux d'un État membre pour juger

<sup>8</sup> CJCE, 6 déc. 1994, aff. C. 406/92, *Ship Tatry*.

<sup>9</sup> M. Franzosi, "Worlwide Patent Litigation and the Italian Torpedo", *EIPR*, 1997, p. 382.

<sup>10</sup> CJUE, 25 octobre 2012, aff. C-133/11, *Folien Fischer* et *Fofitex AG c. Ritrama Spa*.

<sup>11</sup> V. notamment, D. Moura Vicente, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, ADI-Poche Martinus Nijhoff Publisher, 2009, p. 413 ; J.-J. Fawcett & P. Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford University Press, 2d Ed., 2011, n° 11.08.

<sup>12</sup> CJUE, 5 juin 2014, aff. C-360/12, *Coty Germany GmbH c. First Note Perfumes NV*.

de la contrefaçon d'un titre de l'Union. À ces rattachements en cascade s'ajoute un rattachement fondé sur l'acte de contrefaçon ou plus exactement sur le fait de contrefaçon (article 97 du règlement 207/2009 et article 82 du règlement 6/2002 visant le fait de contrefaçon et néanmoins article 101 du règlement 2100/94 visant le fait dommageable). Ces deux rattachements (domicile des parties au contentieux et fait de contrefaçon) se cumulent, offrant une option au demandeur. L'option n'est toutefois pas parfaite, l'étendue de la compétence n'étant pas la même dans les deux cas. Alors que la compétence du juge du domicile du défendeur, du demandeur ou subsidiairement de l'Office s'étend « aux faits de contrefaçons commis sur le territoire de tout État membre », la compétence du juge du fait de contrefaçon sera limitée aux faits de contrefaçon commis sur le territoire de l'État au nom duquel il tranche le litige (article 98 du règlement 207/2009, article 101 du règlement 2100/94 et article 83 du règlement 6/2002). Dans un cas, le juge possèdera une compétence pan-européenne, dans l'autre non.

Le remarquable est alors que les défauts précédents semblent disparaître lorsqu'est en cause un titre de l'Union. On lira ainsi avec profit que le juge du fait de contrefaçon n'est pas compétent pour se prononcer sur une action en déclaration de non-contrefaçon (article 97 § 5 règlement 207/2009 et article 81 § 5 règlement 6/2002), limitant ainsi les risques de *forum shopping* de la part du contrefacteur. On ajoutera, à titre de comparaison, que le juge de la contrefaçon d'un titre de l'Union demeure, par principe, compétent pour se prononcer sur une exception portant sur la validité d'un tel titre (lecture combinée des articles 96 d et 100 du règlement 207/2009 et articles 81 et 86 règlement 6/2002). Enfin, le législateur unioniste n'impose aucun dessaisissement du juge second saisi d'une action en contrefaçon d'un titre communautaire au profit du juge premier saisi d'une action en déclaration de non-contrefaçon (art. 104 règlement 207/2009 et article 91 règlement 6/2002). C'est

reconnaître que le *forum shopping* dont est privé le titulaire de droits nationaux bénéficie au titulaire de titre de l'Union, tendance que renforce la Cour comme nous allons le voir.

**Une jurisprudence favorable aux intérêts du titulaire.** Trois arrêts rendus par la Cour de justice prolongent cette supériorité des règles de conflits de juridiction lorsqu'est en cause un titre de l'Union et non un titre national.

Ainsi, l'important arrêt *DHL*<sup>13</sup> dote la marque de l'Union et, plus généralement, tous les titres unitaires de l'Union, « d'une efficacité optimale sur le territoire de chaque État membre »<sup>14</sup>, ce dont on ne peut que se réjouir. La question, en l'espèce, portait sur la portée territoriale d'une injonction et plus particulièrement d'une interdiction sous astreinte prononcée par un juge français dans le cadre d'un contentieux portant sur une marque de l'Union. La Cour lie, avec une certaine pertinence, cette question avec celle de la compétence du juge, mais aussi avec celle de l'étendue du droit auquel il est porté atteinte (point 33). Selon la Cour donc, l'injonction pourra être dotée d'effet paneuropéen, si le juge possède une compétence paneuropéenne et que l'atteinte se localise sur l'ensemble dudit territoire. Il s'agit de reconnaître que la compétence du juge fixe un maximum quant au champs spatial de l'interdiction, maximum qui peut être réduit selon l'étendue de l'atteinte portée au droit. On le voit la nature paneuropéenne de la protection rejaille sur la compétence du juge et sur les injonctions qu'il peut ordonner. L'efficacité du titre est ici opportunément prolongée par les injonctions qui viennent le protéger.

La deuxième décision, plus récente, porte sur l'interprétation du terme établissement au sein du règlement 207/2009<sup>15</sup>. On rappellera qu'à défaut de domicile du défendeur au sein d'un État membre, le demandeur peut agir

<sup>13</sup> CJUE, 12 avr. 2011, aff. C-235/09, DHL Express France SAS contre Chronopost SA.

<sup>14</sup> L. d'Avout, D. 2011.2442, Pan. DCI.

<sup>15</sup> CJUE, 18 mai 2017, aff. C-617/15, Hummel Holding A/S c. Nike Inc, et Nike Retail BV.

devant les juridictions d'un établissement dudit défendeur, ces dernières possédant une compétence paneuropéenne. Or, en l'espèce, la Cour retient une définition large du terme établissement, fondée notamment sur l'apparence selon laquelle l'établissement agit « en prolongement de la société mère » (n° 38). Surtout, selon la Cour, il « n'importe pas, en principe, aux fins de l'application de l'article 97 ... que l'établissement ainsi déterminé ait ou non participé à la contrefaçon alléguée » (point 40). La prise en compte de l'apparence alliée à l'absence de lien entre le contentieux et ledit établissement conduit à ouvrir très largement le *forum shopping* au profit du titulaire. En l'espèce, ce dernier pourra agir en Allemagne pour toute l'Europe, et ce, malgré l'absence lien entre la filiale allemande et le contentieux.

Le troisième temps de cette ouverture jurisprudentielle est récent et témoigne particulièrement bien de la différence des règles de compétence selon que le contentieux porte sur des titres nationaux ou des titres de l'Union. L'affaire opposait une société japonaise de consoles de jeux à un contrefacteur français et à sa filiale allemande, la contrefaçon portant sur un dessin et modèle de l'Union<sup>16</sup>. Le titulaire souhaitait attirer le défendeur français devant les juridictions allemandes du co-défendeur, afin que ces dernières puissent prononcer des ordonnances de portée paneuropéenne à l'encontre des deux co-défendeurs. Alors que la réponse aurait été négative pour des titres nationaux, elle devient positive en raison de la nature unioniste du titre contrefait. L'explication est simple, pour qui veut bien suivre le raisonnement de la Cour. Pour des titres nationaux, les situations sont différentes en droit excluant tout risque d'inconciliabilité et donc le jeu de la connexité (n° 46). En revanche, le caractère unitaire de la protection permet de conclure à l'existence d'une même situation de droit, justifiant de retenir la connexité, pour éviter précisément ce risque

<sup>16</sup> CJUE, 27 sept. 2017, aff. C-24/16 et C-25/17, Nintendo Ltd c. BigBen Interactive GmbH, BigBen Interactive SA.

d'inconciliabilité (n° 48). Dans la précédente affaire *Hummel*, la différence des règles de compétence s'expliquait par le fondement différent des textes en cause. Si le règlement Bruxelles I Bis vise une certaine recherche de proximité alliée à un objectif de protection des parties faibles, l'objectif des règlements créant un titre unitaire est « de renforcer la protection des marques de l'Union européenne et d'éviter ... des atteintes au caractère unitaire desdites marques » (n° 26). La propriété intellectuelle de nature et d'effet européen colore les règles de procédure, marquant ainsi leur autonomie par rapport à la règle générale en matière de compétence<sup>17</sup>. À l'inverse, dans ce dernier arrêt, le texte appliqué est le même, seule l'interprétation diverge. L'une est territorialiste et défavorable au titulaire ; l'autre est paneuropéenne et favorable au titulaire. La justification de cette différence de traitement réside, pour la Cour, dans la portée nationale ou européenne de la protection conférée. En pratique, outre le *forum shopping* que cela pourra créer au profit des titulaires, cette ouverture pourrait aussi constituer un argument de poids en faveur des titres de l'Union.

On mesure ainsi, comment le droit international privé européen lie le champ territorial de la compétence à celui de la protection conférée. La compétence du juge possède une portée européenne pour un titre européen, pour se réduire lorsque le titre est national.

## Conclusion : quel modèle pour l'Afrique ?

La juste compréhension du régime des droits délivrés par l'OAPI<sup>18</sup> devrait justifier de s'inspirer du strict régime territorialiste mis en œuvre par la Cour de justice pour les titres nationaux. En effet, l'analogie avec les brevets

<sup>17</sup> Pour approfondir : E. Treppoz, « Does size matter ? A Comparative Study on Jurisdiction Rules applicable to Domestic and EU IP Titles », *Research Handbook on EU Private International Law*, dir. P. Stone et Y. Farah, Edward Elgar, 2015, p. 152 et suiv.

<sup>18</sup> Voir la présentation de Falilou Diop sur le sujet.

européens et les titres OAPI est aisée à mener. Dans les deux cas, la délivrance unique conduit à l'octroi de « faisceau de droits nationaux », gouvernés par une logique d'indépendance et de territorialité. L'absence de régime unitaire exclurait une application par analogie des règles ouvertes et régionalistes de droit international privé mise en œuvre pour les titres européens précisément unitaires.

L'analogie serait pourtant trompeuse. La construction européenne n'a que l'apparence de la logique. Ce lien entre territorialisme du juge et territorialité de la protection n'est en aucun cas nécessaire. Le paradoxe est alors patent entre un marché exploité parfois mondialement et une protection conférée le plus souvent nationalement. Cette tension est renforcée lorsque deux sociétés se concurrencent sur un marché qui n'est pas que national. D'un point de vue économique, la contrefaçon dépasse le cadre d'un État. D'un point de vue juridique, elle demeure locale en raison de la territorialité du titre. Un dépassement de cette logique territorialiste est alors bienvenu. Or, rien ne l'exclut ni théoriquement que pratiquement.

Le modèle ne serait alors pas pour l'OAPI, le système de droit international privé applicable aux titres nationaux, mais bien celui ouvert et régional mis en œuvre pour les titres unitaires. Cette ouverture se rapproche alors opportunément des propositions de *soft law* provenant tant des États-Unis que d'Europe<sup>19</sup>. Plus généralement, le législateur OAPI pourrait s'inspirer de l'article 41 de l'Accord ADPIC. On rappellera que selon ce texte, les États membres doivent veiller à mettre en place des procédures efficaces et rapides. L'étroit territorialisme de la Cour de justice, lorsqu'est en cause un titre unitaire, contredit précisément ces objectifs internationaux d'efficacité et de rapidité.

<sup>19</sup> Sur lesquelles : E. Treppoz, Un autre regard : étude comparée des Principes de l'American Law Institute et du Max Planck Institute sur le droit international privé de la propriété intellectuelle, *Droit international privé et propriété intellectuelle : un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies*, éd. C. Nourissat et E. Treppoz, édition bilingue, Lamy, 2010, pp. 273-303.

Inspiré par le droit international, le régime OAPI pourrait alors opportunément adopter une approche pragmatique, comme elle le fit en matière de droit d'auteur<sup>20</sup>, en consacrant au sein de ces différents modèles les solutions les plus pertinentes.

L'Afrique pourrait alors devenir le premier système consacrant des règles de conflits de juridictions spécifiques à la propriété intellectuelle et dépassant enfin cet étroit cadre territorialiste. Il serait alors intéressant d'imaginer au sein de l'Accord de Bangui un système complet de droit international privé de propriété intellectuelle. Le remarquable serait alors que ces règles de droit international privé seraient innervées par l'objectif de protection présent dans l'accord de Bangui. Cette source permettrait alors aux règles de droit international privé de se départir d'une excessive neutralité pour revêtir les habits de la propriété intellectuelle.

La complétude du système supposerait néanmoins que ces règles fassent l'objet d'une interprétation uniforme. L'exemple européen montre en effet qu'un même texte peut faire l'objet d'une interprétation totalement divergente. On rappellera en effet que, sur le fondement du même article, la Cour de justice a retenu une approche strictement territoriale en matière de connexité pour des titres nationaux et une approche plus ouverte pour des titres unitaires<sup>21</sup>. Le risque, bien évidemment, est que l'harmonisation des seules règles de conflits ne génère des interprétations divergentes par les cours nationales en charge de l'interprétation. L'interprétation des règles de compétence de la Convention de Montréal montre en effet que l'interprétation divergente entre les États-Unis et la France peut conduire à des tragiques conflits négatifs<sup>22</sup>. L'idéal serait

<sup>20</sup> Voir la présentation de Fabrice Siirainen.

<sup>21</sup> Comparer CJCE, 13 juill.2006, préc. et CJUE, 27 sept. 2017, préc.

<sup>22</sup> Sur l'affaire *West Caribbean* et son traitement divergent en France et aux États-Unis : E. Treppoz, Du dialogue au monologue : retour sur la régulation transatlantique de la compétence en droit international privé, *Revue des contrats*, 2014.698

alors de mettre en œuvre une interprétation uniforme de ces règles par une Cour supranationale, qui pourrait être interne ou externe à l'OAPI<sup>23</sup>.

**E. T.**

---

<sup>23</sup> Voir la présentation de Gérard Anou.

