

**NUMÉRO 11
DÉCEMBRE 2020**

REVUE FRANCOPHONE DE LA **PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**



ASSOCIATION FRANCOPHONE DE
LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

www.revue-rfpi.com

ISSN 2490-8347

Direction de la Revue

Yann BASIRE

Maître de conférences à l'Université de Strasbourg, Directeur Général du CEIPI

Rédactrice en chef

Clémence DE MARASSE-ENOUF

Responsable d'édition

Alice GUERINOT

Comité Éditorial Central

Yann BASIRE

Maître de conférences à l'Université de Strasbourg, Directeur Général du CEIPI

Valérie-Laure BENABOU

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

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

Amélie FAVREAU

Maître de conférences à l'Université de Grenoble- Alpes

Karlo FONSECA TINOCO

Docteur en droit, Avocat

Francis GURRY

Directeur général de l'OMPI

Caroline LE GOFFIC

Maître de conférences HDR à l'Université Paris Descartes

Jacques LARRIEU

Professeur émérite

Christian LE STANC

Professeur émérite, Avocat

Stefan MARTIN

Membre des Chambres de recours de l'EUIPO et des Chambres de recours de

l'Office communautaire des variétés végétales

Pilar MONTERO

Professeur à l'Université d'Alicante

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

Docteur en droit privé

Dusan POPOVIC

Professeur à l'Université de Belgrade, Serbie

Ciprian Raul ROMIȚAN

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

Viorel ROS

Professeur, Université « Nicolae Titulescu » de Bucarest

Eric SERGHERAERT

Professeur, Université Lille, membre du CRDP - l'ERADP

Eleni-Tatiani SYNODINOU

Maître de Conférences à l'Université de Chypre

Comité Régional Océanie

Emmanuel GILLET

Docteur en droit

Philippe GIRARD-FOLEY

Avocat

Comité Régional Afrique

Yasser OMAR AMINE

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

Ampah JOHNSON-ANSAH

Enseignant-chercheur à l'Université de Lomé

François-Xavier KALINDA

Docteur en droit, ancien Doyen de la faculté de droit de l'Université du Rwanda

Daoud Salmouni ZERHOUNI

Avocat

Comité Régional Amérique du Nord

Charles DE HAAS

Avocat

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 :

Nicolas BRONZO

Natalia KAPYRINA

Caroline LE GOFFIC

Avec le concours des étudiants du CEIPI :

Florian BLEUET

Marion MENANT

Isabelle OUADGHIRI

Caroline PAOLINI

Axelle POULIGUIN

Léa ZYLBERSTEIN

Revue Francophone de la Propriété Intellectuelle

ISSN 2490-8347

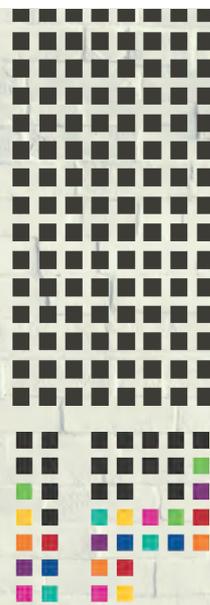
N° 11 - décembre 2020

SOMMAIRE

ÉDITORIAL.....	2
Maher AYROUD - L'imprévision entre la clarté du droit commun et l'ambiguïté du droit d'auteur : applications et perspectives - L'exemple de l'Égypte	5
Ampah JOHNSON-ANSAH - Le bon grain et l'ivraie : l'appréciation de la contrefaçon des droits de brevet et de marque par le juge togolais	17
Salma KHALED - La saisie-contrefaçon en droit tunisien des brevets d'invention	34
Stéphanie NGO MBEM-KONEBA - Les aspects juridiques et éthiques du plagiat	44
Laurier Yvon NGOMBE - Enquête sommaire sur le contrat d'édition dans l'espace OAPI	54
Claudia BARRAQUINO - La déchéance de la marque pour défaut d'usage : Cadre du Système Régional de la Communauté Andine des Nations	71
José Roberto D'Afonseca GUSMÃO et Laetitia Maria Alice Pablo d'HANENS - L'enjeu de la liberté d'expression dans les œuvres biographiques non autorisées	81
Laurent MUHLSTEIN - Les procédures d'intervention des autorités douanières en droit suisse.....	93

Plasseraud

INTELLECTUAL PROPERTY



We take care of your IP

Grands groupes, petites et moyennes entreprises, organismes de recherche, start-ups : votre créativité est votre force et votre patrimoine. Avec l'une des plus grandes équipes de spécialistes en Propriété Intellectuelle en Europe, regroupant Conseils en Propriété Industrielle, ingénieurs, juristes, consultants et experts, nous sommes à vos côtés pour protéger vos inventions, défendre vos droits et valoriser vos idées. Faire de la Propriété Intellectuelle le socle de vos projets stratégiques.

www.plass.com



Plasseraud 
brevets

Plasseraud 
marques & modèles

Plasseraud 
internet & data

Plasseraud 
start-up

Plasseraud 
contrats & valorisation

Plasseraud 
origines & qualités

Plasseraud 
anti-contrefaçon

Plasseraud 
avocats

ÉDITORIAL

Nicolas Bronzo

Il y a dans la bibliothèque de tout juriste des étagères que l'on connaît bien, celles vers lesquelles la main se tend quotidiennement pour atteindre les ouvrages pratiques, actualisés, « utiles » pourrait-on dire. Et puis il y a ces territoires plus incertains, où les actes de colloques voisinent les thèses et les volumes anciens. Une récente opération de rangement m'a fourni l'occasion de me replonger dans certains de ces ouvrages, et de feuilleter à nouveau quelques-unes des plus belles pages écrites sur le droit des brevets.

Je songe par exemple à l'extraordinaire traité de Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, paru chez Sirey en deux tomes : l'un consacré à une théorie générale de la propriété industrielle, (1952), l'autre au droit spécial (1954). On ne peut qu'être frappé par la modernité de l'approche et par la richesse des développements. Les pages consacrées à la nature juridique des droits de propriété industrielle (t. 1, n°19 et s.) sont un classique de la matière, mais chaque chapitre ou presque recèle son lot de trésors : (« Place du droit de la propriété industrielle dans l'ordre juridique » (t. 1, n°10 et s.), « théorie générale des antériorités » (t. 1, n°26), distinction entre l'invention et la découverte scientifique (t. 2, n°146), etc. etc.

Plus ancien de presque un siècle - et sans doute moins connu - le *Traité des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle* des Belges Picard et Olin (1866) s'inscrit dans une logique nettement plus contestataire. Écrite dans un style incisif, la passionnante introduction en forme de « théorie sur les inventions industrielles » s'achève sur un jugement sans appel (auquel je ne souscris pas) : « En somme donc les brevets ne sont favorables à personne, ni à leur possesseurs, ni à l'intérêt général »(!). Quelques années plus tard, Pouillet livrera dans l'introduction de son célèbre *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon* un point de vue diamétralement opposé : « Nous avons parcouru le cercle des arguments qu'on invoque en faveur de l'abolition des brevets, et nous n'en avons pas rencontré un seul qui nous saisisse et nous persuade ». Récompense de l'inventeur, liberté d'entreprendre, nature du droit de propriété industrielle, articulation avec l'intérêt général, le progrès scientifique, la justice sociale... Ces controverses qui animaient la doctrine du XIX^{ème} siècle résonnent encore aujourd'hui de façon familière aux oreilles des spécialistes de la propriété intellectuelle.

Retour au XX^{ème} siècle avec un ouvrage qui fera longtemps référence : le premier tome du *Traité des brevets* de Mousseron (Litec, 1984) consacré à l'obtention des brevets - le second tome ne paraîtra hélas jamais. Le style est direct, efficace. Je me souviens combien, étudiant, cet ouvrage m'avait d'abord semblé aride. Et pourtant, une fois apprivoisé, quelle puissance se dégage de ces réflexions ! Le droit des brevets y est abordé comme une branche du droit de la recherche-développement, activité qu'il convient de réguler dans une perspective utilitariste. « L'idéologie dominante de notre société, écrit Mousseron, sous quelques frissons épidermiques à la mode, croit au progrès économique par le progrès technique, et au progrès technique par le développement de la recherche ». (n°7, p. 11). Et de conclure, quelques lignes plus loin : « Il suit de ces brèves observations que l'intérêt économique et social appelle une intervention favorable des pouvoirs publics et que, dans le monde présent, toute société aura pour souci de favoriser le développement en son sein des activités de recherche [...] » (n°7, p. 14). Texte fondateur de « l'École de Montpellier », l'introduction s'attarde également sur les mécanismes de « réservation » des informations « utiles » ainsi que sur l'articulation entre les moyens de cette réservation et les notions de valeur et de bien (n° 11 et s.). Cette mécanique de la réservation privative, déjà présente dans la thèse de Mousseron, sera reprise quelques années plus tard, dans un autre texte essentiel paru dans les mélanges Breton / Derrida (Dalloz, 1991) et intitulé « Valeurs, biens, droits ».

Je m'arrête ici faute de place. Après avoir papillonné d'un livre à l'autre pendant presque une après-midi, il fallait bien se rendre à l'évidence : je n'avais pas rangé grand-chose. C'était même plutôt l'inverse ! Mais j'avais ressenti un réel plaisir à emprunter sans but précis les chemins tracés par les grands penseurs de la propriété intellectuelle. De cette expérience je retire une indéniable satisfaction, mais aussi une forme de nostalgie : celle du temps où, jeune chercheur, j'arpentais ces pistes presque quotidiennement pour les besoins de la thèse. Et puis, passée la nostalgie, une crainte : et si, à l'heure de la recherche sur les bases de données et de la controverse doctrinale sur twitter, ces textes finissaient par être oubliés ?

Afrique



Comité Régional Afrique

Yasser OMAR AMINE

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

Ampah JOHNSON-ANSAH

Enseignant-chercheur à l'Université de Lomé

François-Xavier KALINDA

*Docteur en droit, Ancien Doyen de la
Faculté de Droit de l'Université du Rwanda*

Daoud Salmouni ZERHOUNI

Avocat

L'imprévision entre la clarté du droit commun et l'ambiguïté du droit d'auteur : applications et perspectives - L'exemple de l'Égypte

The unpredictability between the clarity of civil law and the ambiguity of Copyright: Applications and Perspectives - The Example of Egypt

Maher AYROUD

*Docteur en droit de l'Université de Poitiers
Chercheur associé au CECOJI et à l'Université d'Alep*

Le Code civil égyptien connaît depuis sa promulgation en 1949 la révision pour imprévision. Le texte est rédigé en termes limpides et a fait l'objet de maints arrêts de la Cour de cassation. Un demi-siècle plus tard, le droit d'auteur a consacré cette question dans un texte dont les termes ambigus confondent lésion et imprévision et auquel la jurisprudence reste réticente. Cette étude essaie d'aborder l'imprévision en droit commun et son articulation avec le droit d'auteur, une telle articulation pouvant révéler la nécessité d'une réforme du texte spécial.

The Egyptian Civil Code, since its enactment in 1949, recognizes the revision for unpredictability. The text is written in clear terms and it is the subject of numerous decisions of the Court of Cassation. Half a century later, copyright law has enshrined this issue in a statute whose ambiguous terms confuse substantive inequality and impracticability of contract caused by an event unpredictable and to which case law remains reluctant. This study tries to shed the lights on the unpredictability in civil law and its articulation with copyright. Such an articulation could reveal the need for a reform of the special text.

Introduction

Origine historique. Le législateur arabe n'a pas hésité à intégrer la théorie de l'imprévision dans le droit commun des contrats. Ce choix législatif s'explique par la conformité de l'imprévision avec l'esprit du droit musulman¹. Ce dernier avait donné à cette notion une ampleur considérable, spécialement en matière de bail². Il semble que le législateur civil ne justifie pas l'imprévision par l'intérêt général (recherché par le juge administratif en acceptant l'imprévision), mais il fonde cette notion sur le principe de justice, la protection

de la partie faible du contrat. Ce fondement trouve son origine dans la doctrine musulmane du « juste prix » qui permet des rapports fraternels entre créanciers et débiteurs. « L'exigence rigoureuse d'une équivalence des rapports respectifs dans les contrats commutatifs, règle d'équité promotrice de justice distributive » est l'un des principes fondamentaux de l'Islam³. Selon Al Termanini, la théorie de l'imprévision se rattache à la règle du *fiqh* musulman : « Il faut se montrer large dans l'application des règles aux choses dont

¹ Ch. Chehata, « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 17 N°4, oct.-déc. 1965. p. 843. Ce droit est considéré comme une source formelle des codes civils de certains pays arabes (article premier du Code civil égyptien et syrien). Ce code qui

se présente comme une figure adaptée du Code civil français de 1804 n'a pas rompu le lien avec son passé.

² L'imprévision a été consacrée dans l'article 608 du Code civil égyptien.

³ L. Milliot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris 1953, n° 193, p. 205.

l'exécution est difficile »⁴. À partir de cette règle, plusieurs théories ont été établies en droit musulman : théories de l'excuse, des calamités, de la monnaie de paiement...⁵.

Consécration législative. La théorie de l'imprévision a été consacrée par le législateur égyptien dans le Code civil de 1948⁶ dont la formule a été reproduite par la plupart des codes civils arabes⁷. La rédaction de ces textes consacrant ce mécanisme dérogatoire au principe du *pacta sunt servanda* est très proche de celle du Code civil italien de 1942 (Art. 1764)⁸.

Dans une rédaction assez simple et claire l'article 147 du Code civil égyptien dispose que :

« 1) Le contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué ni modifié que de leur consentement mutuel, ou pour les causes prévues par la loi.

2) Toutefois, lorsque, par suite d'événements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte

exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle ».

S'agissant du droit d'auteur, la révision pour imprévision a été adoptée pour la première fois en droit égyptien par la Loi n° 82 de 2002 relative aux droits de propriété intellectuelle⁹. L'article 151 de cette loi prévoit que « Si la convention visée à l'article 150 de la présente loi apparaît préjudiciable aux droits de l'auteur ou lorsqu'elle le devient à la suite des circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat, l'auteur ou son successeur peut demander au tribunal de première instance de réviser le montant de la rémunération convenue tout en prenant en considération les droits et intérêts de son cocontractant et sans préjudice de celui-ci »¹⁰. De manière similaire, le droit d'auteur jordanien dispose que « L'auteur peut transférer tout droit patrimonial sur son œuvre sur la base de la participation proportionnelle aux recettes ou bénéfices provenant de l'exploitation de l'œuvre. Toutefois, si l'accord

⁴ A. Al Termanini, *L'imprévision. Étude historique et comparative du droit musulman et application de la théorie dans le droit positif des pays arabes*, thèse Beyrouth, 1964 (en arabe).

⁵ J. M. Mousseron, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 20 N°1, janv.-mars 1968, p 76.

⁶ Art. 147. al. 2 du Code civil égyptien.

⁷ Les codes civils syrien (Art. 148-2), koweïtien (Art. 198), libyen (Art.147), algérien (Art 107. al. 3), irakien (Art. 146. al. 2), jordanien (Art. 205), bahreïnien (Art. 130), qatari (Art. 171) et le Code des transactions civiles des Émirats Arabe Unis (Art. 249). Le législateur arabe s'est inspiré dans la rédaction de ces textes de l'article 1467 du Code civil italien de 1942 ; H. Al-Dabbagh, « Regards d'un juriste arabe sur les mécanismes de justice contractuelle dans le Code civil du Québec », article en ligne sur : <http://www.institut-idef.org/Regards-d-un-juriste-arabe-sur-les.html>, déc. 2011, pp. 6, 7.

⁸ Cet article prévoit que : « Dans les contrats dont l'exécution est continue ou périodique ou dont l'exécution est différée, si la prestation des parties est

devenue excessivement onéreuse par l'effet d'événements extraordinaires et imprévisibles, la partie qui est débitrice de cette prestation peut demander la résolution du contrat avec les effets établis par l'article 1458.

La résolution ne peut être demandée si l'onérosité subséquente entre l'aléa normal du contrat.

La partie à l'encontre de laquelle est demandée la résolution du contrat peut l'éviter en offrant de modifier selon l'équité les termes du contrat ». Cité dans A. Parent, *L'imprévision en droit comparé : une analyse normative économique*, thèse, université McGill, Montréal, 2014, p.64.

⁹ L'ancienne loi n° 354 de 1954 relative au droit d'auteur ne prévoyait aucun texte en matière de révision pour imprévision.

¹⁰ La rédaction de cet article est très identique à celle du droit d'auteur libyen (Art. 40 de la Loi N° 9 de 1968 relative au droit d'auteur) et du droit d'auteur des Émirats Arabe Unis (Art. 11 de la Loi Fédérale N° 32 de 2006 modifiant la Loi Fédérale N° 7 de 2002 relative aux droits d'auteur et des droits voisins).

d'exploitation se révèle défavorable à l'auteur pour des raisons qui n'étaient pas apparentes lors de sa conclusion ou qui sont apparues ultérieurement, l'auteur a droit à une part supplémentaire de ces bénéfices ou recettes »¹¹.

Une lecture comparée des textes relatifs à l'imprévision montre que le droit commun est plus précis que le droit d'auteur auquel les juges sont restés réticents et dont l'application jurisprudentielle est quasi absente¹². Ce mécanisme dérogatoire relevant du texte spécial est désormais en concurrence avec un mécanisme similaire plus clair relevant du droit commun. La coexistence de ces deux mécanismes peut offrir une complémentarité par laquelle le droit commun peut servir à combler les lacunes du droit spécial. Dès lors, le législateur égyptien et, au-delà, les autres législateurs arabes adoptant le même texte sont appelés à introduire une réforme du droit d'auteur en matière de l'imprévision. Mais dans quelles perspectives ? Le législateur doit-il s'inspirer des solutions déjà appliquées en droit commun ?

Il serait donc intéressant, dans un premier temps, d'aborder l'imprévision en droit commun (I) et, dans un second temps, d'évoquer la question en droit d'auteur (II).

I. L'imprévision en droit commun

La révision judiciaire pour imprévision qu'offre l'article 147 du Code civil égyptien n'est pas conditionnée par la renégociation préalable à la demande judiciaire exigée par le droit français¹³. Si les conditions prévues dans l'article suscitée sont réunies, le débiteur peut

directement solliciter l'intervention du juge (A)¹⁴. Le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. L'étendue de ce pouvoir a fait l'objet de plusieurs arrêts de la Cour de cassation égyptienne (B).

A. Conditions d'application de l'imprévision

Le domaine d'application de l'imprévision.

Les contrats auxquels la théorie de l'imprévision peut être applicable sont ceux dont l'exécution s'étale dans le temps. Dans un arrêt de principe, la Cour de cassation égyptienne a confirmé que l'article 147 du Code civil s'applique aux contrats pour lesquels une période de temps s'écoule entre le moment de la formation et le moment de l'exécution. Le domaine d'application de cet article comprend les contrats dont l'exécution est continue, périodique ou différée¹⁵. La cour suprême exclut de l'application de l'imprévision les contrats aléatoires qui peuvent, par leur nature, faire subir aux parties une perte exorbitante ou, à l'inverse, engendrer des profits¹⁶.

Survenance d'un événement imprévisible, exceptionnel et général. L'événement doit survenir après la formation du contrat, c'est-à-dire lors de son exécution. Le droit égyptien ajoute deux autres conditions en plus de l'imprévisibilité exigée par le droit français. L'événement imprévisible doit être général et exceptionnel. Ces conditions supplémentaires rendent le champ d'application de l'imprévision plus étroit¹⁷. L'exigence de la

¹¹ Article 28 de la Loi N° 22 de 1992 relative au droit d'auteur modifiée par la Loi N° 23 de 2014.

¹² Les rares applications jurisprudentielles s'expliqueraient par le fait que les parties au contrat d'exploitation des droits d'auteur préfèrent la renégociation des conventions aux procédures contentieuses dont le coût est dissuasif.

¹³ Art. 1195 du C. civ. Il appartient au juge de veiller à ce que le demandeur de la révision ait sollicité à son cocontractant une renégociation du contrat sous peine

d'une fin de non-recevoir. ; J.-F. Fédou, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, N° 2, p. 382.

¹⁴ Rien n'interdit en pratique aux parties au contrat de tenter de trouver un accord avant de porter leur contentieux devant le juge.

¹⁵ Cass. civ., 18 fév. 1965, n°248, année judiciaire 30.

¹⁶ Cass. civ., 3 janv. 1963, n° 263, année judiciaire 26.

¹⁷ Plusieurs auteurs appellent à la suppression de ces conditions supplémentaires de l'événement imprévisible afin d'élargir le champ d'application de la théorie de l'imprévision. ; V. notamment, Ch. Benyahya, « La

généralité signifie que l'événement imprévu doit être commun et non particulier au débiteur. Ainsi, le débiteur malade ne peut pas invoquer l'imprévision sauf si sa maladie était une conséquence d'une épidémie. Quant au caractère « exceptionnel », il est plus restreint que celui « imprévisible¹⁸ ». En effet, tout événement peut être ordinaire en soi lors de la conclusion du contrat, mais en même temps imprévisible quant à son ampleur ou à la date de sa survenance¹⁹. L'imprévisibilité et l'exceptionnalité de l'événement se mesurent à l'aune de la capacité de prévision de l'homme moyen placé dans les mêmes circonstances au moment de la formation du contrat. La capacité de prévision, ou non, du débiteur ne compte donc pas dans la qualification de l'événement imprévu. Cette qualification appartient au juge du fond²⁰. Parmi les événements jugés exceptionnels et imprévisibles, la Cour de cassation égyptienne a considéré comme un événement imprévu la chute importante du prix des terrains agricoles à la suite de la promulgation de la Loi portant réforme du droit de propriété agricole de 1952. Cette loi a rendu les obligations des acquéreurs excessivement onéreuses²¹. Contrairement à cette position, la Cour de cassation irakienne, le jugeant prévisible, a refusé la révision du prix

des matériaux de construction qui a subi une fluctuation à cause de la situation irakienne²². Il en va de même pour la chute du prix du pétrole qui a été considéré comme un événement prévisible²³. L'insécurité accompagnant la guerre irakienne de 2003 a été prise en considération pour appliquer la révision pour imprévision d'un bail commercial²⁴.

Deux conditions implicites ajoutées par la jurisprudence. La survenance de l'événement perturbateur ne doit pas être imputable à la faute du débiteur. Ainsi, le débiteur ne peut-il se prévaloir de la révision pour imprévision s'il retarde, par sa faute d'exécuter son obligation jusqu'au moment de la survenance de l'événement provoquant le déséquilibre des prestations contractuelles²⁵. La Cour de cassation égyptienne exige également que, au moment de la survenance de l'événement imprévu, le contrat soit toujours en cours d'exécution dans les conditions établies par les parties et que cette exécution devienne excessivement coûteuse du fait de cet événement. Autrement dit, le débiteur doit prouver un lien de causalité entre le changement imprévu de circonstance et l'onérosité excessive de l'exécution de son obligation²⁶.

nécessité d'abroger la condition de généralité de l'imprévision du Code civil algérien, étude comparée avec la doctrine musulmane », *Revue Acadimya des études sociales et humaines*, N° 4-2004, (en arabe).

¹⁸ Le droit égyptien s'est inspiré, en exigeant l'exceptionnalité, du Code civil italien lequel prévoit qu'un événement perturbateur extraordinaire et imprévisible doit survenir (Art. 1467 al. 1^{er}).

¹⁹ B. Atmani, Ph. Delebecque, « La théorie de l'imprévision : étude en droit algérien et français », *Les Annales de l'université d'Alger 1*, N°33, Tome III, sept. 2019, p. 551.

²⁰ Cass. civ., 29 nov. 1990, n°1297, année judiciaire 56 ; Cass. civ., 11 janv. 1978, n° 448, année judiciaire 43.

²¹ Cass. civ., 3 mars 1963, 263, année judiciaire 26 ; Cass. Civ., 2 juill. 1964, 187, année judiciaire 29 ; Cass. Civ., 3 janv. 1963, n° 263 précité.

²² Cass. civ. élargie, 26 sept. 2007, n°103. Cité par H. Dabbagh, « Contentieux irakien des contrats », in *Vers un droit commun des contrats à la lumière de la*

jurisprudence arabe, Actes du XXXIV^e Congrès international de l'IDEF à l'Université de Sharjah aux EAU, *Revue du droit des affaires en Afrique*, N° spécial, novembre 2019, p. 44.

²³ Cass civ 17 sept. 2009, n°990/09. Cité dans H. Dabbagh, « Contentieux irakien des contrats », préc., p. 44.

²⁴ Cass civ 20 juin 2007, n°230. Cité dans H. Dabbagh, « Contentieux irakien des contrats », préc., pp. 44, 45. La cour a affirmé le jugement du fond qui avait réduit dans une proportion raisonnable le loyer du locataire dont les activités sont devenues excessivement difficiles à la suite de l'insécurité ambiante dans la localité en 2003.

²⁵ Cass. civ., 3 janv. 1963, n° 263, précité.

²⁶ Cass. civ., 8 déc. 2016, n° 16010, année judiciaire 85. La cour a censuré une décision du juge du fond qui avait appliqué l'imprévision dans un contrat de crédit souscrit par un débiteur pour achever des travaux de construction et de finition d'un village touristique et d'un hôtel. Le débiteur s'est prévalu de la révision pour

Exécution excessivement onéreuse. La survenance d'événements imprévus doit rendre l'exécution de l'obligation non pas impossible, mais si onéreuse que le débiteur subirait une perte exorbitante. La haute juridiction d'Égypte apprécie le caractère « excessif » de manière objective en fonction du degré du déséquilibre des prestations. La cour affirme que l'onérosité excessive subie par le débiteur ne s'apprécie pas par rapport à sa situation financière personnelle. Or, il faut examiner l'excessivité de l'onérosité *in concreto* en tenant compte des circonstances particulières de chaque contrat²⁷. L'événement imprévu doit modifier de manière excessive l'équilibre économique du contrat de manière à imposer au débiteur une perte économique supérieure à l'aléa normal, c'est-à-dire le débiteur qui subit un préjudice normal ne pourra pas invoquer l'imprévision²⁸. L'appréciation de l'excessivité de l'onérosité est soumise au pouvoir discrétionnaire du juge du fond²⁹. Il convient donc de s'interroger sur l'étendue du pouvoir du juge dans la mise en œuvre de l'imprévision.

B. Mise en œuvre de l'imprévision

Absence de mise en œuvre graduelle. Le droit égyptien, comme on l'a déjà vu, n'a pas opté pour des solutions graduelles en cas d'imprévision. Si les conditions de l'imprévision sont réunies, le débiteur dont l'obligation est devenue excessivement onéreuse peut unilatéralement solliciter la

imprévision à la suite de la Révolution du 25 décembre 2011 qui a causé la chute de son chiffre d'affaire. La Cour de cassation a affirmé qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre cet événement et l'inexécution de l'obligation du débiteur. Le contrat de crédit n'était souscrit que pour financier les travaux de finition et de construction et non pas pour l'exploitation commerciale des établissements dont le permis d'exploitation n'était pas encore délivré à la date de conclusion du contrat. La cour ajoute que le retard du débiteur d'exécuter ses obligations a été établi avant et après la survenance du Printemps égyptien en 2011 et que ce retard doit être imputable à la faute du débiteur.

révision du contrat par le juge. Contrairement au droit français³⁰, l'intervention judiciaire est possible, même à défaut de toutes renégociations préalables ou de tentative de règlement amiable entre les parties au contrat litigieux. L'absence de solutions graduelles dans le texte égyptien nous amène à rappeler la nécessité de réviser ce texte en y intégrant la subsidiarité de l'intervention du juge qui est assez unanimement approuvée³¹. Ce consensus, comme l'affirme le Professeur Stoffel-Munck, « souligne combien la réécriture du contrat par le juge n'est pas considérée comme une solution naturelle. Mieux vaut effectivement privilégier un ajustement du contrat par ceux qui sont au plus proche de sa réalité »³².

Étendue du pouvoir du juge de réviser le contrat. Contrairement au droit français, la portée de l'intervention du juge en cas d'imprévision se trouve limitée en droit égyptien. Le législateur égyptien n'a pas jugé utile de conférer au juge le pouvoir de mettre fin au contrat³³. Cette restriction s'explique par l'objectif principal de l'imprévision qui est de maintenir le lien contractuel et la force obligatoire du contrat en réduisant l'obligation devenue onéreuse plutôt qu'en y mettant fin. Cette solution permet de répartir entre les parties les conséquences de l'événement imprévu au lieu de les faire peser, en cas de

²⁷ Cass. civ., 12 déc. 1968, n° 475, année judiciaire 34 ; Cass. civ. 1^{er} mars 1977, n° 580, année judiciaire 43 ; Cass. civ. 26 mars 1964, n° 368, année judiciaire 29.

²⁸ Cass. civ., 21 mars 1963, n° 259, année judiciaire 28.

²⁹ Cass. civ., 12 déc. 1968, n° 475, préc. ; Cass. civ. 1^{er} mars 1977, n° 580, préc.

³⁰ Art. 1195 du Code civil.

³¹ Notamment dans l'article 6.2.3 des principes Unidroit (Hardship), ou dans l'article 6:111 des principes du Droit européen des contrats.

³² Ph. Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *Revue des contrats* 2016, n° Hors-série, page 30, n° 3.

³³ Cass. civ., 20 déc. 1973, n° 142, année judiciaire 37.

résolution du contrat, sur les épaules du créancier³⁴.

Modalités de la révision judiciaire du contrat.

Le législateur égyptien utilise pour définir la modalité offerte au juge de réviser le contrat le terme suivant : « le juge peut [...] réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive ». Le terme paraît plus restreint que celui employé par le Code civil français à l'article 1195 al. 2, lequel utilise les termes « le juge [...] peut réviser le contrat ». La traduction du texte arabe en français est à l'origine de cette restriction du terme de l'article 147. En effet, le terme « réduire l'obligation devenue excessive » se trouvait dans la rédaction proposée par le projet final du nouveau Code civil. La Commission des lois au Sénat voyait que le terme « réduire » ne signifiait pas à proprement parler la réduction de l'obligation, mais plutôt la réadaptation de celle-ci. La Commission avait donc modifié ce texte dont la rédaction actuelle en langue arabe dispose que : « le juge peut [...] rendre l'obligation excessive plus raisonnable »³⁵. Cette phrase confère au juge des pouvoirs plus larges et plusieurs modalités afin de rendre plus raisonnable l'obligation excessive. L'objectif de l'intervention du juge consiste à maintenir l'obligation du débiteur et à préserver ses intérêts tout en prenant en compte ceux du créancier. Le juge ne doit donc pas chercher à rétablir l'équilibre initial rompu. Sa mission ne consiste pas à libérer le débiteur de toute son obligation excessivement onéreuse, mais à faire partager les conséquences de l'imprévision en faisant subir au débiteur la perte normale et prévisible le jour de la formation du contrat et en répartissant la perte excessive et imprévue entre cocontractants³⁶. Selon Al Sanhoury, pour atteindre cet objectif, le juge dispose de trois

solutions : réduction de l'obligation excessive du débiteur, augmentation de celle du créancier ou report de l'exécution de l'obligation du débiteur. Cette dernière modalité est possible lorsque l'événement imprévu est temporel et le retour aux circonstances normales est prévu à court terme sans que ce report porte préjudice aux intérêts du cocontractant³⁷. Le juge ne peut réadapter le contrat que par rapport aux obligations inexécutées devenues excessives à la suite de la survenance d'un événement perturbateur, tandis que celles qui sont à venir restent hors de la révision par le juge s'il estime la disparition de l'événement perturbateur au jour de l'échéance. La révision pour imprévision ne s'applique pas non plus aux obligations dont l'échéance tombe avant la date de survenance des circonstances imprévues et qu'elles restent inexécutées jusqu'à cette date à cause de l'inaction du débiteur³⁸. De même, sont exclues de la révision judiciaire pour imprévision les obligations déjà exécutées avant la survenance de l'événement imprévu car elles sont déjà éteintes et le juge ne peut plus les faire revivre³⁹.

Caractère impératif du recours à la révision judiciaire. Contrairement au texte français qui revêt un caractère supplétif, le texte égyptien est impératif. Or, les parties ne peuvent préalablement renoncer lors de la conclusion du contrat à se prévaloir des dispositions de l'article 147 du Code civil égyptien et du régime de l'imprévision qui y est prévu. En ce sens, la Cour de cassation de l'Égypte affirme que toute convention prévoyant au préalable de faire subir au débiteur seul les conséquences de la survenance d'événements imprévus est réputée nulle⁴⁰. Toutefois, le débiteur peut, postérieurement à la survenance de

³⁴ A. Al Sanhoury, Al Wasit, Tome 1 : la théorie générale des obligations, sources des obligations, édition des universités égyptienne, 1952, p. 529.

³⁵ Travaux préparatoires II du Code civil égyptien de 1948, pp. 284-286 ; A. Al Sanhoury, Al Wasit, Tome 1, op. cit. p.527. Cette formule est similaire à celle adoptée par la réglementation prévue dans l'art. III.-1 DCFR.

³⁶ Cass. civ., 20 déc. 1973, n° 142, préc. ; Cass. civ., 9 juin 1975, n° 502, année judiciaire 39.

³⁷ A. Al Sanhoury, Al Wasit, Tome 1, op.cit., p. 528.

³⁸ Cass. civ., 26 mars 1964, n° 368, préc. ; Cass. civ., 3 janv. 1963, n° 263, préc.

³⁹ Cass. civ., 9 juin 1975, n° 502, préc.

⁴⁰ Cass. civ., 9 déc. 1984, n° 269, année judiciaire 49. Mais cette nullité, qui vise à protéger le débiteur, est relative et ne peut pas être invoquée par son cocontractant. Elle ne peut pas non plus être relevée

l'événement perturbateur, accepter (par une nouvelle convention) de renoncer à se prévaloir de l'imprévision et d'exécuter complètement son obligation. La haute juridiction justifie cette renonciation postérieure par l'absence d'éventuelle pression exercée sur la partie faible dans le contrat (le débiteur) par son cocontractant⁴¹. Le caractère impératif de l'imprévision s'explique par la volonté du législateur d'éviter de paralyser la mise en œuvre de ce mécanisme par un accord antérieur entre les parties. Le but est donc d'empêcher la partie forte d'imposer cet accord à son cocontractant faible qui serait amené à signer une sorte de contrat d'adhésion⁴².

Nous pouvons dire que le législateur égyptien montre une volonté claire de protéger la partie faible au contrat en lui offrant l'accès direct à la révision judiciaire pour imprévision sans subordonner celle-ci à l'échec de la renégociation et en reconnaissant le caractère d'ordre public de l'imprévision. Dès lors, il convient de s'interroger si le mécanisme de l'imprévision en droit d'auteur reconnaît une pareille application.

II. L'imprévision en droit d'auteur

Contrairement au texte du droit commun, la rédaction de l'article 151 relatif à l'imprévision en droit d'auteur égyptien est ambiguë⁴³. L'interprétation de ce texte est donc d'autant plus nécessaire que la jurisprudence n'a pas encore eu, à notre connaissance, l'occasion de se prononcer. Une analyse approfondie de cet article nous permet de détailler les conditions de la mise en œuvre de la révision pour imprévision en droit d'auteur (A) et de savoir comment l'application de ce texte spécial s'articule avec celle du droit commun (B). Cette

articulation peut révéler la nécessité d'une réforme de l'imprévision en droit d'auteur.

A. Conditions de la mise en œuvre de la révision pour imprévision

Deux hypothèses prévues par le texte, lésion et imprévision. L'article 151 du droit d'auteur égyptien dispose que l'auteur peut demander la révision judiciaire du contrat de cession de ses droits dans deux hypothèses : lorsque cette cession « apparaît préjudiciable » à ses droits ou « lorsqu'elle le devient à la suite des circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat ». La première hypothèse prévoit implicitement la lésion⁴⁴ et la deuxième vise explicitement l'imprévision. Les deux notions ont pour point commun de créer un déséquilibre entre les obligations contractuelles, mais elles se distinguent par la date à laquelle il faut se référer pour apprécier la disproportion. Tandis que la lésion est appréciée au jour de la formation du contrat, l'imprévision s'apprécie au cours de l'exécution du contrat. Cette distinction paraît importante notamment de point de vue procédural. En effet, s'agissant de la lésion, la prescription de l'action en révision a comme point de départ la conclusion du contrat. Quant à l'imprévision, le point de départ de cette action est fixé au jour où les circonstances auront fait apparaître le déséquilibre contractuel. Il est difficile en pratique de tracer une ligne de démarcation entre les deux hypothèses lorsqu'il s'agit du contrat de cession de droit d'auteur dont le déséquilibre s'apprécie souvent par rapport à l'exploitation postérieure à sa conclusion⁴⁵. Liée au succès de l'œuvre, la disproportion ne peut être évaluée avant toute exploitation. Certains auteurs

d'office par le juge si le débiteur n'a pas manifesté son intention de se prévaloir de la nullité du contrat.

⁴¹ Cass. civ., 10 mai 1962, n° 359, année judiciaire 26.

⁴² Travaux préparatoires II du Code civil égyptien de 1948, p. 282 ; A. Al Sanhoury, *Al Wasit*, Tome 1, *op.cit.*, p. 530.

⁴³ Loi n°82 de 2002 relative aux droits de propriété intellectuelle.

⁴⁴ Notre étude se limite seulement à aborder l'imprévision visée par ce texte du droit d'auteur. La lésion pourrait faire l'objet d'un autre article à venir.

⁴⁵ En ce sens, A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété intellectuelle*, 5^e éd. 2017, n° 799 ; P.-Y. Gautier, « Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques », *D.* 1990, chron. 130. *Contra*. H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e ed., 1978, n° 584.

voient la possibilité d'identifier la lésion dès la conclusion du contrat si la rémunération semble dérisoire par rapport à ce qui est habituellement pratiquée pour le même type de cession. Ainsi, le forfait peut-il être lésionnaire s'il est inférieur aux usages sans qu'il y ait pour autant imprévision ? Par exemple, lorsque le tirage est connu à l'avance, l'auteur d'un article de presse et l'illustrateur d'un album bon marché pour enfant peuvent engager l'action en révision pour lésion même si l'exploitation de l'œuvre s'était révélée par la suite décevante pour le cessionnaire ou si cette exploitation n'avait pas été engagée par ce dernier⁴⁶. La Cour d'appel de Paris a interdit à l'auteur de se fonder cumulativement sur la lésion et l'imprévision, l'auteur devant préciser la source de disproportion sur le fondement de laquelle il agissait⁴⁷. La cour affirme que si l'auteur se fonde sur la lésion, la disproportion s'apprécie au jour de la conclusion du contrat, indépendamment des profits ultérieurement retirés de l'exploitation⁴⁸.

Rémunération concernée par l'action en révision. Selon l'article 151 du droit d'auteur égyptien, les conventions de cession pouvant faire l'objet d'une révision pour imprévision sont celles mentionnées à l'article 150⁴⁹. L'une

des divergences notables entre les droits d'auteur français et égyptien réside dans la rémunération pouvant entraîner la révision pour imprévision du prix de cession convenu entre l'auteur et son cessionnaire. Si le législateur français limite cette révision aux hypothèses des cessions de droit d'auteur fixant une rémunération forfaitaire, son homologue égyptien étend cette révision aux cessions dont le prix est proportionnel. Le législateur français n'a pas autorisé la révision d'une rémunération proportionnelle, car il s'est interdit d'arbitrer le taux des cessions⁵⁰. Une partie de la doctrine critique cette restriction et affirme que l'auteur peut subir un préjudice si le taux de cession est très insuffisant⁵¹. Un taux peut donc être lésionnaire dans une cession fixée sur une base proportionnelle⁵². Selon un auteur, si la proportion prévue est dérisoire, l'auteur peut seulement agir en nullité de la vente pour vileté du prix, conformément aux règles du droit commun de la vente. Dans certains cas, il pourrait bénéficier d'une clause de révision conventionnelle⁵³. Le législateur égyptien, tout comme la majorité des législateurs arabes, n'a pas fait de la rémunération proportionnelle une règle d'ordre public⁵⁴. Il convient de noter que cette

⁴⁶ C. Maréchal, « La lésion et l'imprévision en droit d'auteur », *RIDA* 07/2008, n°001, p. 43, pour qui « il faudrait admettre que l'auteur puisse agir en révision pour lésion indépendamment de l'exploitation ultérieure de son œuvre. Cela ne serait qu'une application du principe du droit commun selon lequel la lésion doit s'apprécier au moment de la conclusion du contrat ».

⁴⁷ CA Paris, 3 avr. 1990, *D.* 1991, somm. 98, C. Colombet; CA Paris, 28 février 1995, *JurisData* n° 020643.

⁴⁸ CA Versailles 1^e ch., 9 juin 1986, *RIDA* janv. 1987, p. 243, note J.-P. Oberthür ; CA Paris 4^e ch. A, 20 déc. 2006 *Sofimed c/ Caprio* RG n° 05/24556, *Propr. intell.* 2007, n° 23, p. 217, obs., A. Lucas ; *RTDcom.* 2007, p. 366, obs. F. Pollaud-Dulian.

⁴⁹ Cet article prévoit que « L'auteur a droit à une rémunération, en somme d'argent ou en nature, qu'il estime équitable, en contrepartie de l'exploitation d'un ou de plusieurs droits patrimoniaux sur son œuvre cédés sur la base de la participation proportionnelle aux recettes provenant de l'exploitation ou sur la base

d'une somme forfaitaire ou encore sur la combinaison des deux ».

⁵⁰ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété intellectuelle, op.cit.*, n° 797.

⁵¹ H. Desbois, *op.cit.* n°583 ; J. Matthyssens, « Sanctions de la lésion dans les contrats relatifs aux droits d'auteur », *RIDA* oct. 1959, n° 25, p. 73 ; C. Maréchal, « La lésion et l'imprévision en droit d'auteur », *préc.*, p. 35.

⁵² TGI Seine 3^e ch., 16 mai 1969, *RIDA* 1/1970, p. 213, note A. Schmidt. Le juge, après avoir prononcé la nullité de forfait pour violation de la règle de la rémunération proportionnelle, a affirmé que le taux 2,5% ne peut apparaître sérieux.

⁵³ C. Maréchal, « La lésion et l'imprévision en droit d'auteur », *préc.*, p. 81, note de bas page n°5.

⁵⁴ Parmi les rares législations arabes adoptant la rémunération proportionnelle comme une règle générale, on trouve le droit algérien (Art. 65 de l'Ordonnance n° 03-05 du 9 juill. 2003 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins) et le droit marocain (Art. 48 des Droits d'auteur et droits voisins du 9 juin 2014).

règle constitue l'un des piliers de la protection de l'auteur dans le système français. Le droit égyptien laisse aux parties le soin de choisir à leur gré la rémunération proportionnelle ou forfaitaire ou encore une combinaison des deux. Ce système, moins protecteur pour l'auteur, est timidement contrebalancé par le législateur en étendant la révision judiciaire aux rémunérations proportionnelles et forfaitaires, en réservant l'action en révision au seul bénéficiaire de l'auteur, non pas à son cocontractant, et en rendant le recours à la révision judiciaire d'ordre public⁵⁵.

Préjudice créant un déséquilibre. Selon l'article 151 susmentionné, l'auteur peut demander la révision du prix de cession s'il prouve qu'il a subi un préjudice du fait d'une lésion ou de circonstances imprévues. Ce préjudice se traduit par une disproportion des prestations contractuelles et impose de déterminer un « prix équitable ». Le texte ne précise aucun *quantum* pour identifier le préjudice⁵⁶. Il ne dit pas non plus comment l'on peut évaluer le juste prix auquel fait référence l'article 150. Ce dernier prévoit que l'auteur a droit à une rémunération, qu'il estime **équitable**, en contrepartie des cessions de ses droits patrimoniaux sur l'œuvre. Il précise que la rémunération est calculée sur la base d'une proportion aux recettes provenant de l'exploitation ou sur la base d'une somme

forfaitaire... Or, le législateur égyptien permet à l'auteur d'invoquer la révision dans le cas de rémunération forfaitaire même si l'exploitation ne génère aucune recette. Tel est le cas par exemple des cessions d'œuvres de l'esprit à des fins publicitaires. L'action en révision pourrait donc recevoir une application plus large que celle en droit français⁵⁷.

Évaluation du prix équitable. La rédaction maladroite de l'article 150 conduit à croire que c'est à l'auteur qu'il appartient d'estimer si le prix payé est juste ou non. Les modalités d'évaluation de celui-ci n'ont été définies ni par le texte, ni par la jurisprudence. Plusieurs méthodes peuvent être envisagées pour déterminer objectivement le juste prix. La première méthode consiste à comparer le forfait stipulé avec le juste prix que l'auteur aurait normalement perçu si la rémunération proportionnelle lui avait été appliquée⁵⁸. Selon un auteur, cette méthode peut déterminer le prix équitable par référence aux usages de la profession, en calculant la somme que l'auteur aurait perçue par application d'un pourcentage juste sur l'ensemble des œuvres acquises par la même personne⁵⁹. Cette modalité a été appliquée en France par le juge dans quelques décisions⁶⁰. Ce mode de calcul aboutit cependant à substituer au forfait le mode de rémunération proportionnelle, ce qui serait contraire à la volonté des parties et à celle du

⁵⁵ Cass. civ., 9 déc. 1984, n° 269, année judiciaire 49. L'article 151 précédant ne prévoit pas si les parties peuvent préalablement exclure ou non le recours à la révision judiciaire en cas d'imprévision. Or, le droit commun (Art. 147 du C. civ.) s'applique ici et, par conséquent, une telle clause sera nulle. Mais cette nullité, qui vise à protéger l'auteur, est relative et ne peut pas être invoquée par son cocontractant. Elle ne peut pas non plus être relevée d'office par le juge si l'auteur n'a pas manifesté son intention de se prévaloir de la nullité de la clause.

⁵⁶ Le CPI français impose un quantum (sept douzièmes) pour identifier la lésion dans le contrat d'auteur (Art. 131-5). Le droit d'auteur égyptien, quant à lui, ne précise aucun seuil pour identifier cette lésion. On peut s'interroger si le juge peut, dans ce cas, se référer au droit commun (Art. 425 du C. civ. relatif au contrat de vente immobilier) qui précise un quantum de plus d'un cinquième.

⁵⁷ J.-P. Oberthur, « La révision du prix de cession des droits d'auteur en publicité », *RIDA*, 10/1985, n° 126, p. 67. L'article L. 131-5 du CPI fait de l'existence de recettes d'exploitation une condition d'ouverture de l'action en révision. L'absence de recettes de cession dans l'œuvre publicitaire rend difficile le calcul du préjudice des 7/12 en comparant le forfait payé à l'auteur avec ce qu'aurait été la rémunération proportionnelle.

⁵⁸ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété intellectuelle, op.cit.*, n° 799, p. 667.

⁵⁹ J. Matthyssens, « Sanction de la lésion dans les contrats relatifs aux droits d'auteur », *RIDA oct.*, 1959, n° 25, p. 111.

⁶⁰ CA Versailles, 23 mai 1996, *RIDA oct.*, 1996, n°170, p. 301 ; TGI de Seine, 21 déc., 1965, n°9999 ; TGI Nanterre, 6 avr. 1994, *RIDA janv.* 1995, n° 163,

législateur français de limiter la révision à la rémunération forfaitaire (Art. L. 131-5 CPI)⁶¹. Cette méthode ne s'applique pas lorsqu'il n'y a pas de recette d'exploitation. Le deuxième mode préconisé par Desbois pour calculer le juste prix consiste à déterminer ce qui « aurait été normalement le montant du forfait, si les parties avaient connu à l'avance, lors de la conclusion du contrat, le chiffre des recettes »⁶². Ce mode correspond à la vertu de l'article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle car la révision ne sort pas du cadre de la rémunération forfaitaire. Cette méthode s'applique même en cas de défaut de recettes d'exploitation, car, selon Desbois, « le forfait a été choisi en fonction d'un ou plusieurs critères »⁶³. Ces critères sont en lien avec l'ampleur de l'utilisation faite de l'œuvre (le nombre de tirages, le format, le nombre et la durée des campagnes pour une affiche publicitaire) ou avec l'importance de l'exploitation de l'œuvre par le cessionnaire. Ainsi la Cour d'appel de Paris a-t-elle jugé que « l'intensité de l'exploitation du logiciel cédé comparée au prix de cession dérisoire suffit à établir que les parties ont fait une prévision insuffisante des produits de cette exploitation »⁶⁴. Dans sa recherche du juste prix, le juge peut observer les usages, les barèmes des syndicats professionnels et les tarifs des sociétés d'auteurs⁶⁵ en tenant compte de l'importance du rôle de l'auteur, de sa notoriété et des modalités d'exploitation cédées⁶⁶.

La mise en œuvre de l'action en révision pour imprévision soulève en droit d'auteur plusieurs difficultés pratiques notamment en matière de calcul du prix équitable. Il convient donc de s'interroger sur l'articulation de la disposition de l'article 151 du droit d'auteur égyptien avec celle du droit commun (Art. 147 du C. civ. égyptien).

B. Articulation de la révision pour imprévision de droit d'auteur avec celle de droit commun

Déférences des deux textes. Une lecture comparée des deux textes nous montre que la disposition du droit commun est plus large que celle du droit d'auteur. Les deux textes révèlent des différences relatives tant aux conditions d'application qu'aux effets de l'imprévision. L'article 151 du Code de la propriété intellectuelle égyptien prévoit, en effet, des conditions d'application plus strictes que celles exigées par l'article 147 du Code civil. En droit commun, un changement des circonstances imprévisibles peut notamment être un changement dans les conditions commerciales, économiques, monétaires ou financières, mais aussi juridiques (changement de législation, de réglementation, etc.), voire politiques, scientifiques, culturelles ou technologiques.

L'imprévision en droit d'auteur se limite au changement imprévu d'ordre financier lié au seul succès de l'œuvre. Il en résulte que l'application de l'article 151 susmentionné est limité aux seuls contrats de cession des droits d'auteur, alors qu'en droit civil l'imprévision comprend tous les contrats dont l'exécution s'étale dans le temps. Si le texte spécial n'exige pas explicitement un *quantum* du déséquilibre pour identifier le préjudice subi par l'auteur, le juge pourrait se référer à la vente immobilière qui précise un *quantum* de plus d'un cinquième (Art. 425 du C. civ.). Ce qui rend l'application de l'imprévision en droit d'auteur plus stricte que celle issue du droit commun, lequel s'applique en cas d'imprévision rendant l'exécution de l'obligation excessivement onéreuse, sans définir aucun *quantum*. Le préjudice résultant de l'imprévision pourrait être subi par l'une des parties aux contrats de droit commun. Dans le droit d'auteur, c'est au seul égard de l'auteur que doit être identifié ce préjudice. Il en découle que, selon l'article 151,

⁶¹ H. Desbois, *op.cit.*, n° 584, p.693. En ce sens CA Paris, 9 déc. 1992, *RIDA* avril 1994, n° 160, p. 228.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ H. Desbois, *op.cit.*, n° 585, p. 694.

⁶⁴ CA Paris, 26 sept., 2001, n° 9999.

⁶⁵ G. Henry, *L'évaluation en droit d'auteur*, Litec/IRPI, 2007, n° 299.

⁶⁶ CA Versailles, 23 mai 1996, préc.

seul l'auteur (ou son successeur), et non son cocontractant, peut saisir le tribunal de l'action en révision pour imprévision, alors que celle-ci est ouverte à toutes les parties au contrat de droit commun⁶⁷. S'agissant des effets de l'imprévision, l'action en révision ne permet à l'auteur que de demander au juge la révision du prix de la cession des droits patrimoniaux sur son œuvre. Cette révision prend la forme d'une majoration du forfait ou d'une augmentation du taux de la rémunération proportionnelle lorsqu'ils sont jugés très insuffisants⁶⁸. Le droit commun, quant à lui, offre au juge, comme on l'a déjà vu, des modalités de révision beaucoup plus diversifiées. Il peut réduire l'obligation excessive du débiteur, reporter l'exécution de celle-ci ou encore augmenter l'obligation du créancier. En droit d'auteur, tout comme en droit commun, la révision judiciaire ne permet pas au juge de mettre fin au contrat⁶⁹. Les deux textes n'exigent pas une renégociation préalable à la demande judiciaire, mais rien n'interdit, en pratique, aux parties de procéder à une telle négociation pour trouver un accord avant de porter leur contentieux devant le tribunal. L'article 151 ne précise pas si la révision pour imprévision en droit d'auteur est une règle impérative à laquelle les parties ne peuvent pas déroger par un accord préalable. Cette question est donc régie par le droit commun (Art. 147 du C. civ.). Or, toute convention préalable imputant à l'auteur les risques de l'imprévision est réputée nulle. Le

droit d'auteur égyptien s'avère, sur ce point, plus protecteur que le droit d'auteur français⁷⁰.

Difficulté de l'application simultanée des deux textes et la réforme du texte spécial. Ces différences entre les deux textes révèlent que l'article 147 du Code civil paraît bien plus favorable à l'auteur que le droit spécial pourtant censé le protéger en tant que partie faible. Le texte général ne limite pas la révision au prix de cession et ne confond pas lésion et imprévision. Le droit commun jouerait donc son rôle traditionnel pour combler les lacunes du droit spécial en se glissant dans les interstices du texte du droit d'auteur⁷¹. Force est cependant de constater que le fait d'appliquer concomitamment les deux textes n'assure pas à l'auteur une protection plus avantageuse que celle offerte par le texte spécial. En effet, le cocontractant peut, en se fondant sur l'article 147 du Code civil, solliciter la révision pour imprévision. Ce qui place le cocontractant de l'auteur dans une situation au moins équivalente à celle de l'auteur⁷². Cette solution se heurterait également au principe *specialibus generalia non derogant*. Or, la solution consisterait à ce que le législateur égyptien intervienne pour réformer l'article 151 du Code de la propriété intellectuelle tunisien.

Pour réaliser cette réforme, le législateur égyptien pourrait emprunter les solutions de l'article 147 du Code civil, en modifiant certaines dispositions, afin d'élargir son champ d'application et de renforcer la protection de

⁶⁷ Cette restriction s'explique par la politique législative protectrice de l'auteur qui est la partie faible au contrat.

⁶⁸ C. Maréchal, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur les contrats d'exploitation des droits d'auteur », CCE 2016, n° 6, étude 11 : « L'auteur pourrait ainsi demander la révision judiciaire d'une rémunération proportionnelle devenue, du fait du succès de l'œuvre, sans rapport avec la valeur des droits cédés ».

⁶⁹ L'article 151 du CPI égyptien ne prévoit pas si le juge saisi de l'action en révision pour imprévision peut ou non mettre fin au contrat contentieux. Or, le droit commun doit s'appliquer (Art. 147 du C. civ.) lequel n'autorise pas une telle annulation.

⁷⁰ L'article 131-5 du CPI ne précise pas si l'imprévision est d'ordre public. L'article 1195 du C. civ. doit donc

s'appliquer. En pratique, les parties au contrat d'exploitation des droits d'auteur conviennent d'aménager les dispositions de l'article 1195 du C. civ. Ainsi, dans le contrat d'édition, l'éditeur peut-il assumer seul tous les frais et risques de l'exploitation de l'œuvre qui lui est confiée par l'auteur ? À ce titre, l'éditeur accepte expressément d'assumer les risques de l'imprévision au sens de l'article 1195 du C. civ.

⁷¹ F. Pollaud-Dulian, « Réforme du droit des contrats par l'ordonnance n°2016-131 du 10 fév. 2017 », *RTDcom*. 2016, p. 503.

⁷² En ce sens, X. Près, « L'action en révision pour lésion et imprévision en droit d'auteur : applications et perspectives », *AJ Contrat* 2018, n°3, p. 116.

l'auteur. Il serait, en effet, nécessaire d'abroger la condition de généralité de l'imprévision. Il est inévitable de maintenir le caractère impératif de la révision judiciaire au profit de l'auteur seul. L'impérativité de celle-ci est d'autant plus nécessaire que la règle de la rémunération proportionnelle ne constitue pas un principe d'ordre public, tout en espérant une réforme de cette règle.

Nous pouvons conclure que l'article 151 susmentionné est, dans sa rédaction actuelle, loin d'être parfait et facile à appliquer par le juge. La rareté des décisions en matière de l'imprévision en droit d'auteur en témoigne. La réforme souhaitée devrait être inspirée de l'article 147 du Code civil et des applications jurisprudentielles de la Cour de cassation égyptienne relative à l'imprévision, tout en prenant en compte des modifications suggérées. Le texte réformé doit être rédigé dans un esprit protecteur de l'auteur, partie faible au contrat. Une telle réforme est-elle envisageable malgré l'hostilité des lobbies anti-droit d'auteur ? Nous l'espérons.

M. A.

Le bon grain et l'ivraie : l'appréciation de la contrefaçon des droits de brevet et de marque par le juge togolais

The wheat and the chaff: the assessment of the infringement of patent and trademark rights by the Togolese judge

Ampah JOHNSON-ANSAH

Maître-Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Lomé (Togo)

Le juge togolais a rendu une intéressante décision sur la contrefaçon en cas de cumul des droits, notamment de brevet et de marque, sur un produit. D'un côté, quant à l'appréciation de la contrefaçon de brevet d'invention, ne constitue pas une contrefaçon, la mise sur le marché d'une invention dont le mécanisme a une double fonction distincte de l'unique fonction de l'invention protégée. De l'autre, l'apposition de la marque d'autrui sur les emballages et l'étiquette du prix d'un produit constitue un comportement gênant et troublant susceptible de donner lieu à une réparation du dommage subi par le propriétaire de la marque. La portée de la décision dépasse de loin les seules conséquences de la contrefaçon. Elle implique également que, la propriété intellectuelle étant fille de la liberté de commerce et de l'industrie, l'appréciation de la contrefaçon ne puisse oblitérer l'aspect concurrentiel de ces droits. La liberté de commerce et de l'industrie peut donc aussi bien intervenir pour soutenir les titulaires de droit de propriété intellectuelle que pour encadrer leurs pratiques.

The Togolese judge rendered an interesting decision on infringement about (in the event of) cumulation of rights, in particular patent and trademark on a product. On the one hand, with regard to the assessment of the infringement on an invention patent, the placing on the market of the invention, the mechanism which has a dual function on the invention, does not constitute an infringement of the protected invention. On the other hand, the affixing of another's mark on packaging and price tag of a product constitutes embarrassing and disturbing behavior capable of giving rise to the compensation for the damage suffered by the owner of the mark. The scope of the decision goes far beyond the consequences of the infringement alone. It also implies that, since intellectual property is the daughter of free trade and industry, the assessment of counterfeiting cannot obliterate the competitive aspect of these rights. The freedom of trade and industry can therefore intervene just as well as to support the holders of intellectual property rights as to regulate their practices.

Le tribunal

Vu les pièces du dossier...

Attendu que par exploit du 09 août 2016, Monsieur LOGOU Minsob, opérateur économique demeurant et domicilié à Lomé, assisté de maître KOMBATE, avocat à la Cour, a fait donner citation à la Société Ramco SA, sise à Lomé et à Monsieur KOUMASSA Landry, promoteur des Établissements Buymore Electro Manager, demeurant et domicilié à Cotonou en République du Bénin, à comparaître à l'audience du 22 août 2016, devant la deuxième chambre correctionnelle :

Voir maintenir la société RAMCO dans les liens de la prévention du délit de contrefaçon de brevet et de marque ;

Voir maintenir monsieur Koumassa Landry dans les liens de la prévention du délit de contrefaçon de brevet ;

Faire application à ceux-ci des articles 58 de l'annexe I et 37 et suivants de l'Annexe III de l'Accord de Bangui du 02 mars 1977 instituant une Organisation africaine de propriété intellectuelle ;

Voir déclarer les contrefacteurs coupables desdits délits ;

Dire et juger que la commercialisation frauduleuse des produits protégés sus visés par les prévenus lui a causé un véritable préjudice économique et moral ;

En conséquence, les condamner solidairement à lui payer trois cents millions de dommages-intérêts et cinq millions de francs CFA de frais de poursuites ;

Ordonner la destruction des marchandises contrefaites saisies et ordonner la publication du jugement sur la place, internet et les réseaux sociaux ;

Attendu que M. LOGOU Minsob soutient qu'il est l'inventeur de la machine dénommée FOUFOUMIX qui est un dispositif de malaxage de tubercules, de bananes plantains en vue de leur transformation en pâte alimentaire communément appelée « fougou » ;

Qu'il fait observer qu'il a entrepris toutes les formalités aussi bien du dépôt de son brevet d'invention que de l'enregistrement de la marque FOUFOUMIX auprès de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (O.A.P.I) ; que cette invention qui fait la fierté de tous les togolais en ce qu'elle est étiquetée « MADE IN TOGO », lui a valu des prix et distinctions lors des expositions foraines tant sur le plan national qu'international ; que cependant, il, a constaté depuis un certain temps que le marché de l'OAPI est de plus en plus inondé par un dispositif contrefait de malaxage de tubercules reprenant presque à l'identique ses revendications déposées à l'OAPI ; qu'il souligne que sur les emballages de certains des dispositifs contrefaits, on lit tantôt « YAM POUNDER » tantôt « YAM POUNDING MACHINE » qui signifie littéralement « MACHINE A PILER L'IGNAME » tandis que sur d'autres, est collé l'étiquette « FOUFOUMIX » ; qu'il n'est pas surprenant que le consommateur non averti achète ce produit contrefait pensant acquérir le produit objet de son brevet et de sa marque FOUFOUMIX ; qu'il n'est un secret pour personne que les produits incriminés en provenance de la Chine, circulant en contre bande prend de l'ampleur faisant perdre à l'État togolais des taxes fiscales énormes ; qu'en ce qui le concerne, il voit son chiffre d'affaires baisser de façon drastique en raison de cette concurrence malveillante ; qu'il n'est pas superflu d'insister sur les publicités auxquelles se livrent les contrefacteurs sur internet et sur la vente en ligne ; que du reste, il vient de découvrir ce produit dans certains supermarchés de la place ; que pour faire cesser cette hémorragie préjudiciable à son commerce, pour mettre fin à ces agissements déloyaux qui tuent les œuvres de l'esprit tout autant qu'ils étouffent l'esprit entrepreneurial de la jeunesse, il a, en vertu de l'ordonnance n° 2233/2016 du 21 janvier 2016, fait pratiquer à Lomé le 30 juillet 2016, une saisie-contrefaçon entre les mains de RAMCO SA et Landry KOUMASSA ; qu'il fait remarquer que l'analyse et la description desdits produits relèvent qu'il s'agit d'une contrefaçon de brevet dans la mesure où les éléments protégés qu'il revendique s'y retrouvent aisément ; que pire, sur le produit saisi entre les mains de la société RAMCO SA, se trouve collée une étiquette de la mention « FOUFOUMIX » confirmant sans aucun doute la contrefaçon de la marque qu'il a fait protéger...

Qu'aux termes de l'article 58 de l'annexe 1 de l'Accord portant révision de l'Accord de Bangui du 02 mars 1977 instituant une Organisation Africaine de Propriété Intellectuelle, « sous réserve des dispositions des articles 8 et 46 à 56, toute atteinte portée aux droits du brevet, soit par l'emploi : des moyens faisant objet de son brevet, soit par le recel, soit par la vente ou l'exposition en vente ou soit par l'introduction sur le territoire national de l'un des États membres, d'un ou plusieurs objets, constitue le délit de contrefaçon. Ce délit est puni d'une amende de 1 000 000 à 3 000 000 F CFA sans préjudice des réparations civiles. » ; que de plus, l'article 37 de l'accord susvisé dispose : « sont punis

d'une amende de 1 000 000 à 6 000 000 francs CFA et d'un emprisonnement de trois mois à deux ans ceux qui frauduleusement apposent sur leurs produits ou les objets de leur commerce une marque appartenant à autrui... » qu'il apparaît donc que les agissements de RAMCO SA et monsieur Landry KOUMASSA sont caractéristiques des délits de contrefaçon de brevet et de marque au sens des textes susvisés ; qu'il n'en demeure pas moins qu'il convient d'indiquer que lesdits comportements lui ont causé un préjudice financier qui ne saurait s'évaluer à moins de trois cents millions (300 000 000) francs CFA ;

Attendu que Maître LARE Paul, Avocat à la Cour, Conseil de RAMCO SA est intervenu aux débats et fait observer que le plaignant doit être débouté de toutes ses demandes ; qu'il expose que RAMCO SA a effectivement acheté deux machines, chacune avec une double fonction à savoir : cuire et piler auprès d'un commerçant nigérian qu'il a exposées dans sa boutique ; que lesdites machines à vue d'œil se distinguent de celle protégée par le plaignant, laquelle ne sert qu'à piler ; qu'elle n'a jamais revendiqué la propriété de la marque « FOUFOUMIX » ni son invention ; que les deux machines ont été saisies aux fins de la présente procédure ;

Attendu que la citation n'a pas été délivrée à la personne Landry KOUMASSA ; qu'il y a lieu de statuer par jugement rendu par défaut à son égard ;

Sur l'action publique

Attendu sur la contrefaçon de brevet qu'aucun grief n'étant prouvé à l'encontre de RAMCO SA, celle-ci doit être renvoyée des fins de la poursuite de ce chef ;

Attendu sur la marque que la propriété s'acquiert par le premier dépôt valablement effectué ;

Attendu qu'il résulte des documents produits au dossier que monsieur LOGOU Minsob a déposé la marque FOUFOUMIX le 23 août 2013, laquelle a été enregistrée à l'OAPI sous le numéro 76386 ; qu'étant titulaire de ladite marque, monsieur LOGOU Minsob est recevable à poursuivre la défense de ses intérêts dans la présente instance ;

Attendu que la contrefaçon par imitation est constituée en matière de marque dès lors qu'existe une possibilité de confusion pour un acheteur d'attention moyenne qui n'a pas les deux produits sous les yeux ;

Attendu que RAMCO SA justifie avoir acheté les deux machines incriminées auprès d'un commerçant nigérian ;

Attendu en revanche qu'il est constant que la prévenue a fixé sur une étiquette affichant le prix et portant la mention « FOUFOUMIX » sur l'emballage de ses produits ;

Attendu que s'il peut être admis qu'il ne saurait exister une possibilité de confusion pour tout acheteur qui a déjà une fois vu le produit « FOUFOUMIX », il n'en demeure pas moins probable que la confusion pourrait exister pour celui qui ne l'a jamais vu en raison de la mention « FOUFOUMIX » inscrite sur l'étiquette du prix ; que cette mention qui est caractéristique de la volonté de RAMCO SA de semer la confusion dans l'esprit du consommateur caractérise à suffire le délit de la contrefaçon de la marque retenu contre elle ; qu'il y a lieu en conséquence de le maintenir dans les liens de la prévention et d'aller en voie de condamnation à son encontre ;

Attendu que bien cité, Landry KOUMASSA n'a pas daigné comparaître pour faire valoir ses moyens de défense ; qu'il s'en infère donc qu'en s'abstenant de comparaître, il acquiesce ; qu'il convient en conséquence de le maintenir dans les liens des préventions en vue d'entrer en voie de condamnation à son encontre ;

Sur l'action civile

En la forme

Attendu que la constitution de partie civile de monsieur LOGOU Minsob est régulière en ce qu'elle est faite dans les formes légales ; qu'il échet de la recevoir ;

Au fond

Attendu que le plaignant impute de manière formelle la cause de la baisse de son chiffre d'affaires à cette contrefaçon de sa marque sans en apporter la preuve ;

Attendu certes que l'attitude des prévenus peut induire une certaine gêne, laquelle n'est pas suffisante, faute de justificatifs à faire droit au paiement de la somme de trois cents millions (300 000 000) F CFA dès lors qu'il n'est pas établi qu'elle ait eu incidence sur le chiffre d'affaires de la partie civile, d'autant que la notoriété de « FOUFOUMIX » n'est pas affectée qu'il suffit en réparation de tous préjudices confondus de condamner les prévenus à payer solidairement la somme de deux millions (2 000 000) F CFA à la partie civile ;

Attendu qu'il y a lieu de la débouter de toutes ses autres demandes parce que non fondées ;
Attendu que la culpabilité des prévenus a été clairement démontrée ; qu'ils seront condamnés à supporter les dépens ;

Par ces motifs

Statuant publiquement, contradictoirement à l'égard de RAMCO SA et de la partie civile, par défaut à l'égard du prévenu Landry KOUMASSA, en matière correctionnelle et en premier ressort ;

Sur l'action publique

Dit que le délit de contrefaçon de brevet n'est pas constitué à l'égard de RAMCO SA ;
En conséquence, la renvoie des fins de poursuite de ce chef ;
La déclare ensuite coupable du délit de contrefaçon qui lui est reproché ;
En répression, la condamne à un million (1 000 000) F CFA d'amende ;
Déclare en outre Landry KOUMASSA coupable des faits qui lui sont reprochés ;
En conséquence, la condamne à un million (1 000 000) F CFA d'amende ;

Sur l'action civile

En la forme

Reçoit monsieur LOGOU Minsob en sa constitution de partie civile ;

Au fond

Condamne RAMCO SA et Landry KOUMASSA à lui payer chacun la somme d'un million (1 000 000) F CFA pour tous préjudices confondus ;

La déboute en revanche de toutes autres demandes ;

Ordonne l'exécution provisoire du présent jugement ;

Condamne les prévenus aux dépens ;

Ainsi fait, jugé et prononcé publiquement, les jours, mois et an que dessus...

(Jugement n° 1285/2016 du 31 octobre 2016)

Commentaire :

Dès les premières pages de son traité, le Doyen Roubier avait souligné que « la théorie de la propriété intellectuelle est née dans le monde moderne (...) Elle est fille de la liberté du commerce et de l'industrie, car c'est seulement sous un régime de concurrence économique qu'elle a pu s'épanouir et se développer »¹. Le système de la propriété intellectuelle de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (ci-après OAPI) demeure, dans son essence, un cadre expressif de la volonté des nations francophones d'Afrique de se pourvoir d'un système moderne de propriété intellectuelle. Il ne peut que difficilement échapper à la logique de la compétition économique qui en est la clé de voûte. La décision rendue par le tribunal de Lomé relative au rejet d'une action en contrefaçon sur un produit cumulant la protection de brevet et de marque porte la quintessence de cette approche de la matière. Dans un domaine où les décisions sont si rares, comme celui du brevet d'invention en Afrique, le tribunal de Lomé nous fournit une perle jurisprudentielle qui mérite l'attention de la doctrine africaine.

Au cœur du litige se retrouve la fameuse invention de la machine à piler les tubercules qui a fait l'objet de dépôt à l'OAPI, dénommée « Foufoumix » - le terme constituant également une marque déposée à l'OAPI. Le sieur Logou est l'inventeur de cette célèbre machine à piler les ignames donnant lieu à un plat communément appelé Foufou, très prisé dans une grande partie de l'Afrique de l'Ouest, principalement au Togo, au Bénin, au Ghana et en Côte d'Ivoire. Il a déposé son invention et sa marque « Foufoumix » au début des années 2010 à l'OAPI² et bénéficie à ce titre d'une double protection, et sur l'invention et sur la marque.

Sur le marché togolais, notamment dans les supermarchés RAMCO, il avait été constaté la

mise en circulation d'exemplaires de machines « à cuire et à piler les tubercules » dont les emballages et les étiquettes de prix de certaines d'entre elles portaient la dénomination « Foufoumix ».

M. Logou intenta une action en justice pour contrefaçon de son brevet et de sa marque « Foufoumix » sur le fondement des articles 56 de l'Annexe I relative au brevet d'invention et 37 et suivants de l'Annexe III relative aux marques. Il estimait que la Société Ramco et son fournisseur des machines avaient reproduit le dispositif de sa machine, et mis sur le marché des produits revêtus de sa propre marque dans l'intention de semer la confusion aux yeux du consommateur. À cet effet, il exigeait que la contrefaçon de son invention et de sa marque soit constatée et qu'une réparation conséquente lui soit allouée. Il estimait en outre que la simple circulation de ces machines contrefaisantes était de nature à décourager le génie des inventeurs locaux.

Quant aux défendeurs (en l'occurrence la Société Ramco SA, le sieur Koumassa n'ayant pas comparu), ils soutenaient que les deux machines étaient totalement différentes et que les produits litigieux n'étaient pas marqués du signe de l'inventeur de « Foufoumix », ce signe se trouvant juste sur les étiquettes de prix.

L'interrogation essentielle était de savoir si la mise sur le marché d'un dispositif ayant une double fonction, et dont les étiquettes et l'emballage portaient la marque d'une invention déposée ayant une fonction unique, constituait une contrefaçon du brevet et de la marque déposés.

Les juges du Tribunal de Lomé rejetèrent l'action en contrefaçon du brevet en estimant que les dispositifs en présence étaient différents, l'un ayant une fonction unique, celle de piler les tubercules; l'autre ayant une fonction double destinée à « cuire et à piler ». La différence de fonction constituerait le fondement de l'inexistence de la contrefaçon de

¹ P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Librairie du Recueil Sirey, 1952, p.1.

² L'OAPI sert d'office commun à tous les États membres de cette organisation dont le siège se trouve à Yaoundé au Cameroun.

brevet. En outre, ils relevèrent, concernant la contrefaçon de marque, que le comportement des défendeurs était certes troublant, et sans le qualifier d'acte de contrefaçon³, ne serait pas de nature à justifier les indemnités demandées.

La décision fait émerger un double intérêt. D'une part, sur le plan pratique, elle met en lumière la taraudante question de l'appréciation de la contrefaçon en cas de cumul des droits intellectuels, notamment en cas de juxtaposition ou chevauchement des droits⁴. Les droits de brevet et de marque étant autonomes, ils ne portent pas moins sur un même produit ; ce qui contribue à en renforcer la protection. Les juges n'ont pas manqué d'apprécier la contrefaçon de manière distincte sur ces droits en respectant l'essence des catégories en présence. Toutefois, sur le plan théorique, il faut relever que l'ombre portée de la décision met en parallèle le droit de la propriété industrielle et la libre circulation des biens dans l'espace du marché commun de la CEDEAO. Un arbitrage subtil s'opère entre la protection des droits de propriété intellectuelle et la libre concurrence dès lors que les produits sont mis sur le marché. La décision montre la difficulté de séparer le bon grain de l'ivraie à l'exemple de l'inexistence absolue de la contrefaçon de brevet, du délit d'usage de la marque ou encore de l'évaluation du préjudice voire de la protection du monopole ou du droit exclusif des titulaires de droits de propriété intellectuelle. Si les dommages-intérêts réclamés semblaient exorbitants, la somme allouée par les juges paraît insignifiante.

Au regard de ces précisions liminaires, il convient de mettre en relief, d'une part, l'appréciation de la contrefaçon en cas de

juxtaposition des droits de brevet et de marque (I) et, d'autre part, la mise en balance de la protection des droits de propriété industrielle et de la concurrence (II).

I. L'appréciation de la contrefaçon en cas de cumul des droits de brevet et de marque

Le tribunal civil de Lomé a rejeté l'action en contrefaçon de l'inventeur, titulaire de la marque « Foufoumix ». Le cumul ou le chevauchement entraîne nécessairement une prolifération de droits qui « permet avant tout de combler les éventuelles lacunes de protection qu'offrirait un seul droit »⁵. Son utilité s'est révélée de manière évidente dans ce jugement. La contrefaçon du brevet a été purement rejetée comme étant absente alors que celle de la marque a été reconnue timidement à partir de la gêne relevée par les juges du fait du comportement des défendeurs. Il convient alors d'envisager l'absence justifiée de la contrefaçon de brevet (A), puis les troublantes hésitations relatives à la contrefaçon de la marque (B).

A. L'absence motivée de contrefaçon de brevet

L'appréciation de la contrefaçon du brevet d'invention passe nécessairement par l'identification de l'acte de contrefaçon. Cette dernière se fait à partir de l'article 58 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui de 1999, soit par l'emploi de moyens faisant l'objet du brevet, soit par la vente ou l'exposition en vente. Dans la décision commentée, la différence de fonction dans les revendications

³ Vraisemblablement, l'on serait en présence d'une omission dans la rédaction de la décision. Si la contrefaçon de brevet a été clairement rejetée, celle de la marque aurait été le motif de la condamnation des défendeurs au pénal comme au civil.

⁴ Le chevauchement est le cas où plusieurs droits portent sur des aspects distincts d'un produit. Il offre une protection consécutive qui doit être distinguée de la superposition ou l'entassement des droits ou qui offre une protection cumulative (de la protection

consécutive) : S. Dusollier, « Le cumul des droits intellectuels. Introduction », in A. Cruquet et S. Dusollier, *Le cumul des droits intellectuels*, Larcier, 2009, p. 6.

⁵ S. Chatry, *Le concours de droits de propriété intellectuelle. Essai d'une théorie générale*, Fondation Varenne, Coll. Thèses, 2012 ; S. Dusollier, « Le cumul des droits intellectuels. Introduction », in A. Cruquet et S. Dusollier, *Le cumul des droits intellectuels*, Larcier, 2009, p. 6.

justifie l'absence de contrefaçon. La machine du demandeur a une fonction unique : piler les tubercules. Celle du défendeur avait une double fonction : préparer les tubercules et les piler. Pour les juges, cette différence apparaît si fondamentale qu'elle justifie l'inexistence d'acte de contrefaçon.

Les revendications constituent naturellement un élément fondamental de la demande, car ce sont elles qui définissent en vérité l'objet et l'étendue de la protection demandée. En effet, en définissant clairement l'objet de la protection à travers les caractéristiques de l'invention mises en exergue par l'inventeur lui-même lors du dépôt, les revendications circonscrivent de manière décisive l'étendue de la protection du droit. Le déposant opère une délimitation sur ce qui constitue le cœur de son droit : il incombe au demandeur « de délimiter l'étendue de la protection qu'il réclame »⁶. Point n'est besoin de rappeler que les revendications viennent en appui à la description qui était d'ailleurs la seule exigence en droit français avant la réforme de 1968. Les revendications ne peuvent donc être que difficilement séparées de la fonction, notamment de la fonction principale d'une machine à piler les tubercules. Toutefois, il ne faut pas tenir pour acquise l'absence de contrefaçon du simple fait de la double fonction revendiquée par les défendeurs. Des zones d'ombre subsistent néanmoins dans ce jugement, car la motivation suscite quelques interrogations.

Il faut mettre l'accent sur le fait que la contrefaçon s'apprécie par les ressemblances et

non par les différences⁷. Étant donné qu'on est en présence d'une contrefaçon de produit, il est apparu très facile pour les juges de rejeter l'action par rapport à certaines différences constatées entre les deux produits. Cependant, il ne faut pas oublier que « perfectionner, c'est contrefaire »⁸. Le seul apport d'un élément nouveau à l'invention ne permet pas d'écarter *de facto* la contrefaçon. Il faut alors nécessairement prouver que le prétendu contrefacteur a effectivement mis en application les informations essentielles du brevet afin d'obtenir le résultat querellé. Au cas contraire, il ne s'agit pas d'un simple perfectionnement, mais d'une invention nouvelle⁹.

Dans cette situation, le tribunal aurait pu commettre un technicien, un homme du métier pour évaluer les deux machines de manière plus judicieuse afin de lever toute incertitude¹⁰. En sollicitant l'expertise d'un technicien, le juge se donne les moyens d'être éclairé sur les aspects techniques indispensables lui permettant de se prononcer plus judicieusement sur la contrefaçon¹¹. Certes, la double fonction de la machine des défendeurs peut porter à croire à l'inexistence de la contrefaçon. Toutefois, il ne fallait pas hâtivement opérer dans cette direction. À cet égard, le constat de Mme Joanna Schmidt-Szalewsky reste d'actualité : « Albert de La Pradelle observait que ce ne sont pas les juristes avec leurs formules, mais les ingénieurs avec leurs inventions qui font le Droit et, surtout, le progrès du Droit »¹². Ainsi, en droit des brevets, du fait du caractère technique de la

⁶ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, Economica, 2011, n° 425, p. 252.

⁷ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, op. cit., p. 396 : « le principe qui gouverne la contrefaçon, c'est que la contrefaçon s'apprécie par les ressemblances et non par les différences » ; A. de Bouchony, *La contrefaçon*, Coll. « Que sais-je », PUF, 2006, p. 101.

⁸ Cass. Com., 24 sept. 2002, *PIBD* 2003, n° 756, III, 33.

⁹ Cass. Com., 13 juin 2007, *PIBD* 2007, n° 858, III, 531. Paris 21 septembre 2007, *PIBD* 2007, n° 863, III, 691.

¹⁰ Selon F. Pollaud-Dulian, « la contrefaçon est un fait matériel qu'il faut établir avec certitude pour obtenir

une condamnation civile ou pénale. L'incertitude quant à son existence ou sa consistance paraît devoir exclure toute prise en compte d'une prétendue contrefaçon » : « L'incertitude en droit des brevets » in *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, Mélanges en l'honneur de J. Schmidt-Szalewsky, Coll. CEIPI, n° 61, p. 258.

¹¹ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, op. cit., n° 767, p. 399.

¹² Voir J. Schmidt-Szalewsky, « La protection des droits industriels dans la convention de Marrakech du 15 avril 1994 », in *Ecrits en hommage à J. Foyer*, PUF, 1997, p. 292.

revendication, certains auteurs ont souligné que « la rédaction du brevet est affaire de compétence technique autant que de linguistique et pour un peu de droit »¹³.

Il arrive parfois que les juristes, y compris donc les juges et les praticiens (ainsi de l'avocat du demandeur), soient dépourvus de connaissances techniques susceptibles de leur permettre de déceler les actes de contrefaçon en droit des brevets. L'on a déjà répété très souvent la question de la formation des juges en la matière¹⁴, en oubliant parfois que ces derniers ne statuent qu'au vu des demandes dont ils sont saisis¹⁵. Toutefois, l'appel à un expert est l'une des exigences de la justice moderne du fait de la complexité intrinsèque des litiges et de la technicité extrinsèque des matières¹⁶. Une telle technicité échappe à la compétence du magistrat ou même d'un juriste spécialiste de la propriété industrielle. Cela pose le problème du rôle des parties et de leurs conseils même dans le cadre d'une procédure pénale, car la victime pouvait, elle aussi, demander une expertise. C'est la technicité de l'invention qui l'exige¹⁷. Le doute peut subsister à moins que l'on ne justifie clairement que la combinaison de la double fonction de l'objet critiqué constitue une différence de structure qui écarte de facto le grief de contrefaçon.

Le tribunal a jugé qu'il n'y avait pas de contrefaçon du brevet d'invention de la machine « Foufoumix » en se cantonnant à la

différence de la double fonction de l'objet critiqué par rapport au produit breveté. C'est une appréciation qui demeure souveraine, même si elle n'est pas à l'abri de la critique du fait de la haute technicité de la matière. La certitude des juges dans le rejet de l'action en contrefaçon du brevet contraste avec l'expression de leur « gêne » dans l'appréciation de la contrefaçon de la marque.

B. Les troublantes hésitations sur la contrefaçon de la marque

L'auteur de l'acte argué de contrefaçon n'a pas nié l'existence des droits ou des interdictions prétendument bafoués. Il n'a pas pour autant reconnu avoir fait un usage frauduleux de la marque d'autrui. Les juges n'ont pas jugé l'acte comme étant un acte de contrefaçon. Ils ont néanmoins relevé que « l'attitude des prévenus peut induire une certaine gêne » sans la caractériser d'acte de contrefaçon. L'expression de cette gêne rend troublante, voire discutable, la négation de la contrefaçon de la marque en présence.

La question se pose alors de savoir si l'on est en présence d'une contrefaçon de marque lorsque le signe n'est pas apposé sur les produits, mais seulement sur l'étiquette du prix. Telle est la question que se sont posée les juges devant les faits. Or, l'interdiction de l'usage de la marque d'autrui dans le commerce est absolue¹⁸. Il est essentiel que la marque permette d'identifier

¹³ J. Raynard, E. Py et P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle*, Lexisnexus, 2016, p. 103.

¹⁴ A. Y. Sidibé, « Une Cour de justice à l'OAPI, pour quoi faire ? » in *Mélanges en l'honneur de l'action du Dr. P. Edou Edou*, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, p. 307 ; P. Menie M'Essono, *La protection juridictionnelle dans l'espace OAPI : de la nécessité d'une Cour africaine de la propriété intellectuelle*, Éditions universitaire européennes, 2013 ; A. Johnson-Ansah, « Le concours de l'arbitrage à la protection de la propriété industrielle en Afrique francophone subsaharienne », *RFPI* 2015, n° 1, doct., pp. 5-21.

¹⁵ Sur la question de savoir si les juges n'ont le devoir de relever d'office les moyens de droit que les parties ont omis de soulever : O. Deshayes, « L'office du juge à

la recherche de sens (à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007) », *D.* 2008, p. 1102 et s.

¹⁶ J. Djogbénu, « Juger par les experts : quelques aspects contemporains d'une justice déléguée aux techniciens », in *Mélanges en l'honneur de J. Mestre*, LGDG, 2019, p. 409 et s. ; C. Jarosson, « L'expertise équitable », in *Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 731 et s.

¹⁷ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, Puf, 2020, p. 169 et s. ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 2020, pp. 584 et s.

¹⁸ En droit des marques, « hors le commerce et le principe de spécialité... il n'y a pas de contrefaçon » : F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle, op. cit.*, n° 1624, p. 946.

l'origine commerciale du produit, et la simple utilisation de la marque d'autrui sur l'emballage ou l'étiquette semble bien apparaître comme un acte de contrefaçon. Sa reproduction illicite dissout la fonction de distinctivité permettant d'établir la différence entre les produits des concurrents et anéantit le but de la régulation de la concurrence en induisant la possibilité d'une confusion.

Le risque de confusion étant l'épine dorsale¹⁹ de la contrefaçon en droit des marques, on ne peut se résigner à l'inexactitude et à l'approximation de l'approche du juge togolais dans cette décision. L'appréciation des juges de fond étant souveraine en la matière, il faut que la motivation des décisions soit convaincante ; ce qui est loin d'être le cas²⁰. Il est plutôt troublant de ne pas constater l'acte de contrefaçon. En effet, il n'est pas exagéré d'affirmer que la confusion opère systématiquement par l'usage de la marque d'autrui sur des emballages. Exciper du motif que les produits mêmes n'étaient pas marqués du signe du demandeur est une argutie dont les juges ne devraient pas, en principe, tenir compte. Toutefois, il existe une différence radicale entre les produits. L'on sait qu'en droit

OAPI, aux termes de l'article 7 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui de 1999²¹, une distinction est opérée entre la contrefaçon par imitation et la contrefaçon à l'identique²². Si l'on conçoit que les produits sont différents, l'hypothèse d'une contrefaçon à l'identique doit être écartée d'office. Le risque de confusion ne peut être alors présumé.

Pour l'ensemble, on notera qu'en cas d'imitation ou de similitude des produits et services désignés par la marque et le signe accusé de contrefaçon, la protection de la marque dans l'OAPI est subordonnée à la démonstration de l'existence d'un risque de confusion²³. La doctrine africaine a estimé qu'il y a risque de confusion « en raison de l'identité ou de la similitude avec la marque antérieure et en raison de l'identité ou de la similitude des produits ou des services que deux marques désignent »²⁴. Il doit être démontré que le consommateur d'attention moyenne pourra, du fait des similitudes, avoir une impression générale favorisant une confusion avec la marque protégée. Cette preuve passe nécessairement par un examen de l'attitude du consommateur à l'égard du signe litigieux en rapport avec les produits ou services désignés.

¹⁹CJCE, 30 nov. 1993, aff. C-317/ 91, Rec. 1993, p. I-6227. Selon les propos de l'Avocat général Tesaurò dans l'arrêt *Deutsche Renault/Audi* du 30 novembre 1993, « réduire ou étendre la portée de la protection contre le risque de confusion ne signifie rien d'autre que réduire ou étendre la portée du droit à la marque. La réglementation de l'un et de l'autre aspect doit par conséquent procéder d'une source unique et homogène ». Voir aussi A. Demazières de Sechelles, « La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes sur l'appréciation du risque de confusion en droit des marques. Un état des lieux », préc., p. 34.

²⁰J.-D. Bredin, « Le doute » in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 253 : « La jurisprudence de la Cour de cassation a plusieurs fois que le juge doit motiver sa décision, qu'il ne saurait la fonder sous des motifs incertains ou hypothétiques ou contradictoires, qu'il ne pourrait laisser le doute envahir les motifs de son jugement et devenir motivation ».

²¹ Art. 7. 2) « L'enregistrement de la marque confère également au titulaire le droit exclusif d'empêcher tous

les tiers agissant sans son consentement de faire usage au cours d'opérations commerciales de signes identiques ou similaires pour des produits ou services qui sont similaires à ceux pour lesquels la marque de produit ou services est enregistrée dans le cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion. En cas d'usage d'un signe identique pour les produits ou services identiques, un risque de confusion sera présumé exister ».

²² Dans une affaire, les juges africains, avaient bien relevé, à titre d'illustration, que la contrefaçon « étant une reproduction grossière ou suffisamment complète de la marque véritable, les procès-verbaux de constat et de saisie - contrefaçon produits en l'instance permettaient d'établir les faits de contrefaçon allégués ». Sans doute, s'agit-il ici d'une reproduction servile où la confusion est évidente : CA Centre Yaoundé, 5 février 2003, préc., p. 340-341.

²³ C. Badou, *La protection contre les atteintes aux droits sur les signes distinctifs dans l'espace OAPI*, L'Harmattan, 2016, p. 201 et s.

²⁴ C. D. Djomga, *La contrefaçon des marques dans l'espace OAPI*, Éditions universitaires européennes, 2009, p. 227

La perception du consommateur, personnage de référence, par le juge est déterminante dans l'acte de contrefaçon de produits marqués. Il importe de relever que le consommateur moyen de la catégorie de produits concernés « est censé être normalement informé et raisonnablement attentif et avisé »²⁵.

Dans l'espace OAPI, cette notion de consommateur moyen a été diversement appréhendée par les juges dans l'appréciation du risque de confusion. Les juges africains paraissent laxistes dans l'appréciation de cette référence fictive : le juge ivoirien a évoqué « l'acheteur d'attention moyenne »²⁶ ; le juge béninois a préféré l'expression « béninois moyen »²⁷. Il est évident que l'expression « béninois moyen » peut sembler inappropriée²⁸ avec une dilution notable du niveau d'attention requise en la circonstance. Il n'en demeure pas moins que les juges opèrent ainsi une sorte de projection sur le consommateur béninois qui a une attention moyenne renvoyant au consommateur diligent et avisé. Le juge tient ainsi compte du « niveau intellectuel et de discernement du consommateur ordinaire »²⁹. On peut relever que la notion, aussi incontournable soit-elle, paraît difficile à apprivoiser³⁰. On tendrait alors vers une véritable approche sociologique du

consommateur moyen en droit africain³¹. Elle est ainsi instrumentalisée pour arbitrer habilement l'intérêt des titulaires et des consommateurs en balance avec ceux des concurrents³².

À s'en tenir uniquement à cette approche, en apparence, les juges du Tribunal de Lomé n'ont pas eu tout à fait tort puisque les produits sont complètement différents et que le consommateur devrait facilement distinguer la fonction unique de la double fonction à travers la forme du produit : « les machines à vue d'œil se distinguent de celle protégée par le plaignant ». À cela, on peut encore ajouter que les produits ne sont pas marqués, « Foufoumix » ne figurant pas sur les produits, mais seulement sur l'emballage et l'étiquette du prix. Toutefois, cette approche réduit le délit d'usage de la marque qui est toujours entendu au sens large. Il est considéré comme le plus important des délits de contrefaçon du fait de sa plasticité³³. Le Doyen Roubier estimait déjà qu'il prend « la forme d'un délit assez souple, qui permet de combler un grand nombre de lacunes qui existeraient si n'avait été punie que la contrefaçon par voie de fabrication ou par voie de vente »³⁴. L'usage non autorisé doit être perçu comme un acte de contrefaçon³⁵, car il sème « la confusion dans l'esprit du

²⁵ CJCE, 22 juin 1999, « Lloyd/ Klijnsen », aff. C-342/97, Rec. I-03819.

²⁶ CS Abidjan, arrêt n° 389 du 3 juillet 2003, Sté Henkel Kommandit Gesellschaft auf Aktien, *Revue Droits et Lois*, n° 11, avril-mai-juin 2007, p. 78.

²⁷ TPI Cotonou, n° 116/04 du 27 déc. 2004, Aff. O. C. Ibinkunle c/ Mme Abdou Rachidatou

²⁸ E. Montcho Agbassa, « Le rôle du juge civil dans la lutte contre la contrefaçon de la marque dans les États membres de l'OAPI », *Revue congolaise du droit des affaires*, janv-mars 2017, pp. 4-22.

²⁹ C. D. Djomga, *op. cit.*, p. 226.

³⁰ C. Badou évoque à juste titre « l'indétermination de la notion » : c'est une évidence que le législateur ne peut en aucun cas déterminé à l'avance ces risques de confusion, il appartient au juge de circonscrire la notion : p. 201 et s. ; S. A. Alonyo, *Le risque de confusion dans la contrefaçon de marque dans l'espace OAPI*, Mémoire de master à la Faculté de droit de l'Université de Lomé, 2017.

³¹ N. Binctin, « Les sept familles de la propriété intellectuelle », in *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, Mélanges en l'honneur de J. Schmidt-Szalewsky, Coll. CEIPI, n° 61, pp. 49-60 : « Dans une approche sociologique, la CJUE indique qu'il faut tenir compte des circonstances de l'acte de consommation, l'absence de possibilité de comparer les différentes marques, l'utilisation d'image non parfaite de celles-ci et l'effet d'un niveau d'attention susceptible de varier en fonction des produits ou services en cause » : p. 52.

³² Y. Basire, « Le risque de confusion en droit des marques : entre extension et évolution », *Legicom* n° 53, 2014/2, pp. 109-119.

³³ J. Canlorbe, *L'usage de la marque d'autrui*, Collection IRPI, n° 31, p. 56.

³⁴ P. Roubier, *Droit de la propriété industrielle*, *op.cit.*, p. 385.

³⁵ « C'est le législateur lui-même qui a inclus de tels agissements dans le cadre de la contrefaçon et de l'usage de la marque contrefaite » : A. Chavanne, « Le délit d'usage de la marque et son évolution », in

consommateur » comme l'a relevé le demandeur : le risque de confusion doit faire l'objet d'une appréciation globale qui prend en compte le degré de proximité du signe et des produits ainsi que de la renommée ou du caractère distinctif élevé de la marque³⁶. En contrepoint de l'opinion des juges, le demandeur aurait pu exciper du motif que la marque « Foufoumix » est une marque renommée induisant une « association immédiate que le public opère entre le signe et les produits »³⁷. Dans ce cas, il a été parfois jugé qu'il n'est plus exigé que le degré de similitude entre la marque et le signe soit tel qu'il existe dans l'esprit du public un risque de confusion. Il suffit que la similitude ait pour effet que le public établisse un lien avec la marque³⁸. L'usage de la marque renommée « Foufoumix » était bien destiné à créer ce lien pouvant faire croire que les produits avaient la même origine commerciale. De ce fait, le titulaire semble dépouillé de ses prérogatives, contrairement à l'argument selon lequel la notoriété de la marque n'était pas affectée³⁹.

Dans ce jugement, les défendeurs ont été condamnés au civil comme au pénal. Au plan pénal, la contrefaçon a été reconnue. Les condamnations sont néanmoins légères avec une amende de deux millions de francs CFA. Au plan civil, les défendeurs ont été également condamnés à payer des dommages-intérêts. L'évaluation a été fixée à deux millions de francs CFA.⁴⁰ Ce chiffre laisse perplexe par rapport à celui des trois cents millions de

dommages-intérêts de façon tout aussi fantaisiste par le demandeur⁴¹.

Toutefois, l'intérêt de la décision est loin d'être cantonné à la contrefaçon. En sourdine, elle évoque un point de vigilance ou de veille essentielle qui est celui du rapport entre les droits de propriété intellectuelle et la concurrence, notamment leur mise en balance.

II. La mise en balance de la propriété industrielle et de la concurrence

La décision met en lumière la confrontation de la propriété intellectuelle et de la concurrence⁴², principalement à travers les arguments du demandeur. Pour ce qui concerne le brevet, le rejet de la contrefaçon pose la question décisive du marché pertinent des produits brevetés à travers leur substituabilité et leur libre circulation (A). Quant à la protection de la marque, les juges ont laissé dans l'ombre le fait que le but du signe demeure la régulation de la concurrence ; ce qui a agi négativement sur l'évaluation de la contrefaçon ; celle-ci paraît discutable (B).

A. L'admission de la « substituabilité » des produits brevetés dans une zone de libre-échange

Deux arguments du demandeur paraissent intéressants et méritent d'être approfondis.

Mélanges dédiés à P. Mathély, Litec, 1990, pp. 101-110 (préc. p. 106).

³⁶ N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2018, p. 520.

³⁷ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, p. 1068.

³⁸ J. Azéma, « Le risque de confusion dans l'appréciation de la contrefaçon », *D.* 2008, p. 542.

³⁹ La doctrine a estimé qu'une « distinction pourrait être opérée entre une contrefaçon conjoncturelle et une contrefaçon structurelle, la première portant atteinte à la valeur des biens intellectuels, la seconde étant plutôt un indice de renommée » : N. Binctin, « L'évaluation des actifs immatériels peut-elle servir pour évaluer le préjudice ? », *Cahier de droit de l'entreprise* n° 4, juil.-août 2007, p. 34.

⁴⁰ Cette évaluation forfaitaire est également discutable. Elle ne relève pas moins de l'appréciation souveraine des juges du fond : N. Binctin, « L'évaluation des actifs immatériels peut-elle servir pour évaluer le préjudice ? », préc., p. 34.

⁴¹ L'évaluation du préjudice requiert à la fois une évaluation selon le droit spécial de la propriété intellectuelle qui a été ignorée dans le présent jugement : *infra*.

⁴² J. Gstalter, *Droit de la concurrence et droits de la propriété intellectuelle. Les nouveaux monopoles de la société de l'information*, Bruylant, 2012 ; C. Maréchal, *Concurrence et propriété intellectuelle*, Préface G. Bonet, Collection IRPI, n° 32, 2009 ; Colloque de l'IRPI, *Propriété intellectuelle et concurrence. Pour une réconciliation*, Litec, Collection IRPI, n° 40, 2012.

D'un côté, il fait valoir l'exclusivité ayant trait à l'encouragement des producteurs locaux : « il n'est un secret pour personne que les produits en provenance de la Chine circulant en contrebande prennent de l'ampleur (...) ». De l'autre, il exige qu'on mette « fin à ces agissements déloyaux qui tuent les œuvres de l'esprit⁴³... » Ces arguments renvoient également à deux idées maîtresses en droit de la propriété intellectuelle en lien avec la concurrence : la substituabilité et la prise en compte de la libre circulation des produits.

Par rapport à la concurrence, il est nécessaire de relever que l'on a toujours considéré le marché des produits comme l'ensemble des produits ou des services que le consommateur considère comme substituables en fonction de leurs caractéristiques et de leur usage. En droit européen, la Commission européenne estime que le marché des produits « comprend tous les produits et/ou services comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés »⁴⁴. Définir le marché pertinent suppose nécessairement une « délimitation de l'espace de concurrence pertinent »⁴⁵.

Dans la relation entre le droit de propriété intellectuelle et la concurrence, cette définition permet de relever que « le marché pertinent sur lequel se trouve le titulaire du droit exclusif ne devrait normalement pas se réduire au marché

de ce produit ou de ce procédé »⁴⁶. En effet, chacun est libre d'atteindre par des moyens différents l'avantage immatériel et abstrait que l'on obtient de l'invention d'un produit ou de procédé. Une doctrine l'avait clairement exprimé en affirmant que « l'intérêt général exige, en tout cas, que la libre concurrence soit préservée pour tous les autres procédés possibles que celui de l'inventeur »⁴⁷. Il est donc clair que le monopole du breveté laisse indéniablement la place à des techniques concurrentes touchant le même résultat technique. La mise sur le marché d'un produit nouveau peut ainsi constituer une menace pour le marché de l'ancien produit breveté⁴⁸. De là découlent trois situations : le produit nouveau peut soit créer un marché nouveau, soit être substituable aux produits anciens, soit être amené à les remplacer, au fil du temps. Il n'est nullement prouvé que l'on est dans les deux derniers cas⁴⁹. L'argument des demandeurs tend néanmoins à faire valoir qu'il y a un péril à admettre les produits nouveaux relativement à cette technique de pilage des tubercules sur le marché comme s'il allait remplacer son produit « Foufoumix »⁵⁰. Le breveté ne voudrait pas admettre la concurrence de produits substituables⁵¹ sur le marché. Il faut alors rappeler que ce n'est que dans le cas d'industries très innovantes que la technologie brevetée peut échapper en réalité à la substituabilité⁵². Dès lors que le caractère

⁴³ C'est inapproprié d'évoquer une œuvre de l'esprit pour les brevets et marques, d'où l'exigence de la formation des praticiens du droit en matière de propriété intellectuelle (v. supra).

⁴⁴ Communication de la Commission sur la définition du marché.

⁴⁵ B. Goldman, A. Lyon-Caen, L. Vogel, *Droit commercial européen*, Précis Dalloz, 1997, n° 545.

⁴⁶ C. Maréchal, *Concurrence et propriété intellectuelle*, op. cit., n° 32, 2009, p. 408.

⁴⁷ P. Roubier, *Droit de la propriété industrielle*, t. II, p. 69.

⁴⁸ J. -L. Lesquins, « Innovation et délimitation des marchés pertinents », in *Innovation et concurrence*, Atelier de réflexion sur la concurrence, *Rev. Conc. Consom.* 01-02/1995, n° 83, p. 32, cité par C. Maréchal, op. cit., p. 409.

⁴⁹ J. -L. Lesquins, « Innovation et délimitation des marchés pertinents », in *Innovation et concurrence*, Atelier de réflexion sur la concurrence, *Rev. Conc. Consom.* 01-02/1995, n° 83, p. 32, cité par C. Maréchal, op. cit., p. 409.

⁵⁰ A.-S. Choné-Grimaldi, « L'abus de position dominante. État des lieux », in *Colloque de l'IRPI, Propriété intellectuelle et concurrence. Pour une (ré) conciliation*, op. cit., pp. 131-138.

⁵¹ A.-S. Choné-Grimaldi, « L'abus de position dominante. État des lieux », in *Colloque de l'IRPI, Propriété intellectuelle et concurrence. Pour une (ré) conciliation*, op. cit., pp. 131-138.

⁵² Le demandeur semble exiger ici la protection non de son invention, mais de son idée sur toute machine à piler les tubercules entraînant la cuisson du plat de fofou ; or, l'on n'ignore pas que, comme l'a affirmé

remplaçable de la technologie concernée est admis, se pose le problème de la libre circulation des produits.

Le droit exclusif des titulaires de droits de propriété intellectuelle, en général, constitue un monopole d'exploitation des utilités économiques définies au moyen de prérogatives légales. Il est lié uniquement au produit protégé et ne s'étend pas aux produits substituables. Par conséquent, ces derniers peuvent librement circuler lorsque la loi le permet. Le problème se pose avec acuité dans la mesure où les produits litigieux proviennent du Nigéria, un État qui n'est pas membre de l'OAPI, mais appartenant à la CEDEAO⁵³.

L'espace CEDEAO est certainement une zone qui pourrait interroger fortement la libre circulation des produits incorporant les droits de propriété intellectuelle. Dans le Traité de Lagos de 1975, il n'est nullement fait mention de la propriété intellectuelle. Il est possible que soit exclue *a priori* toute compartimentation du marché contraire à l'esprit de la libre circulation⁵⁴. Les biens intellectuels dans ces conditions n'auront aucune particularité leur conférant un statut spécial. C'est une situation qui fragilise sérieusement la position des titulaires de droits de propriété intellectuelle. Toutefois, ce silence peut également être interprété comme une volonté de maintenir la spécificité de ces droits : l'exclusivité. La question serait alors de savoir si la libre circulation des produits clairement affirmée dans la CEDEAO peut être mise en échec par un titulaire qui excipe des menaces sur l'écoulement de ses produits locaux incorporant des droits de propriété

industrielle. Autrement dit, doit-on prohiber la libre circulation de toute machine à piler les tubercules au Togo du fait que l'inventeur d'un modèle de cette machine serait togolais ?

Les juges du Tribunal de Lomé ont répondu indirectement à cette question par la négative. Cette solution est heureuse, car elle rend compte de ce que l'exclusivité conférée au droit intellectuel n'est pas un monopole absolu. Cependant, elle soulève la pertinente question de la fragilité des petits ingénieurs devant l'ogre chinois capable d'envahir n'importe quel marché avec des produits substituables. Seule une politique protectionniste par le haut pourrait intervenir pour régler le problème en amont par l'administration douanière⁵⁵ mais au risque de mettre en péril les accords de coopération économiques entre la Chine et la plupart des pays de la sous-région.

Dans l'ensemble et relativement au brevet, la décision intègre parfaitement la philosophie d'une exclusivité limitée uniquement au produit breveté et de la libre circulation indispensable à la construction du marché commun de la CEDEAO⁵⁶. En droit des marques, cette concurrence est également mise en relief d'une autre manière, car l'action demeure salutaire quant à l'affirmation claire d'un refus de confusion entre la marque et le produit. Elle constitue ainsi déjà un pas décisif permettant d'empêcher la dégénérescence de la marque, en dehors du point sensible de l'évaluation des préjudices de la contrefaçon.

Desbois, « les idées sont, par essence, de libre parcours ».

⁵³ Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO).

⁵⁴ P. Meyer, « La libre circulation des personnes et des biens dans la CEDEAO », in *Mélanges en l'honneur de Cerexhe*, Larcier 1997, p. 288.

⁵⁵ A. Johnson-Ansah, « La législation douanière et la protection des droits de propriété intellectuelle : cas du Togo », in *Mélanges en l'honneur de l'action du Dr. Paulin Edou Edou*, LGDJ, Juriscope, 2017, p. 97 et s.

⁵⁶ De taraudantes interrogations émergent sur la réalité du marché commun de la CEDEAO depuis décembre 2019 avec la fermeture des frontières du Nigéria qui a duré dix mois (jusqu'au 15 septembre 2020). Il faut aussi que les actes riment avec le discours. Le continent, dans son ensemble, doit surpasser « la schizophrénie du discours politique » afin « de remettre en harmonie l'incantatoire et le décisoire, le verbe et l'action » : P. Meyer, « La libre circulation des personnes et des biens dans la CEDEAO », préc., p. 288.

B. La discutable évaluation de la contrefaçon de la marque

Cette décision appelle une dernière remarque dont l'acuité est tournée vers la protection de la marque qui a pour but essentiel la régulation de la concurrence à travers l'origine commerciale du signe⁵⁷. Elle interroge l'évaluation des dommages-intérêts par les juges du tribunal de Lomé qui semblent avoir ignoré ce rapport à la concurrence. Toutefois, on ne peut manquer de reconnaître l'aspect positif de l'action du propriétaire de la marque.

À partir du moment où le titulaire a clairement montré qu'il demeure comptable autant du succès que de la distinctivité de sa marque⁵⁸, il doit être absolument protégé contre la contrefaçon. Le tribunal a eu du mal à évaluer les préjudices subis par le propriétaire de la marque. L'évaluation des préjudices a toujours posé d'énormes difficultés. Celles-ci n'autorisent pas pour autant les juges à faire appel à l'art divinatoire⁵⁹. Tel semble être le cas dans la présente décision. Dans ce jugement, les défendeurs ont été condamnés au civil comme au pénal⁶⁰. Au plan pénal, les condamnations sont néanmoins légères avec une amende de deux millions de francs CFA. Au plan civil, les défendeurs ont été également condamnés à payer des dommages-intérêts. L'évaluation a été fixée à deux millions de francs CFA (à peine trois mille euros)⁶¹. Cette évaluation forfaitaire est critiquable et laisse perplexe par rapport à celui des trois cents millions (près de 460 000

euros) de dommages-intérêts sollicités de façon tout aussi fantaisiste par le demandeur⁶².

En présence d'un avantage concurrentiel obtenu par des pratiques illicites comme il résulte du cas d'espèce, les juges auraient pu prendre en compte, dans l'évaluation de la réparation du préjudice, l'économie injustement réalisée, modulée à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par les agissements déloyaux⁶³. Cela veut dire que l'on aurait pu procéder à une véritable enquête sur le nombre de machines vendues par la société et l'effet de cet acte illicite sur l'économie du propriétaire de la marque. En l'espèce, seules deux machines ont fait l'objet d'une saisie ; et le titulaire ne démontre à aucun moment en quoi il aurait été affecté par les agissements illicites des contrefacteurs jusqu'à hauteur du montant demandé à titre de réparation. Les conseils des parties victimes de la contrefaçon doivent impérativement comprendre que le caractère sérieux de la réparation passe par une évaluation réaliste des préjudices. Les requérants doivent également fournir des informations concrètes sur les préjudices subis afin d'éviter ces approximations préjudiciables à la protection des droits de propriété intellectuelle. Quant aux juges, reconnaissant la notoriété intacte de la marque sur le marché togolais⁶⁴, ils se sont limités à allouer des dommages-intérêts qui paraissent, somme toute, modiques, comme si l'acte était excusable : le droit de propriété du titulaire de la marque n'a pas fait l'objet d'une protection

⁵⁷ Y. Basire, *Les fonctions de la marque : essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif*, LexisNexis, Coll. CEIPI, n° 63, 2015.

⁵⁸ M. Vignaud, « La rançon du succès ou la surprenante dégénérescence de la marque », préc. 2008, p. 898 ; H. Bonnard, *La contrefaçon de marque*, Litec, 2008, n° 167.

⁵⁹ Cass. Com. 12 fév. 2020, pourvoi n° 17-31614, Cristal de Paris c/ Cristallerie de Montbronn : A. Lawrynowicz-Drewek, « Pas besoin de boule cristal pour évaluer le montant de la rémunération du préjudice », *MAJ de l'IRPI*, n° 26, mars 2020, p. 13.

⁶⁰ A. Vivant, « La contrefaçon, entre contrat et délit. Réflexion sur les catégories juridiques », in *Mélanges en l'honneur de J. Mestre*, LGDJ, 2018, p. 931.

⁶¹ Elle ne relève pas moins de l'appréciation souveraine des juges du fond : N. Binctin, « L'évaluation des actifs immatériels peut-elle servir pour évaluer le préjudice ? », préc., p. 34.

⁶² L'évaluation du préjudice requiert à la fois une évaluation selon le droit spécial de la propriété intellectuelle qui a été ignorée dans le présent jugement.

⁶³ A. Lawrynowicz-Drewek, « Pas besoin de boule cristal pour évaluer le montant de la rémunération du préjudice », préc., p. 13.

⁶⁴ La machine en question étant inconnue de la plupart des ménages togolais au contraire de la marque « Foufouxmix ».

sérieuse⁶⁵. Les différents acteurs ont ignoré dans cette affaire la spécificité de la réparation de la contrefaçon qui demeure pourtant une préoccupation majeure des titulaires de droit de propriété intellectuelle.

Par rapport à l'évolution de la législation OAPI avec l'Acte de Bamako de 2015, la décision pourrait faire penser à l'aspect psychosociologique affectant la logique de sémantisation des produits marqués⁶⁶. Au rebours de la conception étriquée de la contrefaçon à travers l'argutie du comportement gênant du défendeur, l'action du propriétaire de la marque traduit l'indice d'une vigilance suffisante pour faire échec, de manière prospective, à la déchéance de son droit. Bien connue dans la législation de l'OAPI de 1977⁶⁷, la dégénérescence de la marque a été rayée d'un trait de plume dans la législation de 1999⁶⁸. L'Acte de Bamako ouvre de nouveau la porte de sa cité à cette cause de déchéance du droit en son nouvel article 27 de l'Annexe III de la nouvelle révision de l'Accord de Bangui par l'Acte de Bamako du 14 décembre 2015 relatif à la déchéance du droit de marque⁶⁹. La marque peut ainsi être victime de sa propre notoriété,

car plus elle « se diffuse et s'impose, plus elle évoque spontanément le produit ou le service qu'elle caractérise. À la limite, l'association marque-produit devient si étroite que le signe en arrive à se confondre avec l'objet qu'elle devait spécifier »⁷⁰. C'est justement le cas de la marque « Foufoumix », devenue en quelques années très populaire de sorte que, du moins au Togo, une malheureuse confusion est tout simplement perceptible entre la marque et le produit : il n'y a plus aucune séparation entre « Foufoumix » et la machine à piler. Le législateur indique les deux aspects cumulatifs pouvant rendre la marque usuelle, à savoir le phénomène objectif qui est relatif aux « lois fatales du langage »⁷¹, et le phénomène subjectif, par rapport au « fait du titulaire » qui par son inactivité provoque la dégénérescence de la marque. Ce dernier aspect est déterminant puisqu'il met clairement en exergue le rôle décisif que peut jouer la volonté du titulaire⁷² de s'opposer à « l'existence des faits d'usurpation et, par conséquent, de plusieurs producteurs en compétition »⁷³. La décision commentée est, sans doute, dans ce droit fil puisque ce sont les concurrents qui ont usurpé la marque « Foufoumix ». L'usurpation

⁶⁵ M. Vivant, « Prendre la contrefaçon au sérieux », *D.* 2009, p. 1839 ; V. dans le même sens : C. Le Stanc, « La contrefaçon n'est pas excusable », *Propri. Industr.*, n° 7, juillet 2012, repère 7.

⁶⁶ J.-N. Kapferer, *Les marques, capital de l'entreprise*, Les éditions d'organisation, 1991, p. 25.

⁶⁷ TGI de Douala qui s'est fondé sur les procès intentés hors de l'espace OAPI par la Société S-P. INC, propriétaire de la marque « Vaseline », pour lui reconnaître sa volonté constante d'usage exclusif de la marque en question. Il débouta par conséquent la Société S. qui prétextait que le terme « vaseline » était devenu générique, vulgarisé pour pouvoir constituer une marque valable : Jugement civil N° 521 du 06 juin 1988 du Tribunal de Grande Instance de Douala, Affaire Société S.-P. INC. C/ Société S., in *Le contentieux de la propriété intellectuelle dans les États de l'OAPI. Recueil de décisions de justice*, Collection OAPI, n° 3, pp. 105-112.

⁶⁸ R. Kiminou évoquait à cet égard une « érosion de l'obligation d'exploiter » : R. Kiminou, « La révision du droit des marques de l'OAPI », *RPIA*, 2001, préc., p. 43.

⁶⁹ Aux termes de l'alinéa 1. b) « À la requête de tout intéressé, la juridiction nationale compétente peut

constater la déchéance et ordonner la radiation de toute marque enregistrée qui (...) du fait de son titulaire est devenue la désignation usuelle des produits ou services ».

⁷⁰ M. Vignaud, « La rançon du succès ou la surprenante dégénérescence de la marque », *D.* 2008, p. 898 ; M.-A. Perot-Morel, « La dégénérescence des marques par excès de notoriété », in *Mélanges en l'honneur de D. Bastian*, p. 49.

⁷¹ R. Franceschelli, « Lois du langage et vulgarisation des marques », *Riv. Dir. Ind.*, 1953, II, 301, cité par M.-A. Perot-Morel, « La dégénérescence des marques par excès de notoriété », préc., p. 50.

⁷² J.-P. Clavier, *D.* 2018, p. 479, n° 37.

⁷³ La Cour de Milan déclare, par exemple, à propos de la marque « Petit Suisse » dont elle maintient la validité, que « l'usage de la dénomination dans le langage courant des consommateurs ne suffit pas s'il ne s'accompagne de la présentation dans le commerce de plusieurs produits du même genre sous un signe identique et s'il ne s'y ajoute la tolérance et l'inertie du propriétaire de la marque » : Milan, 16 oct. 1964, cité par M.-A. Perot-Morel, préc., p. 54.

de la marque par les concurrents pouvait, au fil du temps, potentiellement rendre le signe usuel s'il n'y avait pas de volonté contraire du titulaire comme c'est le cas⁷⁴.

Pour terminer, il faut relever un point important de doctrine. Nous sommes de ceux qui croient que la doctrine africaine de la propriété industrielle, principalement en ce qui concerne le brevet d'invention, doit sortir de la logique combative pour aller sur le terrain de la logique émancipatrice⁷⁵. Il ne sert plus à rien aujourd'hui de dénoncer le système de l'OAPI comme étant trop protecteur et comme servant les intérêts occidentaux. Il est indéniable que la légitimité de la protection du brevet d'invention demeure énigmatique⁷⁶ du fait de l'inadéquation quasi certaine de la législation avec l'environnement social : le juriste ne peut se désintéresser de la valeur des rapports sociaux⁷⁷ ! Toutefois, sans une véritable prise de conscience et sans un irrépressible éveil à l'innovation, à une politique appropriée et pleinement responsable de recherche et développement, aucune dénonciation ne changera la donne du brevet en particulier, et de la propriété intellectuelle en général, sur le continent africain. Sans une éducation tournée vers l'esprit de créativité et d'innovation, aucune règle de droit, aucun système de propriété industrielle ne fournira la clé du

développement à l'Afrique. La quête d'émancipation est aussi un combat d'une autre forme. Espérons que la propriété intellectuelle deviendra une affaire de politique publique⁷⁸ pour émerger véritablement sur le continent africain. Étant donné que le droit n'est pas neutre, l'exigence de l'adaptation de la règle de droit au fait, dans ce cas, doit être arrimée à un idéal, un objectif tel que la quête d'une véritable culture de la propriété intellectuelle qui est consubstantielle à cette discipline.

Autrement, une telle exigence, aussi pertinente soit-elle, demeurerait à la fois un leurre et un mythe⁷⁹. Elle témoigne, tout comme cette décision, pour une large part, de l'image du bon grain et de l'ivraie qui croissent toujours ensemble et qu'on a parfois du mal à séparer. Mais n'est-ce pas là la tâche infinie du droit (de la loi, des juges et de la doctrine) dans la société ?

A. J.-A.

⁷⁴ Désormais, dans la zone OAPI, l'évolution du droit de marque est portée par des exigences autrefois contradictoires en tant que la marque est perçue autant comme « un droit de propriété que comme un droit d'usage », mais qui apparaissent désormais comme cohérentes, la dégénérescence étant portée par les desseins privatifs du titulaire de la marque : Y. Reboul, « La déchéance de la marque depuis la réforme législative du 4 janvier 1991 (article L. 714-5 du CPI), *Écrits en hommage à J. Foyer*, PUF, p. 277-289 préc., p. 289.

⁷⁵ Cf. A. Johnson-Ansah, « La contrefaçon de médicament : présentation générale », *RFPI* 2018, n° 6, p. 69 et s.

⁷⁶ Evoquant la triple capacité (capacité scientifique, capacité industrielle et capacité économique, un auteur a clairement affirmé que « tant que ces trois conditions ne sont pas remplies, la propriété intellectuelle ne joue pas dans le sens du développement, bien au contraire : elle œuvre dans le sens de la dépendance

technologique et culturelle. Ce qui veut dire qu'à chaque degré de développement correspond un certain niveau de propriété intellectuelle » : J.-L. Goutal, « Brevet et développement », in *Mélanges Dessemontet*, CEDIDAC, 2009, p. 209.

⁷⁷ C'est position indiscutablement compréhensible de la plupart des auteurs africains qui restent critiques à l'égard de la propriété intellectuelle : la loi dont incarner les valeurs propres à la communauté qu'elle est appelée à régir ; Dans le même sens de manière plus large : N. Rouland, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Odile Jacob, 1991.

⁷⁸ B. Warusfel, « Propriété intellectuelle comme politique publique », in *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, Mélanges en l'honneur de J. Schmidt-Szalewsky*, Collection CEIPI, 2014, n° 61, p. 391 et s.

⁷⁹ C. Atias et D. Linotte, « Le mythe de l'adaptation de la règle de droit au fait », *D.* 1977, chr. XXXIV, p. 251 et s.

La saisie-contrefaçon en droit tunisien des brevets d'invention

The Infringement Seizure in Tunisian Patent Law

Salma KHALED

*Maître de conférences & Avocat associé
Université Tunis El Manar, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis*

Les droits découlant d'un brevet d'invention sont précieux. Considérés comme le fruit d'un travail intellectuel, d'un effort de recherche de longues années, ils doivent être protégés contre toute violation, ou tout usage illicite par des tiers. C'est la raison pour laquelle le législateur tunisien, à l'instar des législations mentionnées ci-dessous et à la lumière des instruments internationaux, a entouré la procédure de l'action en contrefaçon de mesures préalables très précises. À défaut de leur respect, le titulaire du droit risque d'être débouté de son action en contrefaçon pour vice de forme. Même si la législation tunisienne est assez protectrice des droits en question, il n'en demeure pas moins que certaines dispositions du droit spécial des brevets et du droit commun des procédures civiles et commerciales manquent de précision et méritent d'être reformulées. La présente contribution s'attache à les présenter. En effet, l'action en contrefaçon est obligatoirement précédée par un constat d'huissier notaire accompagné d'un expert¹, tous deux désignés par une ordonnance sur requête à la demande du titulaire du droit. Cette procédure préalable est détaillée dans le cadre de l'article 86 de la loi n°84-2000 relative aux brevets d'invention. Toutefois, aux précisions législatives contenues dans cet article, échappent certains détails relatifs au tribunal compétent, à la validité l'ordonnance sur requête, à son étendue, ainsi qu'à la chronologie du processus préalable à la saisie et postérieur à la saisie et les délais de communication des procès-verbaux à la partie défenderesse. Ce manque de précision a entraîné un débat doctrinal et jurisprudentiel, qu'il convient d'analyser, pour un meilleur équilibre de intérêts en jeu.

The rights deriving from a patent are very precious, considerer as the fruit of intellectual work, a research effort of several years, they should be protected against any violation, or any illicit use of third party. That's why the Tunisian legislator, as the comparative legislators and in the light of international instruments, has surrounded the infringement action procedure with very specific preliminary measures. In case of their violation, the right holder risks being dismissed in his infringement action for a form defect. Despite the protection offered by the Tunisian law for the patent rights, the fact remains that some special provisions of patent law and civil and commercial procedures, lack of precision and have to be reformulated. This article will emphasize them. Indeed, the infringement action is necessarily preceded by bailiff's report accompanied by an expert, who are both appointed by a judicial order at the request of the patent holder. This preliminary procedure is detailed under the article 86 of the Law N° 84-2000 relating to patents. However, some details relating to the competent court, the validity of the order on request, its scope, as well as the chronology of the process priori and subsequent to the seizure and the deadline of communication of the minutes to the defendant, are not regulated. This lack of precision has given rise to a doctrinal and jurisprudential debate, which should be analyzed, for a better balance of interest at stake.

¹ En principe spécialisé en propriété intellectuelle.

Introduction

Si l'innovation et la créativité ont justifié la nécessité de moraliser leur usage en mettant en œuvre un ensemble de textes juridiques régissant les droits de propriété intellectuelle, le génie humain a trouvé d'ingénieuses idées pour en contourner le respect. Ainsi, les atteintes aux droits de la propriété intellectuelle et au principe de la concurrence loyale se sont multipliées¹.

Au fur et à mesure de l'expansion et de la propagation de l'usage des technologies, de l'épanouissement de la créativité, les biens immatériels se multiplient et leur protection se renforce. En effet, les droits de propriété intellectuelle sont désormais dotés d'une valeur patrimoniale à laquelle s'associe une valeur juridique et économique incontestable : les droits de propriété intellectuelle sont des droits fondamentaux², ils représentent des portefeuilles de biens immatériels dont la valeur patrimoniale dépasse souvent celle des biens immeubles pour les entreprises³.

Conscient de la valeur de tels droits, le législateur tunisien n'a pas manqué à l'appel de la communauté internationale en adhérant aux instruments internationaux visant à garantir la protection des droits de propriété intellectuelle, qu'il s'agisse de propriété littéraire et artistique ou de propriété industrielle. Ainsi, la Tunisie est devenue membre de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886⁴ et de la Convention de Paris sur la protection de la propriété industrielle de 1883⁵. Elle a par ailleurs adhéré aux Traités relatifs aux systèmes mondiaux d'enregistrement, tels que l'arrangement de la

Haye relatif aux dépôts internationaux des dessins et modèles industriels de 1925⁶ et l'Arrangement de Lisbonne relatif à la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international de 1958⁷. Elle a en outre adhéré à l'Arrangement de Vienne instituant une classification internationale des éléments figuratifs des marques datant de 1973⁸. En matière de brevets d'invention, elle n'a pas manqué d'adhérer au Traité de coopération (PCT) de 1970⁹, ainsi qu'au Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques le 16 octobre 2013.

En raison de l'importance des aspects économiques et commerciaux des droits de propriété intellectuelle, l'Organisation Mondiale du Commerce a, sous son égide, préparé un Accord sur les ADPIC ou TRIPS, portant sur les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle et sur l'usage qui doit en être fait par les États membres. **L'objectif était de garantir, par ces derniers, un équilibre des droits et des intérêts qui s'y rattachent :** « 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 »¹⁰.

La visée est double : garantir la protection des droits et assurer leur bon usage par les tiers afin qu'il puisse y avoir un partage du savoir, des

¹ M. Jobard, *Création de la Propriété Intellectuelle : De la nécessité et des moyens d'organiser l'industrie et de moraliser le commerce et de discipliner la concurrence*, Imprimerie de C.- J. De MAT ET Ce., 1843.

² L'article 41 §2 de la constitution tunisienne prévoit ce qui suit : « La propriété intellectuelle est garantie ».

³ N. Binctin *Stratégie d'entreprise et propriété intellectuelle*, éd. LGDJ-Lextenso, Paris, 2015.

⁴ La Tunisie a adhéré à cette Convention le 5 déc. 1887.

⁵ La Tunisie a adhéré à cette Convention le 7 juill. 1884.

⁶ La Tunisie a adhéré à cet Arrangement le 20 oct. 1930.

⁷ La Tunisie a adhéré à cet Arrangement le 31 oct. 1973.

⁸ La Tunisie a adhéré à cet Arrangement le 9 août 1985.

⁹ La Tunisie a adhéré à ce Traité le 10 déc. 2001.

¹⁰ Article 7 de l'Accord sur les Aspects des Droits de la Propriété Intellectuelle touchant au Commerce, disponible à l'adresse suivante : https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/t_ag_m2_f.htm.

technologies et des connaissances sans abus ni excès des titulaires de droits ou des utilisateurs.

En sus de cet arsenal législatif à échelle internationale¹¹, la législation tunisienne est, à l'échelle nationale, la première législation arabe à avoir garanti la protection de ces droits¹². Les divers textes en matière de droit d'auteur, de droit des marques, des dessins et modèles industriels, obtentions végétales, ou encore en matière de brevets d'invention garantissent une double protection, tant civile que pénale.

L'action en contrefaçon « est fondée sur l'atteinte à un droit subjectif, cette atteinte constitue à elle seule le dommage sans qu'il soit nécessaire de prouver la faute »¹³. Elle permet au titulaire du droit de propriété intellectuelle de se prémunir contre les atteintes à son droit, en réprimant une infraction et en permettant la réparation des dommages causés. Il s'agit donc d'une action revêtant une nature hybride : civile et pénale. Il y a un délit, mais souvent l'action civile est préférée à la voie pénale. Par ailleurs, le titulaire de droit a la possibilité d'agir en concurrence déloyale et en réparation du dommage causé par l'acte de contrefaçon¹⁴.

¹¹ La Tunisie est en effet l'un des membres fondateurs de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 oct. 1886. V° M. Salhi, *L'évolution du droit de propriété intellectuelle en Tunisie suite à son adhésion à l'OMC et la signature de l'accord ADPIC*, Thèse Université Paris Sorbonne Université Tunis El Manar, 2018, p.58, n°96.

¹² Décret Beylical 26 décembre 1888 régissant les brevets d'invention.

¹³ L. Marino, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, Thémis, 2013, p. 52.

¹⁴ À l'action civile en contrefaçon, s'ajoute l'action en concurrence déloyale ouverte au profit du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, régie par les dispositions de l'article 92 du code des obligations et des contrats qui prévoit ce qui suit : « Peuvent donner lieu à des dommages-intérêts, sans préjudice de l'action pénale, les faits constituant une concurrence déloyale, et par exemple : 1) le fait d'user d'un nom ou d'une marque à peu près similaire à ceux appartenant légalement à une maison ou fabrique déjà connue, ou à une localité ayant une réputation collective, de manière à induire le public en erreur sur l'individualité du fabricant et la provenance du produit ; 2) le fait d'user d'une enseigne, tableau, inscription, écriteau ou autre

Afin de pouvoir engager l'action en contrefaçon, le législateur a prévu une procédure préalable nécessaire tant en matière de marque, dessins et modèles, qu'en matière de brevets d'invention¹⁵. Cette procédure permet *a priori* au titulaire du droit de rapporter la preuve de l'acte contrefaisant¹⁶.

En effet, instituée à des fins de preuve préliminaire par la loi 2000-84 du 24 août 2000 relative aux brevets d'invention, la saisie-contrefaçon « est une saisie à des fins essentiellement probatoires non exclusive des autres moyens de preuve qu'offre le droit commun »¹⁷. Visant à assoir le bien-fondé d'une action en contrefaçon, il s'agit d'une étape préalable obligatoire, qui obéit à une structure procédurale et chronologique bien encadrée. Le non-respect de la procédure telle que déterminée par la loi, entraîne sa nullité et, par conséquent, l'échec de l'action en contrefaçon.

La sanction du non-respect de la procédure par la nullité s'explique en raison de l'importance de la saisie-contrefaçon et de son caractère d'ordre public. En effet, tout le processus est

emblème quelconque, identique ou semblable à celui déjà adopté légalement par un négociant, ou fabricant, ou établissement du même lieu, faisant le commerce de produits semblables, de manière à détourner la clientèle de l'un au profit de l'autre; 3) le fait d'ajouter au nom d'un produit les mots : façon de... , d'après la recette de ... , ou autres expressions analogues, tendant à induire le public en erreur sur la nature ou l'origine du produit ; 4) le fait de faire croire par des publications ou autres moyens, que l'on est le cessionnaire ou le représentant d'une autre maison ou établissement déjà connu ».

¹⁵ L'article 49 de la loi n°36-2001 relative aux marques de fabrique de commerce et de service ; l'article 28 de la loi relative aux dessins et modèles industriels n° 2001-21 du 6 fév. 2001 ; l'article 84 de la loi 2000-84 du 24 août 2000 relative aux brevets d'invention.

¹⁶ J. Raynard, E. Py et P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle*, éd. LexisNexis 2016, p. 377.

¹⁷ U. N. Mezzatio, *La saisie-contrefaçon en matière de marque et de brevets dans l'espace oapi*, Conseils Pratiques, 21 août 2017, disponible à l'adresse : <https://cabinetjogo.com/la-saisie-contrefaçon-en-matière-de-marque-et-de-brevet-dans-lespace-oapi/> ; P. Véron, *Saisie-Contrefaçon*, éd. Dalloz, 1999.

construit sur une logique de protection des droits en question : le droit du titulaire d'agir pour protéger son droit de propriété, d'une part, et le droit du présumé contrefacteur de contester les conditions dans lesquelles la saisie est intervenue, d'autre part.

L'étude de la procédure de saisie-contrefaçon en matière de brevets d'invention s'attardera d'abord sur l'analyse des démarches la composant, lesquelles doivent être exemptées de tout vice, ensuite aux causes qui peuvent fonder un recours en annulation de la saisie-contrefaçon et faire échec à cette action.

L'article 86 de la loi relative aux brevets d'invention prévoit ce qui suit : « Les personnes pouvant agir en contrefaçon conformément à l'article 84 de la présente loi peuvent, en vertu d'une ordonnance sur requête du président du tribunal, faire procéder par huissier notaire assisté d'un expert à la description détaillée, avec ou sans saisie réelle, des produits ou procédés prétendus contrefaits ».

Lorsque la saisie réelle est autorisée, elle doit se limiter à la mise sous-scélé des seuls échantillons nécessaires pour prouver la contrefaçon. Par ailleurs, l'ordonnance peut imposer au requérant de consigner une caution avant de procéder à ladite saisie.

À peine de nullité de la saisie et de dommages-intérêts contre l'huissier, celui-ci doit, avant de procéder à la saisie, donner copie de l'ordonnance aux détenteurs des objets saisis ou décrits et, le cas échéant, de l'acte constatant le dépôt de cautionnement. De même, une copie du procès-verbal de saisie doit leur être remise. À défaut d'engagement de l'action en justice par le requérant dans un délai de quinze jours, la saisie ou la description est considérée comme nulle de plein droit, et ce, sans préjudice des dommages et intérêts. Le délai de quinze jours court à partir du jour où la saisie ou la description est intervenue.

Ainsi, l'opération de saisie-contrefaçon doit remplir certaines conditions¹⁸. Accordée par une ordonnance sur requête (I) elle est soumise à un processus déterminé, en dressant un procès-verbal de saisie-contrefaçon (II). À défaut, toute la procédure encourt la nullité et ne pourra servir pour fonder une action en contrefaçon.

I. L'ordonnance sur requête

À la lecture de l'article 86 de la loi 2000-84, on déduit que l'action en contrefaçon doit être fondée sur une procédure préalable permettant au titulaire d'un brevet de saisir le juge afin d'obtenir une ordonnance sur requête (A), qui devra ensuite être exécutée avant d'entamer l'action en contrefaçon (B).

A. Le juge compétent pour rendre l'ordonnance

Il ressort des dispositions de l'article 86 de la loi 2000-84 que le législateur emploie l'expression « ordonnance sur requête du président du tribunal », sans aucune autre précision. S'agit-il du tribunal de première instance du domicile du présumé contrefacteur (donc du défendeur), du tribunal de première instance compétent pour statuer sur la contrefaçon ou encore du président du tribunal de première instance du lieu où la saisie des biens ou produits contrefaisants doit être faite ?

Le texte est muet et la jurisprudence tunisienne l'est aussi.

Afin de déterminer le juge compétent, il est logique de situer l'article dans son contexte, c'est-à-dire de le lire conjointement, soit avec les dispositions qui le précèdent et/ou qui le suivent, soit avec celles de l'article 85 et celles de l'article 87.

Si l'article 85 n'apporte aucune précision quant au tribunal compétent ; l'article 87 prévoit ce qui suit : « Lorsque le tribunal est saisi d'une

¹⁸ Y. Faure, *Le contentieux de la contrefaçon : la réponse du droit français à l'atteinte aux droits de propriété*

intellectuelle, Thèse de Doctorat, Université Toulouse 1 Capitole, 2014.

action en contrefaçon d'une invention objet d'un brevet, son président, saisi et statuant en la forme des référés, peut interdire, à titre provisoire et sous astreinte, la poursuite des actes de contrefaçon présumés, ou subordonner la poursuite de ces actes à la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation du titulaire de brevet ».

Le législateur attribue donc compétence au président du tribunal déjà saisi d'une action en contrefaçon pour statuer sur le référé.

On en déduit alors que le juge compétent pour rendre une ordonnance sur requête autorisant la saisie-contrefaçon est celui qui a compétence pour statuer sur l'action en contrefaçon, et ce, dans une logique d'unification de la procédure de contrefaçon, ouverte sur la base d'un même titre de propriété. Cependant, le président compétent pour rendre l'ordonnance n'est pas nécessairement le même. En effet, il serait aussi possible, en l'absence de précision textuelle, d'attribuer la compétence au président du tribunal dans le ressort duquel le présumé contrefacteur a son domicile. Dans ce cas, il se confondra avec celui qui sera saisi pour statuer sur la contrefaçon, la règle étant celle de la compétence du tribunal du lieu du domicile du défendeur¹⁹.

Néanmoins, il convient de noter que le président du tribunal du lieu du domicile du défendeur n'est pas souvent territorialement compétent, car la saisie peut être effectuée dans un endroit autre que celui où le contrefacteur a son domicile, ce qui est par exemple le cas des produits contrefaits saisis en magasins. Ainsi, le président du tribunal compétent pour rendre l'ordonnance de saisie-contrefaçon serait celui du lieu où la saisie est exécutée et non celui du lieu du domicile du défendeur. D'ailleurs, cette interprétation se trouve confirmée par les

dispositions de l'article 86 paragraphe 3 qui prévoient l'obligation de communiquer le procès-verbal de saisie « aux détenteurs des objets saisis ou décrits ». L'expression « détenteurs » peut embrasser aussi bien le contrefacteur, lorsqu'il est détenteur des produits contrefaisants, que le tiers détenteur des produits contrefaisants.

Ainsi, une ordonnance rendue par le président du tribunal du domicile du défendeur ne permet pas de réaliser la saisie-contrefaçon en dehors de la compétence territoriale dudit tribunal. Lorsque les produits à saisir relèvent du ressort d'une autre juridiction, le juge compétent est le président du tribunal du lieu où sera effectuée la saisie²⁰.

Le président du tribunal compétent pour rendre une ordonnance sur requête serait alors celui du lieu où la saisie devrait être effectuée. Il se confondra avec celui du domicile du défendeur si la saisie est effectuée au domicile du contrefacteur présumé.

On ne peut donc affirmer que le juge statuant sur la contrefaçon est compétent pour rendre l'ordonnance sur requête aux fins d'une saisie-contrefaçon, car ce dernier n'est pas toujours celui du lieu du domicile du défendeur²¹. En effet, cela aboutirait à exécuter une ordonnance rendue par une juridiction territorialement incompétente, sur le territoire d'une autre juridiction.

La règle de la compétence est à notre avis différente de celle applicable en droit commun pour les ordonnances sur requête prévue à l'article 217 et suivants du Code de procédure civile et commerciale²². Les règles de droit

¹⁹ CPCC, art. 30 : « Le défendeur, qu'il soit une personne physique ou morale, doit être actionné devant le tribunal du lieu de son domicile réel ou élu ».

²⁰ P. Véron, *Saisie-contrefaçon*, éd. Dalloz, 1999, p. 41, 42, 43.

²¹ En droit français, le juge territorialement compétent est le président du tribunal de grande instance du lieu de la saisie-contrefaçon, voir article 615-5 al 2 du code

de la propriété intellectuelle, P. Véron, *Saisie-Contrefaçon*, éd. Dalloz, 1999, p. 42.

²² Article 217 CPCC : « Le juge peut, en cas d'extrême urgence, statuer en son domicile sur les requêtes qui lui sont présentées. L'exécution des ordonnances ainsi rendues n'est pas subordonnée à l'apposition du sceau du tribunal, ni à l'inscription sur le registre *ad hoc*. Ces formalités seront remplies ultérieurement ».

commun trouvent une dérogation dans la loi relative aux brevets d'invention²³.

B. L'exécution de l'ordonnance

Afin de réaliser la saisie-contrefaçon, il est important de noter que le législateur impose le respect d'une procédure provenant à la fois du droit commun des ordonnances sur requête et du droit spécial de l'ordonnance de saisie-contrefaçon. En effet, l'article 86 est muet quant au délai d'exécution de l'ordonnance de saisie-contrefaçon. Le droit commun s'applique alors, lequel est édicté par l'article 221 du Code de procédure civile et commerciale prévoyant que : « L'ordonnance sur requête, non présentée à l'exécution dans les 10 jours de sa date, est considérée comme non avenue. Une nouvelle ordonnance peut être requise, si les raisons qui ont motivé la première requête existent encore ». L'ordonnance doit donc être présentée à l'exécution dans un délai de 10 jours.

Le titulaire du brevet d'invention doit en premier lieu communiquer l'ordonnance sur requête à la partie adverse par le biais d'un huissier notaire, puis procéder à la saisie des biens ou produits litigieux. La saisie se fait avec l'assistance d'un expert désigné par la même ordonnance, afin de procéder à la description des produits. C'est d'ailleurs ce qui ressort des dispositions de l'article 86.

Deux situations peuvent se présenter une fois l'ordonnance rendue :

Soit l'ordonnance a été communiquée au tiers saisi et la saisie a lieu dans un délai de dix jours à partir de la date de l'ordonnance ;

Soit l'ordonnance a été communiquée au tiers saisi, mais la saisie n'a pas pu être effectuée. Dans ce cas, il apparaît deux cas où l'action probatoire n'est pas viciée :

L'huissier notaire qui n'a pas pu effectuer la saisie doit indiquer dans son procès-verbal qu'il sursoit à l'exécution de l'ordonnance jusqu'à ce que l'empêchement soit levé. Il pourra indiquer qu'il reprend son exécution à une date déterminée ou après un certain nombre de jours ; l'ordonnance sur requête restant un fondement valable pour poursuivre l'opération de saisie. C'est dans ce sens que la jurisprudence française s'est prononcée²⁴.

Si l'huissier notaire indique dans son procès-verbal que l'ordonnance n'a pas pu être exécutée, cela suppose que le titulaire du droit ne trouve dans l'ordonnance, déjà exécutée et ayant produit tous ses effets, un fondement légal pour reprendre la procédure de saisie ultérieurement. Il serait dans ce cas obligé de renouveler sa demande, en vertu des dispositions du paragraphe 2 de l'article 221 du code de procédure civile et commerciale, qui prévoient la possibilité de demander une nouvelle ordonnance si les raisons qui ont motivé la première requête existent encore.

Il en découle que l'ordonnance sur requête obtenue aux fins de réaliser une saisie-contrefaçon doit être présentée à l'exécution dans un délai de dix jours. Toutefois, elle peut ne pas être exécutée dans ce délai. Pour qu'elle puisse fonder une saisie ultérieure (c'est-à-dire en dehors du délai légal d'exécution), la jurisprudence française a jugé qu'il est nécessaire que l'huissier notaire indique dans son procès-verbal qu'il sursoit à l'exécution de l'ordonnance et qu'il reprendra l'exécution ultérieurement dans un délai qu'il précisera²⁵. À défaut, l'ordonnance ne produit plus aucun effet juridique.

A *contrario*, une procédure de saisie-contrefaçon fondée sur une ordonnance pour laquelle un procès-verbal d'impossibilité d'exécution a été dressé est une procédure nulle. La saisie ne pourra être reprise valablement après le délai de 10 jours que si le

²³ Y. Faure, *Le contentieux de la contrefaçon : la réponse du droit français à l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle*, Thèse de Doctorat, Université Toulouse 1 Capitole, 2014.

²⁴ P. Véron, *Saisie-Contrefaçon*, éd. Dalloz, 1999, p.77, n° 262.

²⁵ TGI Paris, 10 mars 1994.

procès-verbal mentionne la reprise ultérieure des procédures de saisie.

Il est donc logique de conclure que l'ordonnance sur requête au sens de l'article 86, à l'instar de toute autre ordonnance de saisie-contrefaçon en matière de propriété industrielle, obéit aussi bien aux dispositions de droit commun qu'aux dispositions spéciales. En effet, la particularité de la matière exige la mise en œuvre de dispositions spéciales permettant de garantir la protection des droits et intérêts en jeu, d'une part, et la sécurité des transactions et situations juridiques, d'autre part.

II. Le proces verbal de saisie-contrefaçon

À la lecture de l'article 86 de la loi 2000-84, on note que le législateur impose une procédure préalable sur le plan chronologique, principalement fondée sur l'ordonnance sur requête et le procès-verbal de saisie. Ces deux actes précèdent l'enrôlement de l'action en contrefaçon et en constituent les deux fondements essentiels. Le procès-verbal doit remplir certaines conditions de validité quant au fond et à la forme.

A. Le contenu du procès-verbal

En vertu de l'article 86 de la loi 2000-84, le procès-verbal doit obligatoirement être rédigé par un huissier notaire, en présence de l'expert désigné par l'ordonnance sur requête. Selon le même texte, il doit comporter une description

des produits, biens ou marchandises prétendus contrefaisants.

Le contenu du procès-verbal n'a pas été précisé avec détail par le législateur. Il convient de noter qu'il doit principalement se rapporter aux mentions obligatoires minimales, à savoir les parties au litige, la description des produits contrefaits, ainsi que l'indication du lieu de saisie, l'heure et la date²⁶.

Le procès-verbal de saisie-contrefaçon représente une exécution de l'ordonnance sur requête. L'huissier notaire serait donc tenu de se limiter à l'ordre de mission déterminé par le juge. Par conséquent, tout dépassement des termes de l'ordonnance rend le procès-verbal annulable. En outre, il est important de noter que l'huissier notaire est tenu de mentionner la présence de l'expert au moment de la saisie. Ce dernier doit mener sa mission conformément aux dispositions de droit commun régissant les expertises²⁷.

Le législateur ne précise pas si l'huissier, tout comme l'expert, est désigné par le juge ou choisi par le titulaire de droit. Toutefois, en pratique, le juge nomme un huissier notaire²⁸ dans l'ordonnance sur requête et fixe la mission qu'il devra accomplir en présence de l'expert désigné par la même ordonnance²⁹. Tout constat fait par huissier notaire en dehors de la procédure indiquée à l'article 86 de la loi ne pourra être considéré comme valable et fonder une action en contrefaçon au sens de ladite loi³⁰.

L'article 86 n'ouvre pas le droit de demander l'annulation du procès-verbal de saisie pour

partie afin que celle-ci puisse se présenter devant l'expert et défendre ses intérêts. À défaut, une expertise faite unilatéralement ne peut être admise dans le cadre d'une action en contrefaçon : voir dans ce sens la thèse précitée d'Y. Faure (p. 150 et ss.), où l'auteur soutient ce qui suit : « il faut donc conclure que la demande d'annulation de cette procédure doit être sollicitée dès le début de l'action, c'est à dire *in limine litis*, car établie par hypothèse avant que celle-ci ne démarre, et suivant ainsi le régime général des nullités. ».

³⁰ P. Véron, *Saisie-Contrefaçon*, éd. Dalloz, 1999, p. 64 et 65.

²⁶ P. Véron, *Saisie-Contrefaçon*, éd. Dalloz, 1999, p. 71, 72 et 73.

²⁷ Articles 101 et suivants du CPCC.

²⁸ Il doit relever de la circonscription territoriale dans le ressort de laquelle la saisie va être effectuée.

²⁹ Il convient de noter que la contrefaçon peut être prouvée par n'importe quel autre moyen de preuve. Ainsi, le titulaire du droit peut recourir aux constatations, attestations ou encore à l'expertise amiable sur la base du droit commun des procédures civiles. Cependant, cette expertise ne peut être admise sans le respect du principe du contradictoire, ce qui implique qu'elle doit être portée à la connaissance de l'autre

absence de précision ou de description, ou pour non-conformité à la mission fixée par l'ordonnance sur requête. Toutefois, il serait admis que le défendeur puisse demander, sur la base des dispositions du droit commun, l'annulation du procès-verbal pour insuffisance de description, ou violation de l'ordonnance sur requête. Il en serait ainsi, par exemple, du cas où une ordonnance impose à l'huissier notaire d'effectuer la saisie au domicile du contrefacteur alors que l'huissier procède à la saisie chez un tiers.

En outre, le procès-verbal de saisie-contrefaçon doit indiquer si l'exécution de l'ordonnance est effectuée ou si elle est reportée. De ce fait, l'huissier notaire qui aurait précisé l'impossibilité de procéder à la saisie ne pourra plus effectuer ultérieurement une saisie-contrefaçon sur la base de la même ordonnance. En effet, une ordonnance sur requête communiquée à la partie adverse et exécutée (ayant ou non donné suite à une saisie) ne pourra plus constituer un fondement pour reprendre les mesures de saisie car elle aura produit tous ses effets.

Enfin, il convient de noter que la preuve de la contrefaçon peut être rapportée par tous moyens conformément à l'article 85 paragraphe premier. Cela implique que s'il y a eu constat par huissier notaire de l'existence d'une contrefaçon, un témoignage de la survenance d'un tel délit pourra être reçu comme moyen de preuve mais sera insuffisant pour assoir une action en contrefaçon³¹. Néanmoins, ces autres moyens de preuve peuvent servir afin d'obtenir une ordonnance sur requête aux fins d'une saisie-contrefaçon.

B. La communication du procès-verbal

Il est important de souligner que seule la loi n° 2000-84 relative aux brevets d'invention

(contrairement aux autres textes régissant les autres droits de propriété industrielle) exige à peine de nullité de la procédure de saisie-contrefaçon que le procès-verbal de saisie soit communiqué « aux détenteurs des objets saisis ». L'article 86 paragraphe 4 prévoit ce qui suit :

« À peine de nullité de la saisie et de dommages-intérêts contre l'huissier, celui-ci doit, avant de procéder à la saisie, donner copie de l'ordonnance aux détenteurs des objets saisis ou décrits et, le cas échéant, de l'acte constatant le dépôt de cautionnement. Une copie du procès-verbal de saisie doit de même leur être remise. »

Ainsi, par une lecture *a contrario*, on en déduit que le défaut de communication du procès-verbal de saisie-contrefaçon entraîne la nullité de toute la procédure³².

Afin d'explicitier le sens et l'objectif visés par cette phase de la procédure, il convient d'abord de s'attarder sur le but recherché à travers la communication du procès-verbal de saisie aux détenteurs des objets contrefaits, puis de préciser les conditions de validité de cette étape afin qu'elle puisse fonder l'action en contrefaçon.

Tout d'abord, l'objectif visé par l'obligation de notifier la partie détentrice des objets saisis ou décrits s'explique par la volonté du législateur de protéger et de préserver les droits du saisi. Il peut alors contester la procédure de saisie, ses circonstances et la manière dont elle a été effectuée³³. Prenant acte de l'absence du contradictoire dans la procédure de saisie, le législateur impose à l'huissier notaire de communiquer le procès-verbal de saisie ou de description³⁴, sous peine d'engager sa responsabilité civile. Ainsi, en étant informée de son contenu, la partie à l'encontre de

³¹ Voir sur les constatations et les attestations en matière de saisie-contrefaçon, Y. Faure, *Le contentieux de la contrefaçon : la réponse du droit français à l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle*, Thèse de Doctorat, Université de Toulouse-Capitole 1, 2014, p. 151 et ss.

³² J. Raynard, E. Py et P. Tréfigny, *Droit de la propriété industrielle*, éd. LexisNexis 2016, p. 383 § 673.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Cette même obligation a été prévue à l'article R. 615-2 al 2 *in fine* du CPI français.

laquelle la saisie a été effectuée aura la possibilité de contester cette opération.

La contestation peut être faite en pratique de deux manières :

Dès réception d'une copie du procès-verbal, il est possible d'intenter un recours en annulation du procès-verbal sur la base des dispositions de droit commun³⁵.

Sinon, dans le cadre de l'action en contrefaçon, la partie défenderesse pourra soulever l'existence d'un vice procédural qui lui permettra d'invalidier l'action en contrefaçon fondée sur une procédure viciée.

En outre, le procès-verbal de saisie-contrefaçon doit être valable sur le fond et la forme. Il est impératif qu'il soit communiqué dans les délais légaux impartis pour intenter l'action en contrefaçon.

À défaut, le procès-verbal de saisie serait-il valable ? Et, par conséquent, permet-il de fonder une action en contrefaçon s'il a été communiqué à la partie adverse à une date ultérieure à celle fixée pour intenter le recours en contrefaçon ?

Une lecture approfondie et globale de tous les paragraphes de l'article 86 laisse entendre que la communication du procès-verbal doit, à peine de nullité, être faite au plus tard à la date de la remise de la requête de l'action en contrefaçon au tiers accusé de contrefaçon.

En effet, cette lecture ressort de l'esprit-même du texte de l'article 86 mentionnant les différentes étapes qui précèdent obligatoirement l'action en contrefaçon : l'obtention d'une ordonnance sur requête, la communication de ladite ordonnance à la partie accusée de contrefaçon dans un délai de dix jours³⁶, l'exécution de l'ordonnance et la réalisation de la saisie ou l'impossibilité de la réaliser (dans ce cas, l'huissier doit indiquer

qu'il sursoit à l'exécution de l'ordonnance), et la communication du procès-verbal de la saisie aux détenteurs des objets saisis ou décrits.

Le délai de réalisation de toutes ces phases procédurales est clairement fixé à l'article 86 *in fine* qui prévoit que : « le délai de quinze jour court à partir du jour où la saisie ou la description est intervenue. »

Ainsi, il apparaît que le législateur axe toutes les phases préalables à l'action en contrefaçon sur l'opération de saisie, qui constitue le point de départ de l'écoulement du délai de quinze jours, au-delà duquel le titulaire du droit perd le droit d'agir en contrefaçon.

Toutefois, pour pouvoir conserver ce droit, le titulaire d'un brevet doit aussi veiller à ce que le procès-verbal de saisie soit communiqué aux détenteurs des biens saisis dans le même délai de quinze jours maximums.

À cet égard, la communication du procès-verbal de saisie-contrefaçon, après l'enrôlement d'une action en contrefaçon, constitue une violation des dispositions de l'article 86 et représente une faille procédurale qui pourrait entraîner la nullité de la saisie et par ricochet, celle de la procédure de contrefaçon. La jurisprudence française s'est déjà prononcée sur le délai de remise du procès-verbal de saisie, qui peut être faite au plus tard le jour de la convocation à l'audience pour l'action en contrefaçon³⁷. On en déduit donc que toute communication du procès-verbal de saisie au tiers, en dehors du délai de quinze jours, est une cause d'annulation du procès-verbal de saisie. Il est alors possible de faire valoir cet argument en vue de faire échec à l'action en contrefaçon pour vice de procédure.

Les tribunaux tunisiens ont eu l'occasion de se prononcer sur la validité d'un procès-verbal de

³⁵ En action en annulation de procès-verbal, les dispositions de l'article 40 du CPCC s'appliquent quant à la compétence des chambres commerciales, s'agissant d'un litige entre commerçants pour les besoins de leurs commerces.

³⁶ Ici, les délais de droit commun s'appliquent à défaut de texte spécial applicable à l'ordonnance sur requête aux fins d'une action en contrefaçon.

³⁷ Voir dans ce sens : TGI Strasbourg, 7 févr. 1989 et TGI Paris, 25 oct. 1990, cité par P. Véron, *Saisie-Contrefaçon*, éd. Dalloz, 1999 pp. 76-77.

saisie, communiqué en dehors de ce délai et après la convocation à une action en contrefaçon. Le tribunal de première instance de Tunis a alors considéré que le procès-verbal de saisie était nul car non communiqué à la partie adverse dans le délai légal de 15 jours³⁸.

Étant une procédure particulière visant à protéger des droits de nature immatérielle, la saisie-contrefaçon obéit tant aux dispositions du droit commun qu'à celles de la loi 2000-84, ce qui fait toute son originalité.

Néanmoins, une intervention législative est hautement sollicitée afin de lever l'ambiguïté sur certaines questions qui posent des difficultés d'interprétation, ce qui risque de nuire aux divers intérêts en cause.

S. K.

³⁸ Jugement inédit du 17 déc. 2019 n° 41887/22, Tribunal de première instance de Tunis.

Les aspects juridiques et éthiques du plagiat

The Legal and Ethical Aspects of Plagiarism

Stéphanie NGO MBEM-KONEBA

Chargée de Cours à l'Université de Douala (Cameroun)

Le phénomène du plagiat s'est particulièrement développé et accentué avec l'apparition de nouvelles technologies de l'information et notamment de l'Internet. Il est important d'analyser comment cette appropriation illégitime du travail littéraire et artistique d'autrui est généralement appréhendée par le droit et les règles éthiques pour sa caractérisation et sa sanction, afin d'ouvrir de nouvelles perspectives permettant de lutter de manière plus exhaustive contre ce fléau.

The phenomenon of plagiarism has developed and strengthened along with advancements in new information technologies, particularly the Internet. It is important to examine how this illegitimate appropriation of other authors' literary and artistic works is generally captured by the law and ethical rules for its characterization and consideration of sanction, and to open up new perspectives providing avenues to address it in a more exhaustive manner.

Introduction

Quelle soit matérielle ou immatérielle, toute chose confère à son propriétaire un droit exclusif d'en user, d'en jouir et d'en disposer¹. La force attachée au droit de propriété permet à son titulaire de s'opposer et de se défendre contre toute violation de ces attributs exclusifs que lui reconnaît la loi. Le plagiat fait partie des atteintes répréhensibles au droit de propriété.

Le dictionnaire Larousse le définit comme étant « un acte de quelqu'un qui, dans le domaine artistique ou littéraire, donne pour sien ce qu'il a pris à l'œuvre de quelqu'un d'autre ». Cette

définition permet de ressortir deux aspects essentiels nécessaires à la caractérisation du plagiat. D'une part, le plagiat ne concerne que la sphère artistique ou littéraire. Ainsi, toute activité créatrice relevant des domaines artistiques ou littéraires traditionnels (musique, film, roman, thèse de doctorat, mémoire, etc.) et modernes (site internet, logiciel) pourrait être concernée par le plagiat. Les titres de journaux sont en permanence alimentés par des accusations de plagiats, artistiques ou littéraires, touchant le monde musical², médiatique³, politique⁴, universitaire⁵ et même religieux⁶, si l'on s'en tient à une triste actualité relativement récente.

¹ C. Atias, *Droit civil, Les biens*, Litec, 1993, 3^e éd., pp. 80 et s. – pp. 69 et s.

² « Manu Dibango attaque Michael Jackson en justice », *Le Parisien* <http://www.leparisien.fr/culture-loisirs/manu-dibango-attaque-michael-jackson-en-justice-17-01-2009-376723.php>, vu le 14 juill. 2019. «

³ A. Scalbert, « PPDA accusé de plagiat pour sa biographie de Hemingway », *L'Obs-Rue* 89, 4 janv. 2011, <https://www.nouvelobs.com/rue89/rue89-culture/20110104.RUE0186/ppda-accuse-de-plagiat-pour-sa-biographie-d-hemingway.html>, vu le 14 juill. 2020.

⁴ « Le ministre de la Défense allemand accusé de plagiat », *L'Express* – AFP, 18 déc. 2011, https://www.lexpress.fr/actualite/monde/europe/le-ministre-de-la-defense-allemand-accuse-de-plagiat_963990.html, vu le 14 juill. 2020.

⁵ Affaire de plagiat: Maurice Kamto au Tribunal », *Cameroon-Info.net*, Cameroun, <http://www.cameroon-info.net/article/cameroun-affaire-de-plagiat-maurice-kamto-au-tribunal-209367.html>, vu le 14 juill. 2020.

⁶ « Le Grand Rabbin Bernheim reconnaît son plagiat », *Le Figaro*, 03 avr. 2013, <https://www.lefigaro.fr/livres/2013/04/03/03005->

D'autre part, le plagiat consiste en une fraude puisque celui qui le réalise présente au public le travail créatif d'un autre comme étant le sien, en choisissant délibérément de faire l'économie de citer la source de son emprunt et le nom du véritable auteur. Ce qui pose donc problème à travers le plagiat, ce n'est pas en soi de puiser dans une œuvre appartenant à autrui, la création se faisant rarement *ex-nihilo*, mais c'est d'emprunter en tout ou partie l'œuvre d'autrui, sans le dire et dans le but de s'en attribuer illégitimement la paternité.

Ce phénomène, qui n'est pas nouveau⁷, a pris une ampleur considérable à notre époque. En effet, l'ère actuelle du numérique et des technologies de l'information favorise plus que par le passé l'accès aux connaissances. À travers notamment l'Internet, les élèves ou étudiants peuvent aisément puiser, dans les articles et documents disponibles sur cette plateforme d'informations, les éléments leur permettant d'effectuer leurs devoirs ou de réaliser un mémoire de fin de formation, en cédant à la tentation facile du « copier-coller ».

Par ailleurs, les pressions économiques, sociales et professionnelles encouragent ce fléau. Tel enseignant d'université ou chercheur⁸, pressé par les exigences du « Publish or perish » pour son évaluation et son évolution professionnelles⁹, pourrait également être tenté de puiser frauduleusement dans le travail intellectuel d'autrui. Cette tentation du plagiat, en plus d'être contraire à la probité qui devrait entourer toute activité créatrice, a l'inconvénient de freiner le progrès de la connaissance utile à la société, voire à l'humanité. D'où l'intérêt de s'interroger sur l'appréhension de cette question par le droit et sur le plan des valeurs éthiques.

[20130403ARTFIG00414-le-grand-rabbin-bernheim-reconnait-son-plagiat.php](https://books.openedition.org/cdf/1620?lang=fr), vu le 14 juill. 2020.

⁷ H. Maurel-Indart, *Du plagiat*, PUF, 1999, pp. 11 et s.

⁸ A. Fagot-Largeault, *Petites et grandes fraudes scientifiques : Le poids de la compétition, La mondialisation de la recherche : Compétition, coopérations, restructurations*, Collège de France, 2011, Disponible sur

Le plagiat, s'il n'est pas en soi une notion juridique, fait néanmoins l'objet d'une appréhension par le droit (I) offrant aux plagiaires ou à leurs ayants droit les moyens contentieux pour lutter contre les atteintes portées à leurs créations artistiques ou littéraires (II).

I. L'appréhension normative du plagiat

Le plagiat constitue une atteinte à des valeurs juridiquement protégées. Les normes visant à les sanctionner sont notamment prévues par le droit positif¹⁰ (A). Certaines institutions et groupes socioprofessionnels, pour préserver des valeurs ou principes de comportement en leur sein, sont également soumis à des normes éthiques ou déontologiques applicables à cet acte (B).

A. Le plagiat au regard des normes de droit positif

Sous l'angle du droit positif, le plagiat peut être considéré comme une violation d'un droit de propriété littéraire ou artistique qualifiée de contrefaçon (1), une faute de concurrence déloyale susceptible d'engager la responsabilité de son auteur (2) ou, dans une moindre mesure, une infraction pénale générale de vol (3).

1. Le plagiat et la contrefaçon

Ainsi qu'il a été indiqué plus haut, la notion de plagiat est associée au domaine de la création littéraire et artistique. Celle-ci fait l'objet d'une protection juridique par le droit de la propriété littéraire et artistique, encore appelé droit

<https://books.openedition.org/cdf/1620?lang=fr>, vu le 14 juill. 2020.

⁹ M. Marzano, « Publish or perish », *Revue « Cités »* 2009/1, n° 37, p. 59 et s.

¹⁰ D. Le Franc, « Ce que le plagiat fait au droit », *Dossier Spécial Plagiat, RLDI* 2012, n° 82.

d'auteur¹¹, dont la caractéristique majeure est de conférer des droits exclusifs d'exploitation aux auteurs d'œuvres artistiques ou littéraires. Toute utilisation de l'œuvre ainsi protégée ne peut en principe être considérée comme licite que lorsqu'elle est faite avec l'autorisation de l'auteur, titulaire exclusif des droits d'auteur, ou de ses ayants droit. *A contrario*, l'utilisation de l'œuvre sans l'autorisation de l'auteur constituera une contrefaçon.

L'article L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle français qualifie notamment de contrefaçon « Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs ». L'édition visée par cette disposition supposant un acte de reproduction, c'est l'atteinte au droit exclusif de reproduction de l'auteur qui est ici concernée¹². Il y aura donc violation du droit de reproduction, et *ipso facto* plagiat, chaque fois que pourra être constatée la fixation non autorisée d'une œuvre littéraire ou artistique sur tout support matériel, tel un livre papier ou numérique, un cédérom ou une bande de film. Le plagiat pourra ainsi constituer une contrefaçon de droit d'auteur en cas de reprise dans un roman, un mémoire, une thèse ou une œuvre musicale de tout ou partie d'une production d'un autre auteur sans l'accord de ce dernier ou de ses ayants droits.

Toutefois, les emprunts non autorisés à une œuvre n'entraînent la qualification de

contrefaçon au sens du droit d'auteur que si cette œuvre remplit la condition de protection d'originalité, définie par la jurisprudence en France comme étant l'expression de la personnalité de son auteur¹³. À côté de cette conception subjective de l'originalité, le droit positif camerounais définit l'œuvre originale sous une perspective plutôt objective, comme étant « celle qui dans ses éléments caractéristiques ou dans l'expression, se distingue des œuvres antérieures »¹⁴. Le plagiat sera ainsi qualifié de contrefaçon si l'œuvre originale a été reprise dans ses éléments caractéristiques essentiels¹⁵, à l'exclusion des éléments empruntés présentant un caractère banal¹⁶. La contrefaçon s'appréciant à partir des ressemblances et non des dissemblances¹⁷, elle sera particulièrement constituée dès lors que les éléments de ressemblance entre les œuvres en cause sont dominants¹⁸, mais pourra être exclue si malgré certaines ressemblances, ces œuvres présentent des différences substantielles conférant une originalité propre à l'œuvre prétendument plagiaire¹⁹ ou alors proviennent d'une source commune d'inspiration²⁰.

Aussi, quand bien même l'œuvre plagiée remplirait la condition de protection d'originalité, la reprise des éléments d'une œuvre antérieure ne sera pas toujours constitutive de contrefaçon. Il en sera ainsi lorsque l'œuvre plagiée est tombée dans le domaine public²¹ en raison de l'expiration de la durée de validité des droits patrimoniaux de

¹¹ C. Caron, *Droit d'auteur et droit voisins*, Litec LexisNexis, 2^e éd., 2009 – P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 7^e éd., 2010.

¹² C. Caron, *op. cit.*, p. 420.

¹³ CA Paris, 1^{er} avr. 1957, *D.* 1957, juris., p. 436 ; CA Paris, 23 nov. 1982, *D.* 1983, Inf. rap., p. 93, obs. C. Colombet.

¹⁴ Art. 1er al. 2 Loi n° 2000/011 du 19 déc. 2000.

¹⁵ Cass. civ., 1^{er}e ch., 24 nov. 1993, Pourvoi n° 91-12.198, *Lamyline.fr* ; CA Paris, Pôle 4, 5 ch., 5 mai 2010, RG n° 08/13696, *Dalloz.fr*.

¹⁶ CA Paris, 4^e ch. A., 30 janv. 2008, *Mestiri c/ Lecave*, *Juris-Data* n° 361193 ; CA Montpellier, 2^e ch., 22 juin 2010, RG n° 09/07303, *Dalloz.fr*.

¹⁷ CA Paris, 4^e ch., 17 mars 1981, *Gaz. Pal.* 1981, II, somm. 248.

¹⁸ CA Paris, 22 oct. 1966, *Ann. prop. Ind.* 1967, p. 288.

¹⁹ CA Versailles, 15 déc. 1993, *RIDA* 1994, n° 160, p. 225.

²⁰ Cass. CIV, 1^{er}e ch, 16 mai 2006, n° 05-11780, *CCE* 2006, n° 7/8, comm. 104, note C. Caron ; *RTD com.* 2006, 596, obs. F. Pollaud-Dulian – J. Bacouelle, « Le Plagiat ou les limites de la liberté d'inspiration en matière musicale », *Petites affiches* 2015, n°101, page 7.

²¹ M.-C. Piatti, « Un équilibre de principe ou un droit d'auteur qui préserve et encourage la création », *Dossier Spécial Plagiat*, *RLDI* 2012, n° 82.

l'auteur, à l'exclusion des droits moraux²². Ceux-ci étant en effet perpétuels²³, les ayants cause, notamment les héritiers et les associations créées pour la promotion des œuvres d'un auteur décédé, pourraient agir en contrefaçon du droit moral de ce dernier, même après l'expiration des droits patrimoniaux, en faisant valoir le droit au respect²⁴, lorsque les emprunts effectués portent atteinte à l'intégrité de l'œuvre tombée dans le domaine public, ou encore le droit à la paternité²⁵ en l'absence de mention du nom de l'auteur plagié. On relève néanmoins, dans la pratique, la réticence des tribunaux²⁶ à empêcher, sur la base de l'atteinte au droit moral, les emprunts à une œuvre tombée dans le domaine public²⁷.

Par ailleurs, les emprunts à une œuvre, même originale, ne sont pas constitutifs de contrefaçon lorsqu'ils sont effectués dans le cadre des exceptions légalement prévues aux droits de l'auteur ou de ses ayants droit²⁸. Ce sera le cas lorsque les emprunts consistent en de courtes citations de l'œuvre antérieure suivies de la mention de la source et du nom de l'auteur²⁹. Il en sera également ainsi lorsque les emprunts sont faits pour tourner en dérision l'œuvre par une caricature, une parodie ou un pastiche, sous réserve que ces utilisations se fassent dans le respect des lois du genre³⁰, de manière à ne pas créer une confusion³¹ avec

l'œuvre parodiée ni dénigrer son auteur en portant atteinte à son droit moral au respect ou à sa personne, par exemple par diffamation³².

On observe ainsi que malgré l'existence de reproductions ou de ressemblances, le plagiat pourrait ne pas remplir les conditions pour obtenir la qualification légale de contrefaçon pour être condamnable en tant qu'atteinte au droit d'auteur. La victime de plagiat devrait dans ce cas s'orienter vers d'autres qualifications juridiques alternatives pour faire valoir ses droits.

2. Le plagiat et la concurrence déloyale

Pour la défense de ses droits, le plagié peut, parallèlement à la contrefaçon, invoquer la concurrence déloyale dès lors que ces deux moyens s'appuient sur des faits distincts³³. Qualifier le plagiat de concurrence déloyale présente un intérêt plus grand lorsque les emprunts plagiaires concernent une œuvre ne remplissant pas la condition d'originalité nécessaire pour pouvoir faire valoir la contrefaçon de droit d'auteur³⁴, la jurisprudence admettant en effet que l'action en concurrence déloyale puisse être intentée par celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif³⁵.

²² La loi sur la propriété littéraire et artistique reconnaît à l'auteur deux types de droits, à savoir les droits patrimoniaux destinés à permettre à l'auteur de tirer un profit pécuniaire de l'exploitation de son œuvre et les droits moraux qui visent à respecter la personnalité de l'auteur attachés à son œuvre. Tandis que les droits patrimoniaux sont temporaires puisqu'ils durent toute la vie de l'auteur et soixante-dix ans après sa mort, les droits moraux sont quant à eux perpétuels et peuvent être invoqués par les ayants cause de l'auteur même après sa mort et l'expiration de ses droits patrimoniaux.

²³ Art. L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle (CPI - France) - Art. 14 al. 4 Loi n° 2000/011 (Cameroun).

²⁴ F. J. Cabrera Blazquez, préc., p. 3.

²⁵ *Ibid*, p. 3.

²⁶ Cass. civ., 1ère ch., 30 janv. 2007, pourvoi n° C 04-15.543, *legipresse.com*.

²⁷ M.-C. Piatti, préc., pp. 4-5.

²⁸ Art. L. 122-5 CPI, Art. 29 à 37 Loi n° 2000/011 (Cameroun).

²⁹ Art. L. 122-5-3 a) CPI - 29 (d) Loi n° 2000/011 (Cameroun).

³⁰ Art. L. 122-5-4 CPI - 29 (f) Loi n° 2000/011 (Cameroun).

³¹ TGI Paris, 9 janv. 1970, *JCP G* 1971, II, 16645, note A. Françon ; Cass. ass. pl., 12 juill. 2000, *JCP G* 2000, 10439.

³² P.-Y. Gautier, préc., p. 392.

³³ Cass. Com., 20 fév. 2007, *JCP E* 2007, 2303, n°5, obs. C. Caron.

³⁴ E. Pierrat, « Plagiaires et plagiés devant les tribunaux », in *Le plagiat littéraire*, Pub. Université François Rabelais, 2002, pp. 238 et s.

³⁵ Cass. com., 10 mai 2006, *JCP E* 2006, 2405, n° 3, obs. C. Caron ; Cass. com., 22 oct. 2002, *D.* 2003, juris., p. 1031, note Y. Serra.

Cette action, fondée sur les articles 1240 du Code civil français et 1382 du Code civil camerounais³⁶, permet de sanctionner des pratiques malhonnêtes en matière commerciale³⁷ et sera notamment utile lorsque le plagie tire un profit pécuniaire de l'exploitation commerciale de sa production. Les tribunaux sanctionneront généralement le plagiat sur le terrain de la concurrence déloyale lorsque l'emprunt fautif crée une confusion auprès du consommateur³⁸.

À côté de la concurrence déloyale qui ne vaut et ne peut être évoquée que dans le cadre d'opérations ou d'activités commerciales, il y a également la possibilité de sanctionner le plagiat sur le terrain du parasitisme dans le cas où, sans bourse déliée, l'auteur du plagiat exploite tout ou partie de l'œuvre littéraire ou artistique d'un tiers³⁹. Cette admission sera en revanche extrêmement limitée sous l'angle de l'infraction de vol.

3. Le plagiat et l'infraction de vol

Toujours dans l'hypothèse où les actes de plagiat n'emportent pas la qualification du droit d'auteur, pourrait-on envisager de lui appliquer la qualification pénale de vol ? Sur le plan pénal, le vol est défini comme étant « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui »⁴⁰.

D'après une doctrine⁴¹ établie, la « chose » entrant en ligne de compte pour caractériser cette infraction pénale ne peut être qu'une chose corporelle, à l'exclusion des choses incorporelles. Cette exclusion des choses incorporelles procède notamment de ce que la soustraction qui caractérise l'infraction de vol

implique nécessairement un déplacement physique conduisant à priver son propriétaire de cette chose⁴². Or ce n'est pas le cas pour les choses incorporelles pour lesquelles l'appropriation illicite ne se traduit pas par une dépossession matérielle du propriétaire de son bien⁴³. Les créations littéraires et artistiques rentrant dans la catégorie des choses incorporelles, tout emprunt frauduleux dont elles feraient l'objet ne pourra en principe de ce fait être qualifié de vol au sens du droit pénal.

La seule hypothèse où la qualification pénale de vol pourrait être retenue dans ce cadre est celle d'une soustraction d'une chose matérielle contenant une chose incorporelle⁴⁴, tel le fait d'enregistrer au moyen d'une disquette des logiciels d'une entreprise⁴⁵. Appliquée au plagiat, cette hypothèse ne pourrait être envisagée que si le plagie a eu connaissance des moyens utilisés par le plagiaire, ce qui n'est pas évident dans la pratique puisque les emprunts plagiaires sont généralement constatés à la suite de la publication du travail plagiaire et non pas lors du processus de réalisation de l'atteinte.

Il s'ensuit que les seules qualifications crédibles susceptibles d'être retenues par le plagie sont celles de contrefaçon de droit d'auteur et de concurrence déloyale ou de parasitisme, en plus des manquements à l'éthique ou à la déontologie susceptibles d'être relevés à l'encontre du plagiaire.

B. Le plagiat au regard des normes éthiques

Le plagiat nuit gravement à l'intégrité et à l'honnêteté qui devraient encadrer toute

³⁶ Dans le cas spécifique du droit camerounais, lorsque l'action.

³⁷ C. Caron, *op. cit.*, p. 416 et s.

³⁸ Cass. com., 20 mars 2007, *JCP G* 2007, II, 10181, note Malaurie-Vignal ; Cass. com., 12 juin 2007, *Prop. industr.* 2007, comm. n°73, note J. Larrieu.

³⁹ Cass. com., 26 janv. 1999, *RD prop. intell.*, n° 100, p. 49.

⁴⁰ Art. 311-1 du Code pénal français – Dans le même sens, Art. 318 al. 1(a) Code pénal camerounais.

⁴¹ À titre d'exemple, R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Sirey, t.6, 3^e éd., 1935.

⁴² E. Garçon, *Code pénal annoté*, Sirey, 1956, n° 48.

⁴³ S. Schiller, *Droit des biens*, Dalloz, 2003, p. 43.

⁴⁴ M. Chawki, « Le vol d'informations : quel cadre juridique aujourd'hui ? », *Droit-Tic* 2006, http://www.droit-tic.com/pdf/vol_information.pdf.

⁴⁵ Cass. Crim., 4 mars 2008, pourvoi n° 07-84002, *Légifrance.fr*, confirmant un arrêt de la Cour d'appel de Rennes (3^e ch.) du 31 mai 2007.

production créatrice ou intellectuelle. L'accentuation de ce fléau a conduit certaines institutions et groupes socioprofessionnels à l'élaboration, au niveau interne ou international, de règles éthiques qui existaient davantage avant sous forme de coutumes ou d'usages⁴⁶.

1. Les normes éthiques internes

Dans certains secteurs socio-professionnels intéressant la production d'écrits tels le journalisme⁴⁷, l'enseignement ou la recherche scientifique, il existe des règles déontologiques condamnant le plagiat. Ces dernières années en effet, dans le souci de préserver leur réputation et leur image de marque, on note une tendance des universités et centres de recherche scientifique⁴⁸ à un renforcement des mesures de lutte contre cette dérive. Les dispositions sur le plagiat et les sanctions encourues par leurs auteurs sont par exemple présentes dans la plupart des règlements sur la discipline ou les statuts des universités en France⁴⁹. Une charte de lutte contre le plagiat a notamment été élaborée par l'Université de Nice Sophia Antipolis⁵⁰ le qualifiant de « violation très grave de l'éthique universitaire » et contenant des engagements des étudiants et du personnel enseignant et de recherche « à citer, en respectant les règles de l'art, les travaux qu'ils utilisent ou reproduisent partiellement », sous peine de sanctions disciplinaires. Au

Cameroun, il existe une Charte des thèses et de lutte contre le plagiat dans les institutions d'enseignement supérieur (IES)⁵¹ qui prévoit des dispositions similaires à celles précédemment visées et affirme notamment que « La méthodologie d'un travail universitaire, quel qu'il soit, implique que les emprunts soient clairement identifiés (guillemets) et que le nom de l'auteur et la source de l'extrait soient mentionnés ».

2. Les « normes » éthiques internationales

Dans le domaine particulier de la recherche scientifique, des actions sont menées au niveau international pour assurer son intégrité, compte tenu de l'importance de cette activité dans des domaines vitaux tels que la santé ou l'environnement⁵². Moins que des normes ayant valeur obligatoire, ces initiatives prennent généralement la forme de recommandations ou déclarations pour l'intégrité dans la conduite de la recherche scientifique.

Ainsi, à Lisbonne en 2007, s'est tenue la première conférence mondiale sur l'éthique de la recherche scientifique (WRICI⁵³) avec pour objectifs d'échanger des informations et de discuter sur la conduite responsable des activités de recherches⁵⁴. Lors de la deuxième édition de cette conférence qui s'est tenue à Singapour en juillet 2010, a été adoptée une

⁴⁶ R. E. de Munagorri, « La communauté scientifique est-elle un ordre juridique ? », RTDC 1998, p. 247 et s. [http://responsable.unige.ch/assets/files/Article_Munagorri\(1\).pdf](http://responsable.unige.ch/assets/files/Article_Munagorri(1).pdf).

⁴⁷ À titre d'exemple, Art. 19 Code de déontologie journalistique belge.

⁴⁸ Des comités d'éthique ou déontologie ont ainsi vu le jour dans la plupart des centres de recherche en France. C'est le cas notamment du Comité de veille déontologique et de conciliation de l'Institut Pasteur et du Comité d'éthique du CNRS.

⁴⁹ On peut citer à titre d'exemple le règlement intérieur de l'université de Lille ou règlement intérieur de l'Université Paris Diderot.

⁵⁰ Charte de l'Université Nice Sophia Antipolis de lutte contre le plagiat disponible sur : <http://unice.fr/formation/contenus->

riches/documents-telechargeables/scolarité-stages-etudes/scolarité/charte_anti-plagiat/view, vu le 2 fév. 2019.

⁵¹ MINESUP, « Normes universitaires applicables aux Établissements d'enseignement supérieur du Cameroun », janv. 2015, p. 51 disponible sur le lien : <https://iut-dla.cm/sites/default/files/2020-06/Normes%20Universitaires.pdf>, vu le 14 juill. 2020.

⁵² Voir par exemple, OECD, Best Practices for Ensuring Scientific Integrity and Preventing Misconduct, disponible sur le lien : <http://www.oecd.org/science/inno/40188303.pdf>, vu le 14 juill. 2020.

⁵³ WRICI : World Conferences on Research Integrity

⁵⁴ Pour en savoir plus, voir le site dédié : www.wrci.org.

déclaration sur l'intégrité en recherche qui pose notamment le principe de l'honnêteté dans tous les aspects de la recherche et fixe des responsabilités à l'égard des chercheurs, en disposant par exemple que ces derniers « sont responsables de la fiabilité de leur recherche » et « doivent informer l'autorité responsable de tout manquement à l'intégrité incluant la fabrication de données, la fraude, le plagiat ou tout autre conduite « irresponsable » susceptible d'ébranler la confiance en la recherche (...)».

Au niveau européen, dans le sillage de la Déclaration de Singapour, un Code de conduite européen pour l'intégrité en recherche a été élaboré en 2011⁵⁵ par la Fédération européenne des académies des sciences et des humanités (ALLEA⁵⁶). Ce document pose également des principes fondamentaux pour garantir l'intégrité de la recherche, notamment les principes de fiabilité pour la qualité de la recherche et d'honnêteté pour « faire connaître la recherche d'une manière transparente, juste, complète et objective ». C'est fort de ces exigences que ce code traite des manquements à l'intégrité de la recherche en proscrivant toute fraude scientifique que constituent « la fabrication, la falsification ou le plagiat (...) lors de la proposition, la réalisation ou l'évaluation de la recherche, ou la déclaration des résultats de la recherche ».

Ces deux sources internationales visent donc, de manière directe ou indirecte, le plagiat comme des manquements à l'intégrité de la recherche scientifique et préconisent aux universités et instituts de recherche d'adopter des règles et procédures claires pour les prévenir. Toutefois, n'ayant aucune valeur contraignante à l'égard des institutions visées, ces différents actes internationaux ne peuvent servir de fondement juridique aux actions contentieuses qui pourraient être initiées contre des actes de plagiat.

II. Les mesures contentieuses de lutte contre le plagiat

En cas de violation des règles de droit positif contre le plagiat, les actions contentieuses à envisager seront judiciaires (A) tandis qu'elles seront généralement disciplinaires lorsqu'il s'agira de sanctionner ce fléau en tant que violation de règles éthiques (B).

A. Les procédures judiciaires

Selon que l'auteur du plagiat commet un acte de contrefaçon de droit d'auteur, de concurrence déloyale ou de parasitisme, il pourra répondre de ses actes délictueux dans le cadre d'une action en contrefaçon (1) et/ou responsabilité civile délictuelle pour concurrence déloyale ou parasitisme (2).

1. L'action en contrefaçon

Comme tout droit de propriété intellectuelle, le droit d'auteur a la particularité d'accorder des droits exclusifs ou des monopoles d'exploitation sur une œuvre littéraire ou artistique. La contrefaçon étant une violation de ce droit privatif, la loi reconnaît à l'auteur ou à ses ayants droit (cessionnaire des droits patrimoniaux de l'auteur, titulaire des droits exclusifs d'exploitation, etc.), le droit de se défendre en justice contre cette atteinte à travers l'exercice de l'action en contrefaçon. Comme nous l'avons abordé précédemment, le plagiat peut, dans certaines conditions, être qualifié de contrefaçon de droit d'auteur et être par conséquent concerné par une telle action.

En amont de l'action en contrefaçon, le plagié (ou celui qui se plaint de plagiat) pourra prendre des mesures conservatoires spéciales, soit pour constituer des preuves de la contrefaçon à travers notamment la saisie-

⁵⁵ Disponible dans sa version révisée en 2018 sur le lien : https://www.allea.org/wp-content/uploads/2018/01/FR_ALLEA_Code_de_con

[duite europeen pour lintegrite en recherche.pdf](#), vu le 14 juill. 2020.

⁵⁶ ALLEA : All European Academies.

contrefaçon⁵⁷, soit pour contenir les actes de contrefaçon notamment par la retenue en douanes⁵⁸ d'objets présumés contrefaisants.

Lorsque les faits de contrefaçon sont retenus par les juges, le plagiaire contrefacteur pourra être condamné sur le plan civil au paiement des dommages et intérêts et/ou, sur le plan pénal, à une peine d'emprisonnement et/ou d'amende⁵⁹. Ces peines principales civiles et pénales pourront s'accompagner de peines complémentaires⁶⁰ telles que la publication de la condamnation dans les journaux, la confiscation ou la destruction des exemplaires d'objets plagiés.

2. L'action en concurrence déloyale et en parasitisme

L'action en concurrence déloyale vise à sanctionner les comportements contraires aux usages loyaux en matière commerciale, tandis que l'action en parasitisme sanctionne le fait de tirer indûment et gratuitement profit des efforts créatifs de la victime⁶¹. L'action en concurrence déloyale ou en parasitisme étant une action en responsabilité civile délictuelle organisée aux articles 1382 et suivants du Code civil au Cameroun et 1240 du Code civil français, celui qui se plaint de plagiat devra prouver pour obtenir réparation, la faute commise par le prétendu plagié, le dommage qu'il en aurait subi et le lien de causalité existant entre cette faute et ce dommage⁶².

Comme cela a été évoqué ci-dessus, l'action en concurrence déloyale ou en parasitisme pourra

être indépendante, ou concomitante à l'action en contrefaçon lorsque les deux actions sont fondées sur des faits distincts⁶³, sans préjudice des procédures disciplinaires qui pourraient par ailleurs être dirigées à l'encontre du plagiaire.

B. Les procédures disciplinaires

En même temps qu'elle fait l'objet de poursuites judiciaires en contrefaçon et/ou en concurrence déloyale ou indépendamment de celles-ci, la personne accusée de plagiat pourra voir initier à son encontre une procédure disciplinaire lorsqu'elle appartient à un corps professionnel ou à un groupe social particulier dont les activités sont encadrées par des règles éthiques. C'est le cas notamment dans les universités où le plagiat des étudiants et du personnel enseignant est régi et sanctionné.

Ainsi, d'après le règlement intérieur de l'Université de Lille, le fait pour un étudiant de « copier, d'emprunter, d'imiter, de piller un auteur en s'attribuant indûment les passages de son œuvre »⁶⁴, sans l'autorisation de son auteur⁶⁵ ou, dans le cas de citations courtes, sans mentionner l'auteur et la source⁶⁶, est passible de poursuites disciplinaires.

Pour les enseignants d'universités, on peut évoquer le Code d'éthique et de déontologie du Conseil africain et malgache pour l'enseignement supérieur (CAMES)⁶⁷ qui prévoit une procédure disciplinaire devant la Commission d'éthique et de déontologie pour

⁵⁷Art. L. 332-1 CPI (France) ou Art. 85 et svts Loi n° 2000/011 (Cameroun) - Pour aller plus loin, Y. Marcellin, *La saisie-contrefaçon*, Cedat, 3^e éd, 2001.

⁵⁸ Art. L. 335-10 CPI (France) ou Art. 90 Loi n° 2000/011 (Cameroun).

⁵⁹Art. L. 335-2 CPI (France) ou Art. 82 Loi n° 2000/011 (Cameroun).

⁶⁰ Art. L. 335-6 CPI (France) ou Art. 84 Loi n° 2000/011 (Cameroun).

⁶¹ Pour aller plus loin, J.-J. Burst, *Concurrence déloyale et parasitisme*, Paris, Dalloz, 1993, p. 212.

⁶² P. Voirin et G. Gougeaux, *Droit civil, t.1*, LGDJ, 2007, 31^e éd., p. 473 et suivants.

⁶³ Cass. Com, 20 fév. 2007, préc.

⁶⁴ Art. 99.1 dudit règlement.

⁶⁵ Art. 100.1 dudit règlement.

⁶⁶ Art. 100.2 dudit règlement.

⁶⁷ Le CAMES est une organisation africaine regroupant en majorité les pays d'Afrique centrale et de l'Ouest chargé de coordonner les systèmes d'enseignement supérieur et de la recherche au sein de ses États membres. C'est sous son égide que sont organisés les concours d'agrégation permettant d'accéder au grade de maître de conférences dans les universités de ses États membres, dont fait partie le Cameroun.

l'examen des cas de plagiat à l'occasion notamment des concours d'agrégation⁶⁸.

Les sanctions encourues par le plagiaire étudiant peuvent être, par ordre croissant de gravité, l'avertissement, le blâme, l'exclusion temporaire de l'université, l'exclusion temporaire de tout établissement public d'enseignement supérieur ou l'exclusion définitive de tout établissement public d'enseignement supérieur⁶⁹.

Lorsque le plagiat est le fait d'un enseignant d'université, le Code d'éthique et de déontologie CAMES prévoit notamment comme sanctions⁷⁰ l'avertissement, le blâme avec inscription au dossier, la suspension pour une durée d'un an à trois ans, l'interdiction temporaire de participer aux programmes du CAMES et/ou l'annulation de l'inscription obtenue de manière irrégulière.

La procédure disciplinaire en plagiat se fait généralement dans le respect des droits de la défense, en permettant à l'accusé, avant toute décision de l'instance disciplinaire, de s'expliquer sur les faits qui lui sont reprochés⁷¹.

Conclusion

On dira en définitive qu'il existe bien un ordre juridique et éthique permettant de sanctionner le plagiat. Toutefois, un plagiat avéré ne pourra être sanctionné que si celui qui s'en plaint peut se prévaloir d'un droit au regard des exigences de protection prévues par le droit positif, notamment de l'exigence d'originalité en matière de droit d'auteur. En dépit du fait qu'il constitue manifestement une violation de l'éthique ou de la morale devant présider à la réalisation de toute production intellectuelle, le plagiat pourrait ainsi, en l'absence d'une possibilité de recours disciplinaire, échapper à la sanction juridique. D'où l'importance

d'envisager une évolution du champ d'application de l'infraction pénale de vol aux choses incorporelles de manière générale, comme c'est déjà le cas pour le vol d'énergie en droit français⁷² et camerounais⁷³. La place de plus en plus grandissante que notre époque accorde au numérique et à l'immatériel en général le justifie d'autant plus.

S. N. M.-K.

⁶⁸ Art. 25 du Code d'éthique et de déontologie du CAMES.

⁶⁹ Art. 101.1 et 123.1 [du Code d'éthique et de déontologie du CAMES](#).

⁷⁰ Art. 26 [du Code d'éthique et de déontologie du CAMES](#).

⁷¹ Art. 30 du Code d'éthique et de déontologie CAMES ou Art. 4.4.2.2 du Règlement sur les infractions de nature académique de l'Université du Québec à Montréal.

⁷² Art. 311-2 du Code pénal.

⁷³ Art. 319 al. 1 du Code pénal.

Enquête sommaire sur le contrat d'édition dans l'espace OAPI

A Brief Inquiry about the Publishing Contract Within the OAPI Space

Laurier Yvon NGOMBÉ

*Docteur en Droit
Chargé d'enseignement au CNAM Ile de France
Avocat à la Cour d'appel de Paris*

Les États membres de l'OAPI forment un espace d'harmonisation du droit d'auteur en Afrique. Cette harmonisation est encore inachevée. Les règles conventionnelles relatives au contrat d'édition en témoignent. Aussi, enquêter sur le contrat d'édition dans l'espace OAPI nécessite un examen tant du texte de l'Accord de Bangui que des lois nationales des dix-sept États membres, dont il faut relever quelques différences sans éluder la question d'éventuels conflits de lois.

The OAPI member states constitute a space for the harmonization of copyright in Africa. This harmonization is yet to be completed, as attested by the conventional rules relating to the publishing contract. In addition, investigating about the publishing contract in the OAPI space requires an examination of both the text of the Bangui Agreement and that of the national laws of the seventeen member states. Some differences must be pointed out keeping in mind the question of possible conflict of laws.

*« Rien de ce qui est fini n'est jamais complètement achevé
Tant que tout ce qui est commencé n'est pas totalement terminé »*

(Pierre DAC)

Introduction

Pilier fondamental du droit, si bien décrit en son temps par le Doyen Carbonnier¹, le contrat est un outil incontournable de l'exploitation légale du droit d'auteur. En matière de propriété littéraire et artistique, l'un des contrats les plus importants est sans doute le contrat d'édition. Il s'agit d'ailleurs du principal contrat nommé en ce domaine. Bien plus, il constitue même la matrice ou le prototype² qui a servi de modèle au droit

commun des contrats de la propriété littéraire et artistique. Et comme l'observait un commentateur de la loi du 11 mars 1957, « le contrat d'édition est la forme de cession la plus courante et la plus employée³ ». Ce constat demeure d'actualité, du moins au regard du détail avec lequel il est régi tant en droit français que dans les États de l'OAPI. Le contrat d'édition mérite donc une attention particulière, surtout dans un espace d'intégration tel que celui de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI).

¹ J. Carbonnier, *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} édition, LGDJ, 2001, pp. 255 et s. et spéc. 313 et s. concernant le contrat.

² « Voilà le prototype du contrat d'exploitation, qui comporte des obligations réciproques, pour l'auteur de mettre son cocontractant en mesure de réaliser

l'impression et la publication, pour l'éditeur de procéder effectivement aux opérations qui assureront la diffusion de l'œuvre » (H. Desbois, *Le Droit d'auteur en France*, 3^{ème} éd. Dalloz 1978, n°492, page 607).

³ R. Fernay, « La cession et le contrat d'édition », *RIDA* 2/1958, p. 257.

En effet, il s'agit d'un espace d'harmonisation du droit de la propriété littéraire et artistique dont il peut être intéressant de comparer les lois nationales entre elles et avec le texte supranational.

Créée en 1962, par l'Accord de Libreville, l'Office africain et malgache de la propriété intellectuelle (OAMPI) a fait l'objet, à la faveur de l'Accord de Bangui, d'une transformation en profondeur en 1977⁴, date à laquelle il est devenu l'OAPI (Organisation africaine de la propriété intellectuelle)⁵. Jusqu'à cette date, le corpus normatif annexé à l'Accord ne comprenait pas de disposition relative au droit d'auteur. Depuis 1977, l'Annexe VII de l'Accord de Bangui constitue le texte supranational régional relatif à la propriété littéraire et artistique dans l'espace OAPI⁶. Ce texte a fait l'objet de modifications significatives en 1999, puis en 2015, à la faveur de l'Acte de Bamako⁷. L'Acte de Bamako est en cours de ratification par les États membres⁸ de l'OAPI, actuellement au nombre de dix-sept, et son entrée en vigueur est espérée pour 2020.

Une enquête sommaire sur le contrat d'édition conduit donc à compiler les 17 textes normatifs des États membres, ainsi que le texte supranational annexé à l'Accord de Bangui qui constitue, au sens de l'article 20 de la Convention de Berne, un arrangement entre les États de l'OAPI⁹. Il n'est cependant pas

envisageable de proposer dans le cadre restreint de cette étude une analyse détaillée du contrat d'édition dans l'espace OAPI¹⁰. Il s'agit plutôt de jeter un regard furtif sur les éléments essentiels relatifs à la protection de l'auteur dans le cadre de l'exploitation de son œuvre : ainsi, l'encadrement de son consentement, la garantie de sa participation aux fruits de l'exploitation ou le contrôle de l'exploitation.

Par ailleurs, l'application du contrat d'édition implique au-delà des textes relatifs à la propriété littéraire et artistique¹¹, la convocation à titre subsidiaire ou supplétif du droit commun des contrats¹². C'est en partie en tenant compte de cette coexistence normative¹³ que nous proposons de livrer le compte-rendu de cette rapide enquête sur le contrat d'édition dans l'espace OAPI.

Cette enquête sommaire sur le contrat d'édition nous a conduit à un rapide examen vertical (I), puis horizontal (II) des normes applicables au contrat d'édition.

I. Examen vertical des normes applicables au contrat d'édition

L'Annexe VII de l'Accord de Bangui constitue pour les États membres de l'OAPI un minimum conventionnel applicable directement dans les

⁴ B. Cazenave, « L'organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) de Libreville à Bangui », *Propr. Ind. [OMPI]*, 1989, p. 311.

⁵ Ce changement d'appellation prenait acte du retrait de Madagascar et de l'extension du champ matériel de l'Organisation (initialement limitée à la propriété industrielle) au droit d'auteur.

⁶ Pour une vue d'ensemble du texte de 1977, V. en particulier 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.

⁷ Pour une présentation des principales modifications intervenues en 2015, L.Y. Ngombé, « Chronique d'Afrique », *RIDA* 4/2016, p. 165

⁸ Il s'agit des 17 États suivants : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Congo, Côte d'Ivoire, Djibouti, Gabon, Guinée (Conakry), Guinée-Bissau, Guinée Équatoriale,

Mali, Niger, Mauritanie, République Centrafricaine, Sénégal, Tchad et Togo.

⁹ Préambule de l'Accord de Bangui.

¹⁰ Pour une vue d'ensemble, D. Bohoussou, « Les contrats d'acquisition des droits de reproduction et les contrats de représentation », in *Études offertes au professeur Joseph Issa-Sayegh*, AIDD, 2006, p. 74.

¹¹ Lois qui ne prévoient pas forcément de dispositions spécifiques au seul contrat d'édition. Dans la loi Gabonaise, par exemple, les règles relatives au contrat d'édition ne sont autres que les dispositions générales prévues au chapitre troisième relatif au « Transfert du droit d'auteur ».

¹² N. Balat, *Essai sur le droit commun*, LGDJ, 2016, n°812 et ss.

¹³ D'une part, entre normes supranationales et nationales et, d'autre part, entre normes nationales.

États membres¹⁴. Pour reprendre le vocabulaire du texte dans sa version issue de l'Acte de Bamako (2015), le texte de l'OAPI constitue un cadre normatif minimal. C'est préalablement ce cadre conventionnel qu'il nous faut tenter de préciser (A) avant de vérifier dans quelle mesure les textes nationaux y sont conformes (B).

A. Regard sur l'encadrement conventionnel du contrat d'édition

Les dispositions de l'Annexe VII relatives au contrat d'édition sont à rechercher, tant dans les dispositions spécifiques au contrat d'édition, que dans les règles générales portant sur les contrats de cession de droit d'auteur. On peut donc les consulter en mettant en perspective les changements éventuels intervenus entre le texte de 1999 et celui de 2015.

Dans la version de l'Annexe VII encore en vigueur pour quelques mois, le texte conventionnel renvoie expressément aux dispositions nationales relatives aux obligations civiles et commerciales, lesquelles régissent notamment le contrat d'édition¹⁵. On peut s'étonner de l'absence de renvoi aux lois nationales sur le droit d'auteur. Un tel renvoi est néanmoins implicite. Si le texte de l'Annexe VII de l'Accord de Bangui issu de la révision de 1999, constitue, comme le précise son article 1^{er}, le « régime commun » de la propriété artistique, il va sans dire que ce régime commun est complété par des textes nationaux, y compris des textes spéciaux relatifs à la propriété littéraire et artistique.

Au titre du droit spécial du contrat d'édition, le texte de 1999 se contente de le définir, de le

distinguer du contrat à compte d'auteur et du contrat de compte à demi, puis de préciser une obligation de l'éditeur.

Le contrat d'édition est défini, aussi bien dans le texte de 1999 que dans celui en cours de ratification, comme « celui par lequel l'auteur de l'œuvre ou ses ayants droit cèdent, à des conditions déterminées, à l'éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre suffisant des exemplaires de l'œuvre à charge pour ce dernier d'en assurer la publication et la diffusion¹⁶ ». Cette définition, qui n'a pas été modifiée dans la version de 2015, est relative à toute forme d'édition, qu'elle soit par exemple littéraire ou musicale.

On retiendra dans cette définition, qui n'a pas été modifiée dans le texte en cours de ratification, la mention de « nombre suffisant d'exemplaires ». Voici une définition qui pourrait donner lieu à équivoque. Qu'est-ce qu'un nombre suffisant d'exemplaires ? Il appartiendra alors aux juges de déterminer si le nombre d'exemplaires convenu est suffisant pour savoir si la cession consentie constitue bien un contrat d'édition. Il faut sans doute entendre, tout simplement, que le contrat d'édition suppose une exploitation commerciale et que les exemplaires reproduits doivent l'être en nombre suffisant pour répondre à cet objectif¹⁷.

Concernant les obligations de l'éditeur, dans le texte de 1999, l'article 42 intitulé « obligations de l'éditeur » se résume à l'énoncé d'une seule obligation (malgré le pluriel employé) de l'éditeur : l'obligation de reddition des comptes¹⁸. Le nouveau texte complète la liste des obligations de l'éditeur en prévoyant, sans en préciser les modalités, l'obligation d'exploitation permanente et suivie,

¹⁴ F. Siirinainen, « Le droit de la propriété littéraire et artistique dans l'accord de Bangui après la révision de Bamako », *RFPI* 2018, n°6, p. 33.- L.Y. Ngombé, « Du "régime commun" au "cadre normatif minimal" ». Retour sur la supranationalité du texte de l'OAPI sur la propriété littéraire et artistique », *RLDI* déc. 2018, p. 46.

¹⁵ ABR 1999, Annexe VII, art. 39.3.

¹⁶ ABR 1999, Annexe VII, art. 39.1.

¹⁷ Certaines lois nationales ont choisi une rédaction qui nous semble plus claire. Tel est le cas de la loi camerounaise dont l'article 42 dispose que « le contrat d'édition est la convention par laquelle le titulaire du droit d'auteur autorise à des conditions déterminées, une personne appelée éditeur, à fabriquer un nombre défini d'exemplaires de l'œuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication ».

¹⁸ ABR 1999, Annexe VII, art. 42.

l'obligation de mentionner le nom, le pseudonyme ou la marque de l'auteur ainsi que celle de n'apporter aucune modification à l'œuvre, sans autorisation de l'auteur. Cela consiste, en fait, à respecter le droit moral de l'auteur.

Les dispositions spécifiques au contrat d'édition ne sont pas les seules à consulter pour préciser le cadre conventionnel relatif à ce contrat. En effet, de nombreuses règles sont à chercher dans les dispositions communes aux contrats d'auteur.

Au titre des dispositions communes, le texte de 1999 dispose que les droits moraux sont incessibles. Il pose une règle essentielle concernant la formation des contrats d'auteur, dont le contrat d'édition : l'exigence de l'écrit *ad validitatem*. Sur ce point, le texte ne précise pas si la nullité encourue est relative ou absolue. La version de 2015 n'est pas plus précise. Cela est sans grande conséquence car le doute ne paraît pas permis. Il s'agit d'une nullité relative car la nullité vise ici à protéger l'auteur¹⁹. Les textes des États membres relatifs aux obligations sont en ce sens. Au passage, on peut se demander si la nullité était la sanction la plus adaptée. En effet, comme l'expose une importante frange de la doctrine, la nullité doit être adaptée à la nature et au but de la règle sanctionnée et il ne faut pas « que le remède soit pire que le mal²⁰ ». L'exigence de l'écrit aurait sans doute pu être probatoire, en faveur du seul auteur²¹.

Le texte issu de la révision intervenue à Bamako en 2015, précise que la notion d'écrit inclut « les supports électroniques conformément à la législation nationale en vigueur²² ». L'apport du nouveau texte consiste donc dans la mention du support électronique et dans le renvoi aux législations nationales. Ce renvoi aux textes nationaux concernerait soit la notion de support électronique, soit la possibilité même de recourir à l'écrit électronique. S'agissant d'un cadre minimal normatif, cette disposition doit sans doute être lue comme signifiant d'une part, que l'écrit peut être électronique et que, d'autre part, les supports électroniques seront déterminés par les lois nationales.

Cette exigence de l'écrit appelle, dans le contexte africain, quelques observations. Si ce formalisme peut se concevoir dans la mesure où il est protecteur pour l'auteur, partie faible au contrat, il ne tient pas compte de la réalité de l'analphabétisme et de l'illettrisme dans certains États africains²³. Cela invite donc à envisager des règles adaptées, y compris au niveau supranational. Il peut ainsi être proposé, parmi les pistes possibles, le recours à des témoins alphabètes ou un agent assermenté de l'organisme de gestion collective du droit d'auteur ou de l'autorité chargée de contrôler les organismes de gestion collective²⁴.

En attendant, pour les seize États membres simultanément de l'OAPI et de l'OHADA, un début de réponse pourrait provenir de l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au droit des

¹⁹ V. par exemple, Code malien des Obligations : « La nullité relative résulte de l'inobservation des règles destinées à assurer la protection d'un intérêt privé, telles que les dispositions concernant les vices du consentement, les incapacités de protection et la lésion. Seule la personne que la loi protège peut invoquer la nullité relative ». V. pour une illustration en droit français, Cass. 3e civ., 21 sept. 2011, n°10-21900, *JCP G* 2011, 1276, note J. Ghestin ; *D.* 2011, p. 2711, note D. Mazeaud ; *RDI* 2011, p. 623, note M. Poumarède ; *Constr. urb.*, 2011, comm. n°160, obs. C. Sizaire ; *Contrats, conc., consom.* 2011, comm. n°252, obs. L. Leveneur ; *Revue des contrats* 2018, n°1, p. 130, obs. J.-B. Seube.

²⁰ V. en particulier, C. Renard et E. Vieujean « Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil Belge », *Ann. Fac. dr. Liège* 1962, pp. 243, spéc. pp. 264-265.

²¹ Dans cette hypothèse, il conviendrait d'envisager la question de la validité de l'écrit pour l'auteur illettré ou analphabète (voir infra).

²² ABR 2015, Annexe VII, art. 41.

²³ Les résistances du droit traditionnel au droit moderne des obligations, Actes du colloque de Dakar 5-9 juill. 1977, *Revue sénégalaise de droit* 1977 ; L. Y. Ngombé, *Le Droit d'auteur en Afrique*, L'Harmattan, 2^{ème} édition 2009, n°210.

²⁴ Il conviendra de s'assurer que le témoin lettré ne soit pas en situation de conflit d'intérêt.

obligations actuellement à l'état d'avant-projet²⁵. Dans sa version actuelle, l'avant-projet de l'OHADA prévoit que « la partie illettrée doit se faire assister d'un témoin lettré qui certifie dans l'écrit son identité et sa présence ; il atteste en outre, que la nature et les effets de l'acte ont été précisés à la partie illettrée²⁶ ». Il s'agit d'une disposition qui aura un grand intérêt dans la mesure où elle permettra d'éclairer le consentement de la partie analphabète ou illettrée et d'en garantir l'intégrité.

L'avant-projet d'Acte Uniforme OHADA relatif au droit des obligations précise que « faute par la partie illettrée de se faire assister de la sorte, elle est supposée avoir acquiescé à l'acte si elle l'a signé²⁷ ». Cette disposition est moins convaincante car elle ne semble pas protectrice de la partie la plus faible. Toutefois, il restera la possibilité pour l'auteur, le cas échéant, d'invoquer un vice du consentement.

Certains textes nationaux envisagent déjà la protection des contractants illettrés. Tel est le cas du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales qui dispose que : « La partie illettrée doit se faire assister de deux témoins lettrés qui certifient dans l'écrit son identité et sa présence : ils attestent en outre que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés²⁸ ».

Au titre des règles générales, l'Annexe VII pose également la règle de la prohibition de la cession globale des œuvres futures. On observera sur ce point que, tant dans le texte de 1999²⁹ que dans celui de 2015³⁰, il n'est prévu aucune dérogation à ce principe.

Ensuite est prévue la possibilité de limiter l'étendue de la cession tant en ce qui concerne la durée, la destination, le territoire que l'étendue et les moyens d'exploitation³¹. Une telle rédaction n'induit pas une obligation de préciser le territoire de cession, les modes de cession ou la durée. Elle n'a donc pas, du moins si on s'en tient à sa lettre, une portée identique à celle de l'article L.131-3, alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle français. En droit français, il s'agit de mentions impératives dont l'absence prive d'efficacité le contrat³².

Rien de tel aux termes de l'Annexe VII de l'Accord de Bangui. Le texte de l'OAPI prévoit plutôt des règles d'interprétation, de prime abord *in favorem auctoris*. En effet, des règles supplétives sont prévues en cas de défaut de mention du territoire ou en cas de défaut de mention des moyens d'exploitation ou de l'étendue de la cession. Dans le premier cas, la cession des droits sera limitée au « pays dans lequel la cession [...] aura été accordée³³ ». Dans le second, la cession sera considérée comme limitée « à l'étendue et aux moyens nécessaires pour les buts envisagés lors de l'octroi de la cession [...]»³⁴.

Ces prescriptions d'interprétation qui s'imposent aux juges pourraient bien être source de difficultés. S'agissant de la cession limitée au pays dans lequel la cession aura été accordée. La question est de savoir si cela s'interprète comme le pays de signature du contrat. Une telle interprétation peut s'avérer défavorable à l'auteur. On peut, par exemple, imaginer le cas d'un auteur camerounais de passage à Abidjan qui y signerait un contrat d'édition sans mention du territoire de cession.

²⁵ C. Grimaldi, « Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA », *D.* 2016, p. 648. V. également D. Sossa, « Pour une harmonisation du droit des contrats dans les pays membres de l'OHADA », *JCP G* 2016, prat. 101. Ce projet a été rédigé par les Professeurs Issa-Sayegh, Pougoue et Sawadogo.

²⁶ Avant-Projet OHADA, art. 538, al.1.

²⁷ Avant-Projet OHADA, art. 538, al.2.

²⁸ Sénégal, Code des obligations civiles et commerciales, art. 20.

²⁹ ABR 1999, Annexe VII, art. 37.1.

³⁰ ABR 2015, Annexe VII, art. 43.1.

³¹ ABR 1999, Annexe VII, art. 37.2.- ABR 2015, Annexe VII, art. 43.2.

³² A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5^{ème} édition, LexisNexis 2017, n°744.

³³ ABR 1999, Annexe VII, art. 37.3.- ABR 2005, Annexe VII, art. 43.3.

³⁴ ABR 2015, Annexe VII, 43.4.

L'application de la règle interprétative de l'Annexe VII de l'Accord de Bangui conduira le juge à considérer que la cession est limitée à la Côte d'Ivoire, alors que l'auteur, sans doute envisageait plutôt une exploitation dans son propre pays et non à l'étranger³⁵.

Quant à la règle supplétive, en cas d'absence de précision sur l'étendue ou le moyen d'exploitation, elle paraît plutôt inviter le juge à chercher la commune intention des parties. Par ailleurs, dans la mesure où le juge devra limiter la cession à ce qui est strictement nécessaire pour atteindre la finalité poursuivie, on peut considérer que le texte de l'OAPI impose une interprétation *in favorem auctoris*.

S'agissant de l'absence de la mention de la durée du contrat d'édition, l'Annexe VII ne prévoit aucune conséquence. On peut considérer que le législateur OAPI s'en remet sur ce point aux législations nationales. Pour autant, sauf à considérer que cette mention est plus importante que les autres, le défaut de précision de la durée ne semble pas devoir être sanctionné par la nullité. En effet, tel que rédigé, le texte de l'OAPI semble privilégier la validité du contrat en l'interprétant en faveur de l'auteur. Ici, le défaut de précision n'est pas d'une gravité (à l'analyse du texte de l'OAPI) justifiant que le juge prononce la nullité du contrat³⁶.

L'Acte de Bamako complète le texte régional en prévoyant désormais, au titre des règles générales, le principe selon lequel la rémunération de l'auteur est proportionnelle aux recettes d'exploitation³⁷. Cette règle, héritée de la loi française du 11 mars 1957 et qui a été insérée dans la directive européenne sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique³⁸, figurait déjà dans les lois des

États membres. Le texte de l'OAPI prévoit deux cas de dérogations au principe de la rémunération proportionnelle : 1° la base de calcul de la participation proportionnelle ne peut pratiquement être déterminée ; 2° l'utilisation de l'œuvre présente un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité. Il s'agit de deux des quatre dérogations d'ordre général prévues par l'article 35 de la loi de 1957.

Avec l'Acte de Bamako, le cadre minimal conventionnel est un peu plus large que dans la version de 1999. En matière de contrat d'édition, le droit conventionnel est donc désormais nettement plus ambitieux, même si des lois nationales complétives sont inévitables. Ces textes devront cependant être conformes à l'Annexe VII de l'Accord de Bangui. C'est à leur examen rapide qu'il convient désormais de se livrer.

B. Recherche sur la conventionalité des normes nationales complétives

En compulsant les textes des États membres, on peut constater ci-et-là quelques dispositions dont la conformité au texte conventionnel prête à discussion.

On peut d'abord observer que certains textes de l'espace OAPI ne donnent pas à l'écrit la même portée que le texte conventionnel. Tel est le cas de la loi sénégalaise sur le droit d'auteur, adoptée en 2005, qui dispose que : « à l'égard de l'auteur, la cession se prouve par écrit ou par un mode équivalent ». L'écrit est donc, selon cette loi, requis *ad probationem* et *in favorem auctoris*. Ainsi, l'exigence de l'écrit protège le seul auteur qui, quant à lui, peut prouver par tout moyen l'existence d'un contrat d'édition. La loi sénégalaise est-elle donc non-conforme au texte de l'OAPI ? A priori, c'est par la

³⁵ La recherche de la volonté des parties pourra certes permettre d'écarter cette règle pour limiter la cession au pays de l'auteur. Encore faudra-t-il que cela corresponde à la volonté commune des parties.

³⁶ V. sur point, Planiol M. et Ripert G., *Traité pratique de droit civil français. Les obligations*, t. VI, 2^{ème} édition, par P. Esmein, LGDJ, 1952, n° 295.

³⁷ ABR 2015, Annexe VII, art. 41n.

³⁸ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, article 18. Concernant ces dispositions, V. Notamment B. Montels, « L'incidence du droit européen des contrats d'auteur sur son modèle français », *Com. com. électr.* 2019, n°10, Dossier n°6.

positive qu'il faut répondre à une telle question. En effet, l'absence d'écrit entraîne la nullité du contrat selon le texte conventionnel, alors que tel n'est pas le cas dans la loi Sénégalaise. Puisque la nullité relative ne peut être invoquée que par l'auteur, partie protégée, on peut considérer que l'application de l'une ou l'autre règle aboutirait à des conséquences sensiblement comparables. Néanmoins, la rédaction du texte de l'OAPI, ainsi que sa supranationalité, devraient conduire le juge à considérer que le défaut d'écrit sera sanctionné par la nullité (relative).

Certains textes sont moins explicites tout en paraissant prévoir la même règle que l'Annexe VII. Tel est le cas de la loi béninoise qui prévoit l'exigence d'un écrit, tant au titre des dispositions générales que de celles spécifiques au contrat d'édition. La portée de cette exigence n'est pas précisée par le texte. L'impérativité de cette disposition pourrait conduire le juge à considérer que le texte comporte une nullité virtuelle au regard de la gravité du manquement³⁹. De surcroît, la supranationalité du texte de l'OAPI doit conduire à considérer que le défaut d'écrit entache de nullité le contrat.

Enfin, d'autres textes sont parfaitement conformes au texte régional. Parmi ceux-ci, il en est qui se contentent de poser, comme l'Annexe VII de l'Accord de Bangui, que l'écrit est exigé à peine de nullité⁴⁰ ou que le contrat d'édition n'est valable que s'il est constaté par écrit⁴¹ alors que d'autres, plus explicites, précisent que la nullité encourue est relative⁴².

Doivent également être confrontées au texte de l'OAPI, les dispositions relatives au principe de la rémunération proportionnelle. Sur ce point, on observera d'abord que la loi bissau-

guinéenne est contraire au texte régional dans la mesure où elle laisse le choix entre plusieurs modalités de rémunération, dont un forfait ou même la remise de quelques exemplaires à l'auteur⁴³. Quant aux autres lois, elles affirment le principe de la rémunération proportionnelle et envisagent des exceptions. Sur ce point, le texte régional prévoit, comme indiqué plus haut, deux exceptions⁴⁴. Or, les textes nationaux envisagent au moins trois hypothèses.

On peut alors distinguer entre les lois qui envisagent les exceptions de manière synthétique, inspirées de l'article 35 de la loi du 11 mars 1957, et celles qui, copiant servilement la loi de 1957, prévoient en plus des exceptions spéciales. Parmi les premières, on peut citer les lois béninoise, sénégalaise et togolaise⁴⁵ qui prévoient en plus des deux exceptions prévues par le texte conventionnel un troisième cas justifiant une rémunération forfaitaire : lorsque les frais de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre. La question est alors de savoir, pour ces lois, si ce troisième cas peut être considéré comme contraire au texte de l'OAPI. Si l'on considère que ce troisième cas recoupe celui de l'absence de base de calcul prévu par l'Annexe VII, on peut conclure à la conventionalité des lois nationales sur ce point.

Parmi les secondes, on peut notamment citer la loi tchadienne qui prévoit une dizaine d'hypothèses dans lesquelles la rémunération forfaitaire est autorisée⁴⁶. Il ne s'agit en réalité que d'une copie de l'article 36 de la loi de 1957 (art. L.132-6 CPI) qui, à côté de quatre exceptions « générales » ajoute des exceptions

³⁹ V. notamment, A. Dadoun, «Le spectre de l'adage "pas de nullité sans texte" en droit des contrats », *Revue des Contrats* 2018, n°1, p. 139.

⁴⁰ LDA – Gabon, art. 45 ; LDA- Niger, art. 43 ; LDA- Bénin, art. 37 et 38 ; LDA-Côte d'Ivoire, art. 56 ; LDA- Mali, art. 65.

⁴¹ LDA – Guinée Bissau, art. 77.1.

⁴² LDA – Guinée, art. 47.

⁴³ LDA – Guinée Bissau, art. 78.1. L'article 78.2 de la même prévoit cependant qu'en l'absence de stipulation relative à la rémunération, l'auteur a droit au tiers du produit de chaque exemplaire.

⁴⁴ ABR 2015, Annexe VII, art. 41.2.

⁴⁵ LDA – Bénin, art. 26 ; LDA – Sénégal, art. 65.3 ; LDA – Togo, art. 43.

⁴⁶ LDA – Tchad, art. 57.

« spéciales »⁴⁷. La liste initiale de la loi de 1957 a été complétée en 1994 et inclut désormais les logiciels. Cette nouvelle exception est reprise dans certaines lois africaines telles que la loi tchadienne ou la loi ivoirienne⁴⁸. En effet, on trouve par exemple dans cette liste les éditions populaires bon marché. Il n'est pas certain que cette catégorie éditoriale soit une réalité tchadienne ou guinéenne. On aboutit avec une telle disposition à un mimétisme dont doivent se défaire les législateurs africains. Si le droit comparé peut utilement servir de source d'inspiration, encore faut-il que les dispositions dont on peut s'inspirer soient pertinentes.

En tout état de cause, la liste des cas énumérés dans la loi tchadienne correspond, pour l'essentiel, en fait, aux hypothèses synthétiques prévues par le texte de l'OAPI. Tel est le cas des annotations ou des préfaces que l'on peut considérer comme des œuvres présentant « un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité ». D'autres exceptions telles que les livres de prière ou les livres scientifiques ne paraissent pas justifiées per se. Il nous paraît que la conformité au texte régional ne concerne qu'une partie des dérogations spéciales. Ainsi, à défaut de mise en conformité des textes nationaux, le juge devra vérifier que la rémunération proportionnelle convenue dans un contrat d'édition entre bien dans l'une des deux hypothèses envisagées par l'Annexe VII de l'Accord de Bangui.

Une autre question est celle relative à la prohibition de la cession globale des œuvres futures. Alors que le texte conventionnel pose le principe de cette interdiction sans prévoir de possibilité de dérogation, les lois nationales prévoient, en s'inspirant souvent de la

législation française, la possibilité pour l'éditeur de bénéficier d'un pacte de préférence⁴⁹.

Si l'on considère le pacte de préférence comme une dérogation à la prohibition de la cession globale des œuvres futures, on devrait en conclure que les lois comportant cette disposition sont, sur ce point, contraires à l'Annexe VII. En effet, il appartenait à l'auteur de la norme de prévoir, le cas échéant, les dérogations à la règle. Or, à lire le texte, tel ne paraît pas être la ratio legis. Sur ce point, la loi bissau-guinéenne, malgré un encadrement de la cession globale des œuvres futures, peut être considérée comme non-conforme à l'Annexe VII. En effet, selon ce texte, la cession du droit d'auteur sur les œuvres futures ne peut s'appliquer qu'aux œuvres produites par l'auteur dans un délai maximum de dix ans⁵⁰.

Pour les autres lois nationales, il est possible de risquer une autre interprétation en s'attachant à la notion de pacte de préférence, définie, par exemple, dans la loi sénégalaise relative aux obligations comme un contrat permettant un droit de préemption conventionnel⁵¹ et en vertu duquel le promettant informera en priorité le bénéficiaire « de sa décision d'aliéner et des conditions [du contrat]⁵² ». Il ne s'agit donc pas d'une cession des droits patrimoniaux, ni d'une promesse de cession. Ce qui découle clairement de la définition de l'Avant-Projet OHADA relatif aux contrats qui définit le pacte de préférence comme « la convention par laquelle celui qui reste libre de le conclure, s'engage, pour le cas où il s'y déciderait, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traiter avec lui⁵³ ».

⁴⁷ Pour un regard critique et une présentation affinée de ces dérogations, A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n°892.

⁴⁸ LDA – Tchad, art. 49, al.2, 5° et LDA – Côte d'Ivoire, art. 59.

⁴⁹ LDA – Côte d'Ivoire, art. 65 ; LDA - Guinée, art. 48.

⁵⁰ LDA – Guinée Bissau, art. 46.1. Le même texte prévoit plus loin (art. 46.2), que tout contrat prévoyant la cession du droit d'auteur sur toute œuvre future

produite par l'auteur sera nul et non avenu sans limite de temps. Il faut en déduire que la cession d'œuvre future non limitée dans le temps, ainsi que cela est prévu par la loi, sera nulle. Cette nullité pourra être invoquée, sans limitation de temps.

⁵¹ Code sénégalais des Obligations civiles et commerciales, art. 319.

⁵² Code sénégalais des Obligations civiles et commerciales, art. 320.

⁵³ Avant-Projet OHADA, art. 55.

En suivant une telle interprétation, on considérerait que la possibilité de conclusion d'un pacte de préférence encadré n'est pas inconventionnelle. Néanmoins, si le pacte en tant qu'avant-contrat ne pose pas de problème, la conclusion du contrat objet du pacte aboutirait à une cession globale, même si le texte limite l'étendue de cette cession. On peut se demander si les textes ne devraient pas se contenter de prévoir la possibilité de conclure un pacte de préférence, sans ajouter qu'il peut porter sur la cession d'un maximum de cinq œuvres.

Enfin, s'agissant des mentions relatives à la durée, aux modes d'exploitation ou au territoire de cession, on relèvera que, d'une manière générale, les lois nationales ne prévoient pas de sanction mais plutôt des règles supplétives sauf concernant la durée, suivant en cela le texte régional. On notera cependant, que la loi togolaise dispose que « le contrat d'édition *doit*⁵⁴ déterminer la forme et le mode d'expression [...]»⁵⁵. L'emploi du verbe « devoir » pourrait laisser penser que le contrat serait entaché de nullité. Ici aussi il faut s'attacher à la gravité du manquement à la norme. Le juge ne doit pouvoir prononcer la nullité que si celle-ci paraît idoine comme sanction. Or, le texte de l'OAPI paraît plutôt encourager l'interprétation du contrat en faveur de l'auteur. On signalera également le cas particulier de la loi mauritanienne qui sanctionne clairement par la nullité l'absence de mention de la durée du contrat⁵⁶. Cette disposition ne semble pas conforme à l'esprit du texte de l'OAPI et révèle une différence de plus entre les lois des États de l'espace OAPI.

On prend la mesure de ces nombreuses différences à l'occasion d'un examen horizontal des normes.

II. Examen horizontal des normes applicables au contrat d'édition

Le volet horizontal de cette rapide enquête a nécessité une interrogation et une comparaison des textes nationaux des États membres de l'OAPI. Il s'agit d'abord des textes portant en particulier sur la propriété littéraire et artistique, mais aussi de lois plus générales applicables au contrat d'édition. Cette investigation, pour sommaire qu'elle a pu être, a néanmoins permis de constater que l'harmonisation du contrat d'édition dans l'espace OAPI demeure inachevée (A). Ce qui a conduit, inévitablement, à une exploration des pistes de résolution des conflits de normes pouvant apparaître en cas d'éléments d'extranéité (intra OAPI) dans un contrat d'édition (B).

A. Observations comparatives des législations nationales

L'héritage commun contribue à une forte ressemblance entre les lois des États membres de l'OAPI (soit 15 États sur 17). Les lois des États membres de l'OAPI sont, en effet, très largement inspirées du droit d'auteur français, et pas uniquement s'agissant des États francophones⁵⁷. Il y a d'abord lieu de relever que quelques-unes de ces dispositions entrent en conflit avec le corpus normatif issu de l'OHADA dont sont membres seize États de l'OAPI. Cette coexistence normative ne peut être éludée compte tenu de la quasi-confusion géographique entre l'espace OAPI et l'espace OHADA. Ensuite, on peut constater, en compulsant les lois des États membres de l'OAPI, que certains textes sont laconiques ; ce qui pose la question de savoir à quelles règles subsidiaires se référer. Enfin, la comparaison entre les lois relatives au droit d'auteur révèle de nombreuses différences.

⁵⁴ Nos italiques.

⁵⁵ LDA – Togo, art. 50 in fine.

⁵⁶ LDA – Mauritanie, art. 63, Sur ce texte, L.Y. Ngombé, « Chronique d'Afrique », *RIDA* 1/2015, pp. 237 et ss.

⁵⁷ L. Y. Ngombé, « Le droit d'auteur français hors de France », *Com. comm. électr.* 2009, Étude 9.

En ce qui concerne les dispositions qui entrent ou qui peuvent entrer en conflit avec le droit OHADA, il s'agit notamment des règles relatives à la cession du fonds de commerce de l'éditeur et de celles relatives à la continuation du contrat en cas de procédure collective.

L'Acte Uniforme OHADA relatif aux Procédures Collectives prévoit que l'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens n'est pas un motif de résiliation du contrat « nonobstant⁵⁸ toute disposition légale ou contractuelle⁵⁹ ». Cette disposition n'est pas compatible avec certaines lois des États membres de l'OAPI sur le droit d'auteur. Par exemple, la loi tchadienne dispose que le redressement judiciaire de l'éditeur n'entraîne pas la résiliation du contrat, sauf stipulation contraire⁶⁰. Cette disposition diffère clairement de celle du texte de l'OHADA qui vise plutôt à anéantir toute clause résolutoire pour raison de procédure collective.

Autre exemple, la loi camerounaise qui dispose que « le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire justifient le retrait automatique de l'œuvre par l'auteur⁶¹ ». Il s'agit d'une disposition légale contraire à l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif aux procédures collectives.

Se posera donc au praticien la question de savoir quelle est, dans un tel cas de figure, la norme qui prévaudra. La règle *specialia generalibus derogant* devra être appliquée par le juge, en dépit de la supranationalité du corpus normatif de l'OHADA, au moins parce que le

droit d'auteur n'entre pas dans le champ de compétence de l'OHADA. Ce sont, par conséquent, les textes relatifs à la propriété littéraire et artistique qui prévaudront.

Quant aux règles laconiques nécessitant le recours à des dispositions subsidiaires, le réflexe naturel consiste à recourir au droit commun, ici le droit OHADA ou, selon les États, le Code civil ou le Code des obligations. Ainsi, s'agissant du privilège de l'auteur ou de l'insaisissabilité des revenus de l'auteur, certaines lois relatives au droit d'auteur en font mention au profit de l'auteur⁶². Néanmoins, lorsque la loi sur le droit d'auteur ne prévoit pas expressément ces dispositions dans l'intérêt de l'auteur, il conviendra d'appliquer le droit commun. Par exemple, l'auteur créancier de l'éditeur pourra, conformément à l'AUS-OHADA⁶³, se prévaloir d'un privilège.

On peut également se demander si, s'inspirant en cela de ce qui a cours dans l'espace ARIPO et dans d'autres États africains de *common law*, le juge saisi ne pourrait pas se référer pour prendre sa décision, à des précédents, voire à des lois plus détaillées d'autres États de l'espace OAPI⁶⁴. À titre d'exemple, un juge gabonais amené à appliquer la loi gabonaise pourrait, s'agissant de l'obligation de l'éditeur de rendre des comptes, se référer au texte du Mali ou du Niger, par exemple, pour préciser le contenu de cette obligation. En effet, le législateur gabonais s'est contenté de prévoir cette obligation sans davantage de précision. Les textes malien et nigérien précisent les

⁵⁸ Nos Italiques.

⁵⁹ AUPC (2015) - article 107.

⁶⁰ LDA - Tchad, article 66.

⁶¹ LDA - Cameroun, art. 14.3.

⁶² V. notamment, concernant le privilège de l'auteur, LDA - Burkina Faso, art. 52, LDA - Cameroun, art.15.3 et 54, LDA - Tchad, art. 52.

⁶³ AUS (2010), art. 180. 4° qui prévoit explicitement un privilège au profit des auteurs.

⁶⁴ Concernant le recours à des sources étrangères dans les États africains de *common law*, V. par exemple Justin Mbita Silumbwe c/Barclays Bank Zambia Ltd (appel n°90/2011, Supreme Court of Zambia (jugt n°40

of 2017), 7 juillet 2017, RIDA 1/2019, p. 122, obs. L.Y. Ngombé (recours à des précédents étrangers, y compris américains). - Voir aussi Southern Sun Africa v Sun Square Hotel (Pty) Ltd, High Court of Namibia, Main division Windhoek, 23 avr. 2018, RIDA 1/2019, p. 128, obs. Ngombé (recours à la jurisprudence sud-africaine). - Voir également, Financial Intelligence Unit v Cyber Space Ltd, Court of Appeal, Seychelles, 3 mai 2013 : Seychelles Law Reports, 2013, p. 97 ; RIDA 1/2015 (chronique d'Afrique), p. 297, obs. L.Y. Ngombé (recours au Digital Millennium Act, à la directive commerce électronique, à la jurisprudence de la CJUE et de la Cour suprême du Canada).

informations devant figurer sur le relevé à fournir par l'éditeur⁶⁵.

Cela ne fait sans doute pas partie de la culture juridique des magistrats de l'espace OAPI mais paraît favoriser l'harmonisation du droit de la propriété littéraire et artistique. Bien entendu, le juge ne pourrait le faire que dans le cadre de son office et uniquement dans le but de compléter la loi, s'il ne parvient à trouver d'informations pour rendre sa décision. Il s'agit d'une proposition assurément hétérodoxe dans des pays de droit civil, mais elle mérite d'être envisagée, ...surtout si l'on espère faire de l'espace OAPI un véritable territoire.

Le recours à des sources étrangères de droit n'est en réalité plus si rare⁶⁶, y compris dans des pays civilistes, particulièrement en droit constitutionnel⁶⁷. La proposition est donc moins audacieuse qu'elle ne paraît à première vue. Comme l'a expliqué un auteur, « lorsque les normes [...] qu'il convient d'interpréter sont relativement ambiguës, il est intellectuellement et juridiquement intéressant de regarder ce que d'autres cours, dans des situations analogues, ont pu adopter comme raisonnement⁶⁸ ». Cela est vrai particulièrement pour le droit constitutionnel dans des pays de droit civil et mériterait réflexion concernant le contrat d'édition dans l'espace d'intégration juridique que constitue l'OAPI, même si certains auteurs relèvent que le recours aux sources étrangères n'exclut pas l'insécurité juridique⁶⁹.

Au-delà des cas, tel que ceux ci-dessus évoqués, pour lesquels certaines lois sont plus explicites que d'autres, on peut constater quelques différences notables entre des États membres.

Parmi les principales différences notables entre les lois des États membres, on peut observer que certaines prévoient la possibilité de remettre en cause le contrat d'édition pour cause de lésion, alors que cette règle ne figure pas dans d'autres lois. Parmi les textes prévoyant la lésion, une majorité précise que la lésion n'est prise en compte que si elle est au moins de sept-douzième⁷⁰. D'autres n'apportent aucune précision⁷¹. Dans ce cas, c'est le droit commun des obligations qu'il conviendra de consulter pour connaître le seuil. En revanche, dans les États dont la loi sur le droit d'auteur ne prévoit pas la rescision pour lésion, l'auteur ne pourra l'invoquer.

On peut ajouter à la liste des différences que permettent de relever les comparaisons entre les lois des États membres, celles concernant les dispositions relatives à la rémunération proportionnelle. Sur ce point, les sanctions en cas de défaut de stipulation d'une telle rémunération ne paraissent pas identiques d'une loi à l'autre à l'intérieur de l'espace OAPI. Et le texte conventionnel est muet sur la question.

Plusieurs textes ne prévoient ni sanction, ni règle supplétive. Une telle défaillance doit-elle alors être considérée comme entachant de nullité le contrat d'édition ? Sans doute peut-on considérer que faute de précision ou en cas de stipulation d'une rémunération forfaitaire hors des cas prévus par la loi, le contrat serait valable. Cependant, l'auteur aurait droit à une rémunération proportionnelle. Restera à en préciser le pourcentage.

D'autres lois, en revanche, prévoient des règles supplétives palliant le défaut de mention de la

⁶⁵ LDA - Mali, art. 74, LDA- Niger, art. 52.- V. également LDA - Côte d'Ivoire, art. 66 et LDA-Cameroun, art. 44.

⁶⁶ Sur l'intérêt pratique du droit comparé, O. Pfersmann « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit. » *RIDC*. Vol. 53 n°2, avr.-juin 2001. pp. 275. Cet auteur relevait que : « tout juge ou législateur consulte les données étrangères avant de s'aventurer dans la construction d'une nouvelle réglementation, dans la solution d'un cas inédit ».

⁶⁷ D. Maus, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des juges constitutionnels », *RFDC* 2009/4 n°80, p. 675.

⁶⁸ D. Maus, art. cité *supra*, p. 683.

⁶⁹ V. s'agissant du Canada en particulier, C. Lemieux, « Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste », *Revue de Droit de l'Université de l'Université de Sherbrooke*, Vol. 29 (1998-99), p.223, spéc. pp. 226-227.

⁷⁰ V. par exemple, LDA - Côte d'Ivoire, art. 61.

⁷¹ LDA - Mauritanie, art. 65.

participation proportionnelle de l'auteur aux fruits d'exploitation de son œuvre. Tel est par exemple le cas de la loi camerounaise qui dispose que « lorsqu'une rémunération forfaitaire est fixée en violation de la règle [relative à la rémunération proportionnelle], la rémunération s'élève à 20 % des recettes d'exploitation⁷² ».

Par ailleurs, les textes prévoient, majoritairement, au nombre des mentions du contrat d'édition la durée. La quasi-totalité de ces lois n'envisagent pas la sanction du défaut de cette mention. Tout au plus peut-on voir dans certaines lois la disposition selon laquelle, en cas de contrat à durée déterminée, les droits du cessionnaire s'éteignent de plein droit au terme convenu⁷³. Certains textes nationaux relatifs au droit des obligations précisent que sous réserve des dispositions contraires de la loi sur les nullités de droit, le juge apprécie les causes d'annulation du contrat⁷⁴. Néanmoins, il ne semble pas, comme nous l'observons plus haut, que le défaut de mention de la durée justifie l'annulation du contrat.

Il faut plutôt considérer qu'en application du droit commun des contrats, la cession serait consentie pour une durée indéterminée. C'est une interprétation qui ne s'éloigne pas de la jurisprudence ivoirienne. Le Tribunal de

commerce d'Abidjan a, en effet, eu l'occasion de juger que la mention « durée illimitée » ne peut s'interpréter comme une absence de la mention de la durée⁷⁵. Il semble qu'ici il faut plutôt entendre durée indéterminée. Cela impliquerait, de facto, une cession pour la durée de protection. S'agissant d'un contrat à durée indéterminée, l'auteur devrait pouvoir y mettre fin à tout moment conformément au droit commun, en respectant un délai raisonnable de préavis⁷⁶.

L'autre disposition importante à propos de laquelle la différence entre les lois des États membres mérite d'être signalée est le minimum garanti. Ainsi, aux termes de la loi gabonaise, le contrat d'édition doit prévoir une rémunération minimale garantie⁷⁷. Cette exigence n'est pas prévue dans toutes les lois des États membres. La rédaction du texte nigérien, par exemple, permet de conclure qu'au Niger, le minimum garanti n'est qu'une possibilité⁷⁸. Ainsi, dans la loi gabonaise la stipulation d'un minimum garanti est une disposition impérative⁷⁹ alors qu'elle n'est qu'indicative dans le texte nigérien.

Ces différences notables⁸⁰, dont un rapide panorama vient d'être présenté, invitent à envisager les hypothèses d'extranéité à l'intérieur de l'espace OAPI.

⁷² LDA - Cameroun, art. 24.3.

⁷³ LDA - Bénin, art. 42 ; LDA Sénégal, art. 74.4.

⁷⁴ V. par exemple Code malien des Obligations, art. 66.- V. également Code civil guinéen : Article 1079.

⁷⁵ Tribunal de commerce d'Abidjan, 31 déc. 2015, RG n°2777/2015, Bouaffo c/MTN Côte d'Ivoire, inédit. Dans cette décision, l'une des parties soutenait qu'aux termes de la loi ivoirienne, l'absence de mention n'était pas sanctionnée par la nullité. Le tribunal n'y a hélas pas répondu. Une autre interprétation n'est pas à exclure, les nullités étant virtuelles, le silence du texte de l'OAPI et de certains textes nationaux laisse au juge la possibilité de tirer les conséquences concernant ce manquement, alors que pour les autres mentions (défaut d'indication du territoire par exemple), c'est le texte normatif qui exclut la nullité.

⁷⁶ Ce qui n'est pas contraire aux lois sur le droit d'auteur de l'espace OAPI qui rappellent clairement qu'il peut être mis fin au contrat d'édition conformément au droit commun, puis conformément

aux règles spécifiques au contrat d'édition. V. par exemple, LDA - Côte d'Ivoire, art. 70 et LDA - Tchad, art. 69.

⁷⁷ LDA - Gabon, art. 47.

⁷⁸ LDA - Niger, art. 50, al. 2.

⁷⁹ Qui semble atténuée par l'article 54 de la même loi qui prévoit que : « doit faire mention du nombre minimum d'exemplaires constituant le premier tirage, sauf s'il prévoit un minimum de droits d'auteurs garantis par l'éditeur ». Cela permet de considérer, si l'on veut trouver une cohérence entre l'article 47 et l'article 54, qu'un contrat d'édition sera conforme à la loi gabonaise si, à défaut de prévoir un minimum garanti, il précise le nombre d'exemplaires du premier tirage. Ainsi, en l'absence de l'une ou l'autre mention se posera la question de sa validité.

⁸⁰ Qui ne doivent pas faire oublier les très nombreuses ressemblances.

B. Exploration des pistes de résolution de conflits en cas d'éléments d'extranéité

Ainsi, les prédictions de Bartin sur l'impossibilité de supprimer les conflits de lois⁸¹ sont une réalité concernant le contrat d'édition, et la propriété littéraire et artistique en général, dans l'espace OAPI. Les hypothèses de conflits de lois auxquelles le texte supranational de l'OAPI n'offre aucune piste de résolution sont nombreuses. C'est donc hors du corpus normatif annexé à l'Accord de Bangui qu'il convient de poursuivre notre enquête, avec l'espoir de trouver quelques réponses aux questions de droit international privé. Dans le cadre restreint de cette recherche, nous excluons les problèmes de conflits de juridictions pour s'en tenir aux seuls conflits de lois.

À ce jour, c'est surtout dans les lois nationales qu'il faut chercher les réponses⁸². Toutefois, pour la quasi-totalité des États membres de l'OAPI, le droit international privé est en voie d'harmonisation à travers les travaux en cours au niveau de l'OHADA. Une compulsation de ces travaux peut permettre un premier regard prospectif sur le sujet.

S'agissant du droit national, on peut constater qu'en droit positif, certaines lois des États membres désignent la loi du lieu de conclusion du contrat. Tel est le cas du Code mauritanien des obligations et des contrats qui dispose que : les obligations contractuelles sont régies par la loi de l'État du domicile commun des parties si elles résident ensemble et à défaut, par la loi du lieu de conclusion du contrat, « à moins qu'il ne résulte de l'accord des parties ou des circonstances qu'une autre loi s'applique⁸³ ».

⁸¹ E. Bartin, « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *JDI* 1897, p. 225 et s., p. 466 et ss. et p. 720 et ss.

⁸² P. Meyer, « Réflexions relatives aux sources internes en droit international privé burkinabé », *Rev. burkinabé de droit* 1987, p. 435.

⁸³ Mauritanie, Code des Obligations et des Contrats (Ordonnance n°89- 126 du 14 sept. 1989) JO du 25 oct. 1989, art. 10.

Ainsi, pour un contrat d'édition conclu en Côte d'Ivoire entre un éditeur ivoirien et un auteur mauritanien, la règle de droit international privé mauritanienne désignera la loi ivoirienne, sauf si « les circonstances » justifient l'application d'une autre loi. Le moins que l'on puisse dire est que cette notion de « circonstances », ayant pour conséquence l'application d'une autre loi, est plutôt floue.

Dans le même sens, le Code civil gabonais, dispose que : « Faute par les contractants d'y avoir exprimé clairement leur volonté, les contrats sont soumis à la loi du lieu de leur conclusion, à l'exception des contrats relatifs à la constitution ou à la transmission d'un droit réel sur un meuble ou d'un immeuble [...]»⁸⁴.

Se pose alors la question de la localisation du lieu de conclusion d'un contrat d'édition, lorsque l'acte aura été conclu entre absents. On peut, par exemple, imaginer un contrat conclu par courriel entre un éditeur se trouvant en Côte d'Ivoire et un auteur situé en Mauritanie. Quelle est alors le lieu de conclusion du contrat ? Les lois des États membres de l'OAPI retiennent généralement le lieu de l'acceptation. Le Code sénégalais des obligations civiles et commerciales, notamment, dispose que : « entre absents, le contrat se forme comme entre personnes présentes au moment et au lieu de l'acceptation ». En considérant, comme dans le Règlement Rome I, que ce lieu est celui de la réception de l'acceptation⁸⁵, la loi applicable sera celle du pays de l'éditeur car il peut être considéré comme l'offrant qui reçoit l'acceptation de l'auteur⁸⁶.

Dans une précédente étude, nous appelions de nos vœux, à défaut d'une disposition insérée dans le corpus normatif OAPI, l'adoption par

⁸⁴ Code civil Gabonais, art. 55.

⁸⁵ V. également, Avant-Projet OHADA de texte uniforme portant droit général des obligations (ci-après Avant-Projet OHADA), art. 52.

⁸⁶ Cette localisation change, si l'on considère que le lieu d'acceptation est celui d'où elle est émise.

l'OHADA de normes relatives au droit international privé en matière contractuelle⁸⁷. Un avant-projet d'Acte Uniforme, qui semble inspiré par le Règlement Rome I portant droit des obligations, a été publié en 2015⁸⁸ et prévoit plusieurs dispositions de droit international privé. Au regard de la quasi-confusion géographique entre l'espace OHADA et l'espace OAPI, un regard furtif sur ces dispositions n'est pas inintéressant pour voir si l'adoption de ce texte par les États membres de l'OHADA (dont seize sont aussi membres de l'OAPI) permettra de dégager des règles claires applicables au contrat d'édition.

À lecture de l'avant-projet OHADA on constate parmi les dispositions relatives au droit international privé, des articles consacrés aux obligations contractuelles et d'autres aux obligations extracontractuelles. Parmi ces dernières, certaines sont expressément consacrées à la propriété intellectuelle⁸⁹. Parmi celles relatives aux obligations contractuelles, certaines peuvent être applicables en matière de contrat d'édition.

On observera d'abord que le probable futur Acte Uniforme de l'OHADA prévoit que la loi applicable au contrat est celle que les parties auront choisie⁹⁰. Le principe de la loi d'autonomie, déjà appliqué dans les États de l'OAPI et de l'OHADA⁹¹, est donc rappelé dans l'avant-projet de l'OHADA sur le droit des obligations. Les parties ont alors la possibilité

d'insérer dans le contrat d'édition une clause d'*electio juris*.

Le probable futur texte de l'OHADA prévoit également une possibilité de dépeçage du contrat⁹². Dans une telle hypothèse, le juge devra veiller à la protection de l'auteur. En effet, l'autonomie de la volonté ne doit pas tout permettre. Au siècle dernier, Niboyet mettait déjà en garde contre une « hypertrophie du rôle de la volonté ⁹³ » qu'il déplorait et critiquait vivement. En droit d'auteur, l'autonomie de la volonté doit pouvoir être très encadrée. C'est la raison pour laquelle, à juste titre, une partie de la doctrine considère que la *lex contractus* ne peut prétendre « redessiner à la mesure des parties »⁹⁴ l'ensemble du droit d'auteur.

La liberté des parties inclut aussi, selon l'avant-projet OHADA, celle de pouvoir changer la loi applicable⁹⁵ en cours d'exécution du contrat. L'application d'une telle règle au contrat d'édition ne semble possible que si elle n'a pas pour conséquence de choisir une règle moins protectrice pour l'auteur que celle initialement choisie.

Le projet de l'OHADA indique, à l'article 576.1, la loi applicable à plusieurs contrats spécifiques. Le contrat d'édition n'en fait pas partie. L'article 576.2 *in fine* prévoit que « lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 [...] le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ». La prestation caractéristique est

⁸⁷ L.Y. Ngombé, « Mise en œuvre du droit d'auteur dans l'espace OAPI et questions de droit international privé », *JDI Clunet* n° 2, Avril 2006, var. 9, n°27 et 28.

⁸⁸ C. Grimaldi, « Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA », *D.* 2016, p. 648.

⁸⁹ L'Avant-projet mentionne que les règles relatives à la propriété intellectuelle sont prévues, dans la mesure où le corpus normatif de l'OAPI est muet sur ce point. Ce qui est un exemple de la tendance parfois observée de l'OHADA à se placer sur le champ de l'OAPI. Sur cette question, Voir notamment R. Kiminou, « L'OHADA et l'intégration des droits de propriété intellectuelle de l'OAPI : de l'art d'intégrer des droits intégrés », *RRJ* 2016, n°3, p. 1363.

⁹⁰ Avant-Projet OHADA, art. 575.1.

⁹¹ P. Meyer, *Droit international privé burkinabé et comparé*, Namur, éd. André Boland, 1993, n°323 et ss.

⁹² Avant-Projet OHADA, Art. 575.2.

⁹³ JA. Pillet et J.-P. Niboyet, *Manuel de droit international privé*, 2^{ème} édition par J.-P. Niboyet, Librairie du Recueil Sirey, 1928, n°681.

⁹⁴ A. Lucas, « La loi applicable aux contrats d'exploitation des droits d'auteur et des droits voisins », *Mélanges Victor Nabhan*, CPI, Hors-série, éd. Yvon Blais, 2004, p. 289 et s.

⁹⁵ *Ibidem*. V. dans le même sens, Code civil gabonais, art. 55, al. 3.

définie comme « l'obligation fondamentale du contrat dont l'exécution réalise l'effet contractuellement poursuivi par les parties⁹⁶ ». Or, dans le contrat d'édition, cette prestation (suivant la définition de l'avant-projet) correspond à l'obligation d'exploiter de manière permanente et suivie de l'éditeur.

L'application de cette règle conduirait par conséquent à désigner la loi du lieu de résidence habituelle de l'éditeur. Cette résidence correspond à l'établissement principal ou au siège social, suivant que l'éditeur est une personne physique ou une personne morale⁹⁷. Une telle solution n'emporte pas l'adhésion dans la mesure où elle évince la loi du pays de l'auteur, partie faible au contrat.

Une autre possibilité est l'application de la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, soit parce que le contrat ne fait pas partie de la liste de l'article 576.1, soit parce qu'en tout état de cause le contrat présente un lien manifestement plus étroit avec un autre pays que celui visé par l'article 576.2 (dans notre cas, le pays de résidence de la partie devant fournir la prestation caractéristique). Malgré l'engouement pour une telle règle de conflit, il faut bien reconnaître qu'elle peut être source de difficulté⁹⁸.

Face à ces inconvénients du projet en cours, il semble plus indiqué de désigner, ainsi que le propose le professeur André Lucas, la loi du pays de l'auteur. Ce qui pourrait être envisagé, faute de mieux dans le texte OHADA, et idéalement dans un texte de l'OAPI. La loi ainsi désignée ne sera pas forcément la plus favorable à l'auteur. Par exemple, un contrat qui serait conclu entre un auteur résidant au Bénin et un éditeur résidant en Mauritanie serait, à défaut de choix par les parties, régi par la loi du Bénin, pays de l'auteur. Or, la loi du pays de l'éditeur est plus favorable en ce qu'elle prévoit la possibilité d'une rescision pour

lésion. Néanmoins, il semble qu'il s'agisse de la réponse la plus claire et la plus pertinente en cas de conflit de lois, dans la mesure où elle permet une meilleure prévisibilité à la partie la plus faible. Si le texte de l'OHADA est adopté en l'état, il serait souhaitable que le juge considère le pays ayant le lien le plus étroit avec le contrat comme étant celui de l'auteur.

L'avant-Projet de l'OHADA prévoit à l'article 583 les règles de droit international privé relatives à la loi applicable à la forme du contrat. Sur ce point précis, on peut considérer que le texte de l'OAPI résout une partie des difficultés. En cas d'éléments d'extranéité, la question de la forme du contrat d'édition devra, en tout état de cause, être résolue en se référant directement à l'Annexe VII de l'Accord de Bangui qui impose la rédaction d'un écrit, à peine de nullité. Concernant la loi nationale désignée par cette règle de conflit, elle sera consultée, par exemple, concernant les éventuelles mentions obligatoires que doit comporter le contrat d'édition.

Pour terminer ce coup d'œil sur le probable futur Acte Uniforme de l'OHADA relatif au droit des obligations, sans doute faut-il aussi évoquer son article 584 prévoyant que la loi désignée par la règle de conflit régit son interprétation, l'exécution des obligations qu'il engendre et, dans les limites des pouvoirs attribués par le droit processuel du pays désigné, les conséquences de l'inexécution du contrat. Ici aussi, il y a lieu d'observer que la loi désignée suivant le futur droit OHADA ne pourra s'appliquer sans méconnaître certaines dispositions de l'Annexe VII de l'Accord de Bangui.

Par exemple, s'agissant de l'interprétation du contrat d'édition dans l'hypothèse de l'application de la loi gabonaise, si le contrat d'édition ne précise pas le territoire d'exploitation⁹⁹ ou les modes d'exploitations, le juge devra interpréter le contrat en

⁹⁶ Avant-Projet OHADA Droit des Obligations, art. 576.2.

⁹⁷ Projet OHADA, art. 574.1.

⁹⁸ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 1588.

⁹⁹ Hypothèse qui n'est pas envisagée par la loi gabonaise.

convoquant le texte de l'OAPI¹⁰⁰ qui prévoit sur ce point des règles d'interprétation. En effet, malgré la désignation d'une loi d'un État membre par la règle de conflit, il faut garder à l'esprit que le texte de l'OAPI, l'Annexe VII de l'Accord de Bangui constitue le socle commun et que les lois nationales ne sont que complémentaires.

Cette furtive évocation des pistes de résolution des conflits de loi n'épuise pas le sujet. Pour autant, elle permet au moins de jeter la lumière sur quelques questions que suscite ou que susciterait en pratique l'articulation des textes. Cet aspect de l'enquête, comme ceux abordés ci-avant, gagnerait à s'enrichir de plus amples analyses tant le sujet est vaste. Ce que ne permettait pas le cadre restreint de cette étude. Une telle gageure n'entraîne pas dans les objectifs de la présente enquête. C'est la raison pour laquelle on peut conclure, à titre provisoire, en paraphrasant l'*Épilogue* de Jean de La Fontaine¹⁰¹ : « Si la curiosité du lecteur n'est pas assouvie ; Si mon enquête ne paraît pas aboutie ; J'ai du moins, pour l'heure, ouvert le chemin ; D'autres recherches permettront d'y mettre la dernière main »¹⁰².

L. Y. N.

¹⁰⁰ ABR 2015, Annexe VII, art. 43.3 et 43.4.

¹⁰¹ J. de La Fontaine, *Épilogue, Fables*, Livre Onzième.

¹⁰² Vers de la Fable : « Si ceux que j'introduis me trouvent peu fidèle ; si mon œuvre n'est pas assez bon

modèle ; j'ai du moins ouvert le chemin ; d'autres pourront y mettre la dernière main ».

Amérique Latine



Comité Régional Amérique Latine

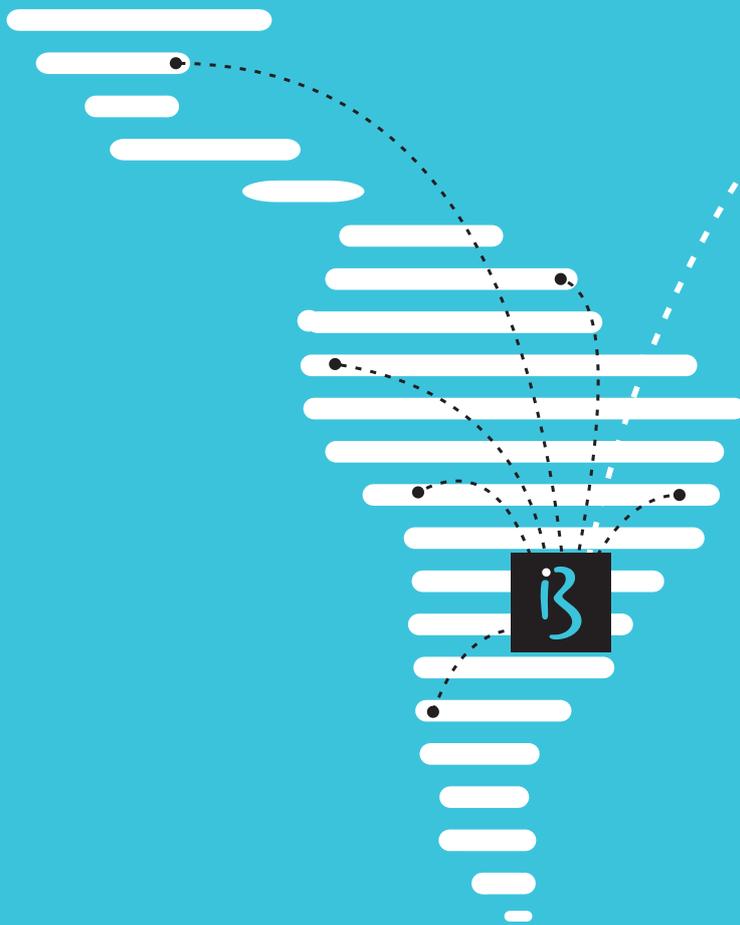
Cynthia SOLIS

Avocate

Lola KANDELAFT

Avocate

Experts en propriété intellectuelle en Amérique latine



Dépôt de demandes
Convention de Paris / PCT

Recherches
d'antériorités

Traduction de
brevets

Commercialisation
de la PI

iB
BERKEN IP

La déchéance de la marque pour défaut d'usage : Cadre du Système Régional de la Communauté Andine des Nations

*Non-Use Cancellation Actions: Framework of the Regional System of the
Andean Community of Nations*

Claudia BARRAQUINO

*Avocate Spécialisée en Propriété Industrielle à l'Institut National pour la Défense de la
Concurrence et la Protection de la Propriété Intellectuelle - INDECOPI au Pérou*

Une marque est l'un des actifs immatériels les plus puissants qu'une entreprise puisse posséder et, par conséquent, son propriétaire doit faire un usage correct du signe distinctif qu'il a choisi pour l'identifier sur le marché. Pour cette raison, l'utilisation de la marque est vitale non seulement pour le bénéfice économique de son titulaire, mais aussi pour générer une relation avec les consommateurs, en transmettant des informations pertinentes sur la qualité du produit, ce qui influencera leurs futures décisions d'achat. Tout au long de cet article, nous allons aborder ce que l'on entend par l'usage d'une marque dans le commerce, qui doit être réelle, efficace et constante, afin d'éviter qu'à travers une éventuelle action en déchéance exercée par un tiers, le propriétaire puisse être déchu de son droit de marque. De même, les principaux aspects de l'exercice d'une action en déchéance seront abordés, ainsi que certains cas de la jurisprudence publiée par l'Indecopi, qui servent à illustrer différents aspects de l'utilisation correcte d'une marque selon la législation en vigueur et montrent les critères qu'applique l'autorité nationale péruvienne compétente en la matière.

A brand is one of the most powerful intangible assets a business can own and, consequently, its owner must make correct use of the distinctive sign he has chosen to identify him in the market. For this reason, the use of a trademark is vital not only for the economic benefit of its holder, but also to generate a relationship with consumers, conveying relevant information on the quality of the product, which will influence their future purchasing decisions. Throughout this article, we will discuss what is meant by the « use » of a trademark in commerce, which must be real, effective and constant, in order to avoid that through a possible trademark cancellation proceeding exercised by a third party, the owner may be deprived of his trademark right. In addition, the main aspects of the exercise of a trademark cancellation action will be addressed, as well as the case-law published by Indecopi, which serve to illustrate different aspects of the correct use of a trademark according to the legislation currently in force and show the criteria that manages the peruvian national authority competent in the matter.

Introduction

Le droit de la propriété industrielle au Pérou, en Colombie, en Équateur et en Bolivie est régi par la Décision 486, norme supranationale de la Communauté Andine des Nations (CAN).

Le régime commun de propriété industrielle de la CAN repose sur un système constitutif de droits qui établit que le droit à l'usage exclusif d'une marque est acquis dès l'enregistrement de celle-ci auprès de l'office national compétent¹. Pour son enregistrement, il n'est pas exigé comme condition préalable que la

¹ Conformément à l'article 154 de la Décision 486.

marque soit utilisée pour pouvoir accéder au registre.

Or, un tel système peut encourager l'enregistrement de marques sans que les déposants aient l'intention de les utiliser sur le marché, une intention de "non-utilisation" qui peut être due à des raisons différentes. Quelles que soient ces raisons, la réalité est qu'une marque enregistrée et non utilisée devient un obstacle inutile pour les entrepreneurs qui souhaitent s'approprier le signe et l'utiliser efficacement sur le marché².

Dans cet ordre d'idées, étant donné que l'enregistrement de la marque confère un droit d'utilisation exclusif à son propriétaire – ce qui peut empêcher un tiers non autorisé d'utiliser ladite marque ou une marque similaire sur le marché – l'action en déchéance de la marque est présentée comme un mécanisme permettant de faire face au problème susmentionné. Ce mécanisme permet en effet de supprimer le droit exclusif du titulaire sur sa marque du fait de son inutilisation. Bien que la norme n'établisse pas l'obligation d'utiliser une marque enregistrée, le défaut d'utilisation de celle-ci par son titulaire inactif – lequel entrave l'enregistrement d'une nouvelle marque avec sa marque enregistrée et non utilisée – est sanctionné³. Par conséquent, l'action en déchéance constitue une forme d'extinction ou de perte d'un droit de marque valablement accordé.

I. Qui peut exercer l'action en déchéance d'une marque pour défaut d'utilisation ?

Tout d'abord, il convient de préciser que la déchéance est une action facultative, qui n'est effectuée qu'à la demande d'un particulier, et non d'office par l'autorité administrative compétente.

En effet, l'article 165 de la Décision 486 établit que l'office national compétent se prononcera sur la déchéance d'une marque à la demande de toute « personne intéressée ». En d'autres termes, pour déposer une action en déchéance pour défaut d'usage, la réglementation en vigueur n'exige pas d'avoir un « intérêt légitime », puisque la qualité de « personne intéressée » est justifiée sur la seule présentation d'une demande en déchéance de la marque. Ainsi, dans les termes visés à l'article précité, le simple fait qu'une personne engage une action en déchéance d'un enregistrement de marque spécifique implique que ledit demandeur ait la qualité de « personne intéressée ».

Dès lors, bien que le titulaire d'une marque enregistrée mais pas effectivement utilisée sur le marché conserve tous les droits exclusifs sur celle-ci, il est confronté à un risque latent de perdre ce droit, dans la mesure où tout tiers intéressé pourrait demander la déchéance pour défaut d'usage et, par la suite, obtenir un droit préférentiel lui permettant de demander l'enregistrement de cette marque.

Ainsi, incombe au titulaire d'une marque la charge de prouver l'utilisation réelle et effective de celle-ci sur le marché dès lors qu'une action en déchéance a été engagée contre ledit enregistrement par un tiers intéressé.

II. Quand une action en déchéance peut-elle être déposée ?

Le deuxième paragraphe de l'article 165 de la Décision 486 établit que l'action en déchéance ne pourra être engagée avant l'expiration d'un délai de trois ans à compter de la date de notification de la résolution qui met un terme à la procédure d'enregistrement de la marque considérée, de sorte qu'une action en

² P. Gamboa Vilela, « La cancelación del registro de una marca por falta de uso: especial referencia a la cancelación parcial », *Revista de Derecho Administrativo*, Lima 2006, p. 225.

³ C. Arana Courrejollas, « La cancelación de la marca por falta de uso », *Revista Themis* n°36, 1997, p. 196.

déchéance ne pourrait être recevable avant ce délai.

Par ailleurs, la demande en déchéance pour défaut d'usage peut également être introduite lorsque la marque en question constitue le fondement d'une opposition. Ladite action est alors utilisée comme mécanisme de défense dans le cadre d'une procédure d'opposition à l'enregistrement d'une marque (« action en déchéance comme moyen de défense »). Dans cette hypothèse, c'est le requérant qui, en répondant à l'opposition formulée, demandera la déchéance de la marque qui constitue le fondement de l'opposition, laquelle sera résolue dans la même procédure.

III. Que faut-il entendre par « utilisation » de la marque sur le marché ?

Pour établir si une marque est utilisée conformément ou non à la Décision 486, il faut répondre à quatre questions: (i) qui doit utiliser la marque (facteur subjectif) ; (ii) comment la marque doit-elle être utilisée (facteur objectif) ; (iii) où doit-elle être utilisée (facteur territorial) ; et enfin, (iv) même lorsque la norme citée n'y fait pas référence, il faut déterminer la période pendant laquelle la marque doit être utilisée (facteur temporel)⁴.

En ce qui concerne le facteur subjectif, la norme dispose que la marque doit être utilisée par son propriétaire, par un licencié ou par une personne autorisée. Bien qu'il soit habituel que le titulaire exploite directement sa marque, il n'est pas rare que certains propriétaires souhaitent le faire par le biais de tiers. À ce propos, il convient de noter que la Décision n'exige aucune formalité pour une telle

autorisation ou l'existence d'un accord de licence signé entre le titulaire et le tiers utilisateur de la marque⁵. En effet, la Commission des Signes Distinctifs de l'Institut National pour la Défense de la Concurrence et la Propriété Intellectuelle (INDECOPI)⁶ considère que, dans les cas où le titulaire de la marque présente des documents délivrés par des tiers comme moyen de preuve d'utilisation – tels que des factures, tickets de vente, publicité, entre autres – ladite preuve est réputée avoir été délivrée par des personnes autorisées, en application du principe de présomption de véracité prévu à l'article IV du Titre Préliminaire de la Loi 27444, Loi Générale sur la Procédure Administrative. À cet égard, il est présumé que les documents et déclarations formulés par les administrés, de la manière prescrite par ladite loi, correspondent à la réalité des faits qu'ils affirment.

Concernant le facteur objectif, le concept "d'usage" est défini par la loi. Dans le cas des Pays Membres de la Communauté Andine, l'article 166 de la Décision 486 établit qu'une marque est réputée utilisée sur le marché :

« Lorsque les produits ou services qu'elle distingue ont été mis ou sont disponibles sur le marché sous cette marque, dans la quantité et la manière qui correspondent normalement, compte tenu de la nature des produits ou services et les modalités selon lesquelles ils sont commercialisés sur le marché ».

Il en découle que l'utilisation de la marque doit être réelle, efficace et continue, ce qui requiert une présence effective et constante des produits ou services sur le marché. Autrement dit, les produits ou services identifiés par ladite

⁴ P. Gamboa Vilela, « La cancelación del registro de una marca por falta de uso: especial referencia a la cancelación parcial », *Revista de Derecho Administrativo*, Lima 2006, p. 227.

⁵ À ce sujet, il faut tenir compte du fait que dans le cas où l'autorisation se manifeste par un accord de licence de marque, la norme n'établit pas comme une condition que ledit contrat soit enregistré dans les Registres de la Propriété Industrielle administrés par l'INDECOPI.

⁶ L'INDECOPI constitue l'autorité compétente au Pérou pour l'octroi des certificats de marques et d'autres signes distinctifs ; elle est aussi compétente pour connaître et résoudre en première et dernière instance administrative, les procédures contentieuses concernant la propriété industrielle, c'est-à-dire, les oppositions, les actions en déchéance, les actions en nullité et les actions en contrefaçon.

marque doivent être accessibles au public sur le marché.

Ainsi, un usage sérieux ne pourra être démontré par la seule publicité réalisée ou l'intention d'utiliser la marque en question. À ce sujet, il est nécessaire d'analyser les preuves d'usage en tenant compte de la nature du produit. La Commission des Signes Distinctifs sera plus exigeante lors de l'analyse de l'utilisation d'une marque qui identifie des produits et/ou services de consommation massive tels que des produits alimentaires de grande consommation, des vêtements, des boissons alcoolisées et non alcoolisées, des services de restauration, que dans le cas d'un produit ou d'un service qui n'est pas souvent acquis (un véhicule aquatique, par exemple). Normalement, dans le premier cas, la Commission exigera des preuves démontrant une acquisition effective des produits ou services identifiés par la marque en question. Au contraire, dans le cas de produits ou services qui ne sont pas destinés à la consommation massive, l'autorité administrative sera un peu plus flexible lors de l'analyse des preuves d'usage.

D'après les critères appliqués par la Commission des Signes Distinctifs, dans le cas de l'action en déchéance de la marque **TOTAL**⁷, enregistrée pour distinguer des appareils et instruments photographiques, cinématographiques, optiques, de pesage, de mesure, entre autres, la Commission a établi que « bien que les preuves fournies par le titulaire de la marque consistent en des photos du magasin péruvien PROMART HOMECENTER et de la société équatorienne SOYODA, dans lesquelles les produits identifiés par ladite marque ont été proposés à la vente, aucun document dans le dossier ne démontre l'acquisition effective des produits identifiés avec la marque et le logo TOTAL par

des consommateurs péruviens ou andins. En effet, à la discrétion de cette Commission, la publicité et la mise à disposition du public des produits mentionnés, ne permettent pas de déterminer la commercialisation effective des produits identifiés par la marque dont la déchéance est envisagée, de la manière qui correspond à la nature desdits produits, conformément à l'article 166 de la Décision 486 ».

De plus, on pourra également qualifier l'usage à titre de marque lorsqu'elle distingue exclusivement des produits exportés de l'un des pays membres de la CAN⁸. Par conséquent, une utilisation valide de la marque ne peut être envisagée en matière d'importation de produits à destination de l'un des pays membres de la CAN et en provenance d'un pays tiers.

Concernant l'usage effectif de la marque, le dernier paragraphe de l'article 166 de la Décision 486 établit que celle-ci doit être utilisée sous la forme enregistrée. Autrement dit, elle doit comporter les mêmes caractéristiques que le logo figurant sur le certificat d'enregistrement⁹, dès lors qu'il s'agit d'une marque mixte ou figurative. Seules les variations minimales non substantielles seront acceptées, ainsi que des détails ou éléments qui n'altèrent pas le caractère distinctif de la marque.

Par exemple, dans le cas de l'action en déchéance contre la marque **BIOLAX**, la Commission des Signes Distinctifs a établi que, bien que ladite marque soit initialement constituée du nom BIOLAX écrit en lettres stylisées, et que les preuves présentées montrent l'utilisation du même nom, mais sans les lettres stylisées (c'est-à-dire BIOLAX), un tel usage ne modifie pas le caractère distinctif de la marque analysée¹⁰.

⁷ Critère adopté par la Commission des Signes Distinctifs de l'INDECOPI, 20 déc. 2019, Résolution n° 5856-2019/CSD-INDECOPI.

⁸ Conformément à l'article 166 de la Décision 486.

⁹ P. Gamboa Vilela, « La cancelación del registro de una marca por falta de uso: especial referencia a la

cancelación parcial », *Revista de Derecho Administrativo*, Lima 2006, p. 228.

¹⁰ Critère adopté par la Commission des Signes Distinctifs de l'INDECOPI, 06 fév. 2020, Résolution n° 401-2020/CSD-INDECOPI.

Au contraire, dans le cas de l'action en déchéance contre la marque LA CAJAMARQUINA FORTIFICADA et son logo



, la Commission des Signes Distinctifs a établi que la marque dont la déchéance est envisagée et le signe LA



CAJAMARQUINA et son logo, qui apparaissent dans les preuves, diffèrent. « Bien que les deux signes montrent le nom LA CAJAMARQUINA et l'image d'une femme portant une tresse avec un récipient à la main et un champ vert en arrière-plan, ils ont une police différente dans chaque cas, ainsi qu'une combinaison différente des éléments chromatiques, graphiques et un arrangement différent ». Par conséquent, la Commission a conclu que lesdites variations modifient le caractère distinctif de la marque qui fait l'objet de l'analyse¹¹.

S'agissant du facteur territorial, la Décision 486 considère que l'usage peut être attesté dans n'importe quel pays membre de la CAN (la Bolivie, la Colombie, l'Équateur et le Pérou). À titre d'exemple, une utilisation valide d'une marque enregistrée au Pérou, conformément à la norme applicable, pourrait être démontrée par la présentation de preuves d'usage uniquement en Colombie.

Enfin, il convient de noter que seule l'utilisation faite au cours des trois dernières années précédant l'introduction d'une action en déchéance est pertinente. En ce sens, les pièces fournies doivent apporter la preuve d'une utilisation de la marque uniquement pendant la période pertinente (facteur temporel).

¹¹ Critère adopté par la Commission des Signes Distinctifs de l'INDECOPI, 17 juin 2020, Résolution n° 2176-2020/CSD-INDECOPI.

IV. Charge de la preuve

Selon le principe juridique de la charge de la preuve, quiconque prétend un fait doit le prouver. Cependant, en matière de déchéance, il y a un renversement de la charge de la preuve. Celle-ci est transférée au titulaire¹² de la marque et n'incombe pas à la partie demanderesse de l'action en déchéance, qui allègue précisément que la marque en question n'a pas été utilisée.

Pour cette raison, c'est le titulaire qui devra fournir les preuves nécessaires afin de démontrer l'usage de sa marque sous la forme prévue par la législation applicable.

Parmi les moyens de preuve qui peuvent être proposés pour démontrer l'utilisation effective d'une marque figurent les justificatifs de paiement, les factures, les inventaires de marchandises, les catalogues, la publicité, les contrats, entre autres moyens de preuve appropriés.

V. Déchéance Partielle

L'article 165 de la Décision 486 établit que :

« Lorsque la non-utilisation d'une marque n'affecte qu'un ou certains des produits ou services pour lesquels la marque a été enregistrée, une réduction ou une limitation de la liste des produits ou services inclus dans l'enregistrement de la marque sera ordonnée, éliminant ainsi ceux pour lesquels la marque n'a pas été utilisée ; pour cela, l'identité ou la similitude des produits ou services sera prise en compte ».

Compte tenu de ce qui précède, si les pièces présentées ne prouvent pas que la marque a été utilisée pour distinguer les produits ou services pour lesquels elle a été enregistrée, le signe fera l'objet d'une déchéance totale. Au contraire, si l'utilisation est démontrée pour certains des produits ou services désignés dans l'enregistrement, la liste des produits ou

¹² Conformément à l'article 167 de la Décision 486.

services sera simplement restreinte ; et, par conséquent, ladite marque sera partiellement déchue. Autrement dit, la marque restera valable pour les produits ou services pour lesquels l'usage aura été prouvé.

Ainsi, la finalité de l'action en déchéance est de garantir que la protection accordée à une marque ne se limite qu'aux produits ou services effectivement commercialisés ou fournis sur le marché.

C'est pour cela que la norme établit une obligation pour l'autorité administrative (et non une faculté) de procéder à la déchéance partielle de l'enregistrement et de maintenir le titre en vigueur uniquement en ce qui concerne les produits ou services pour lesquels l'usage de la marque a été effectivement rapporté, afin que le registre des marques soit le plus fidèle à la réalité du marché.

VI. Les justes motifs en cas de non-usage de la marque

Cependant, le défaut d'utilisation de la marque par son titulaire peut ne pas être sanctionné. En effet, selon le dernier alinéa de l'article 165 de la Décision 486, le titulaire d'une marque ne peut être déchu de son droit lorsqu'il démontre que l'absence d'usage est dû, entre autres, à un cas de force majeure ou à un cas fortuit.

À ce sujet, la Cour de Justice de la Communauté Andine examine les critères établis par la doctrine¹³ pour identifier certaines situations telles que la force majeure ou le cas fortuit :

« En droit public, le professeur VEDEL¹⁴, lorsqu'il traite la question de la force majeure, la qualifie comme « un événement en dehors de

l'activité de l'auteur présumé ; qui est imprévisible et irrésistible ».

Il distingue avec le cas fortuit en raison du « caractère externe de la force majeure ».

À titre d'exemple par rapport à ce qui précède, il commente : « Si la foudre ou un orage peuvent constituer un cas de force majeure, l'éclatement d'un pneu ou la rupture d'une pièce mécanique, même si le conducteur d'une voiture ne peut être blâmé, est un simple cas fortuit non indemnisable ».

Tout d'abord, le cas de force majeure se caractérise par son imprévisibilité. Un événement raisonnablement prévisible n'est pas constitutif d'un cas de force majeure. Le cas de force majeure est également irrésistible, ce qui signifie que la production des dommages n'a pu être empêchée. L'effet de la force majeure est d'exonérer complètement l'auteur apparent du dommage, et c'est logique car le dommage est en fait dû à une cause extérieure qu'il ne pouvait pas prévoir et auquel il ne pouvait pas résister »¹⁵.

En général, les cas fortuits ou de force majeure sont tous deux produits par des faits de la nature et/ou de l'homme, lesquels seront évalués de manière casuistique.

Les causes qui justifient la non-utilisation d'une marque sur le marché ne doivent pas dépendre du titulaire de ladite marque. Seules les causes qui dépassent la volonté du propriétaire seront admises, telles que les cas de force majeure ou cas fortuit, comme les restrictions à l'importation et d'autres exigences officielles imposées aux produits ou services protégés par la marque¹⁶.

En outre, l'obtention de permis et le respect des spécifications établies par des lois spéciales (tel que le respect de la procédure relative à

¹³ Ces mêmes critères sont également appliqués par la Commission des Signes Distinctifs dans des affaires relevant de sa compétence.

¹⁴ G. Vedel, *Derecho Administrativo*, Edit. Biblioteca Jurídica Aguilar, Primera Edición, Traducción de la 6ª edición francesa por Juan Rincón Jurado, Madrid-España, 1980, p. 320.

¹⁵ Interprétation Préjudicielle, Cour de Justice de la Communauté Andine, 27 oct. 1999, 15-IP-99.

¹⁶ Critère adopté par la Chambre Spécialisée sur la Propriété Intellectuelle de l'INDECOPI, 29 déc. 2008, Résolution n° 3256-2008/TPI-INDECOPI.

l'obtention d'autorisations sanitaires) ne constituent pas un juste motif en cas de non-usage, car il ne s'agit pas d'événements imprévus. Dans ce contexte, il est noté que le titulaire de la marque aurait pu et aurait dû prévoir les situations susmentionnées.

De plus, la Chambre Spécialisée en Propriété Intellectuelle de l'INDECOPI a établi que le titulaire d'une marque qui vise à justifier le défaut d'usage de celle-ci par le fait de ne pas avoir l'enregistrement sanitaire accordé par le DIGEMID¹⁷, ne pourra pas invoquer comme cause justificative le délai dont bénéficie ladite autorité administrative pour l'évaluation des demandes d'inscription au registre sanitaire, car il constitue une période prévisible pour les administrés. Toutefois, dans l'hypothèse où l'autorité administrative susvisée subirait un retard¹⁸ dans la procédure, ledit délai constituerait un événement imprévisible pour l'administré et donc susceptible de justifier le défaut d'usage d'une marque¹⁹. Ainsi, dans le cas précis de l'action en déchéance contre la marque **Cepacol**²⁰, enregistrée pour distinguer des produits pharmaceutiques, entre autres, le titulaire a réalisé des actes antérieurs depuis le 30 avril 2016 visant à se conformer aux exigences d'enregistrement du produit pharmaceutique devant le DIGEMID, qui a été demandé devant ladite autorité administrative le 20 avril 2018 ; cependant, le délai pour répondre à la demande a expiré le 19 juillet 2018, de sorte que ledit processus, à ce jour-là, a un retard de plus d'un an et huit mois. Ainsi, compte tenu du fait que l'obtention de l'enregistrement sanitaire auprès de l'autorité administrative (DIGEMID) constitue un facteur déterminant pour la commercialisation des produits pharmaceutiques que distingue la

marque, et qu'un retard imprévisible a été encouru dans le processus d'obtention de celle-ci, ladite Chambre a conclu qu'il n'était pas possible pour le titulaire d'utiliser sa marque enregistrée sur le marché, car il avait besoin de l'enregistrement préalable effectué par l'autorité administrative précitée. En ce sens, la Cour de Justice de la Communauté Andine s'est prononcée en déclarant que si la procédure d'octroi de l'autorisation de mise sur le marché d'un produit pharmaceutique par les autorités sanitaires est retardée, ce retard constituerait une justification de l'absence d'utilisation de la marque du produit pharmaceutique correspondant²¹.

De la même manière, ne constituent pas non plus des causes justificatives pour le défaut d'utilisation d'une marque, le manque de ressources financières, économiques ou commerciales pour fabriquer et/ou distribuer les produits identifiés par ladite marque ; la difficulté ou l'impossibilité de vendre les produits désignés ; ou encore la situation de crise économique que le pays où la marque est enregistrée peut traverser²².

VII. Droit préférentiel

Conformément à l'article 168 de la Décision 486, la personne qui obtient un résultat favorable dans une procédure de déchéance (à savoir, la partie demanderesse) obtiendra un droit préférentiel à formuler une demande d'enregistrement de la marque déchue.

Ainsi, le droit préférentiel implique un avantage temporel par rapport aux tiers. En effet, la norme confère à celui qui a obtenu un résultat favorable dans une action en déchéance, le droit de demander

¹⁷ Direction Générale des Médicaments, des Fournitures et des Substances Narcotiques, qui est un organisme appartenant au Ministère de la Santé (MINSA) du Pérou.

¹⁸ Le terme « retard » doit être compris comme la période supplémentaire ou excédentaire ajoutée au délai légalement établi pour que l'autorité administrative procède à l'octroi de l'enregistrement sanitaire demandé par l'administré.

¹⁹ Critère adopté par la Chambre Spécialisée sur la Propriété Intellectuelle de l'INDECOPI, 05 déc. 2019, Résolution n° 2002-2019/TPI-INDECOPI.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Journal officiel de l'Accord de Carthagène, n° 528, 26 janv. 2000.

²² D'après les critères appliqués par la Commission des Signes Distinctifs de l'INDECOPI.

L'enregistrement de la même marque pendant une période maximale de trois mois après l'émission, par l'instance administrative, de la résolution mettant fin à la procédure de déchéance. En conséquence, le dépôt d'une demande d'enregistrement de la marque dans ce délai, effectué par un tiers, ne pourra être opposé à l'enregistrement d'une demande ultérieure dans laquelle un droit préférentiel a été invoqué sur la base d'une action en déchéance d'une marque initiée antérieurement²³.

Il ressort que le droit préférentiel n'est pas une conséquence systématique de l'action en déchéance, qu'elle soit totale ou partielle. En effet, la personne qui obtient une issue favorable dans une procédure de déchéance peut décider de ne pas exercer ledit droit de préférence, étant donné que ce droit est seulement facultatif. Même si celui-ci est exercé, ladite personne peut le faire valoir seulement entre la date du dépôt de l'action en déchéance et jusqu'à trois mois à compter de la date à laquelle la résolution administrative mettant fin à l'action devient définitive. Après quoi, la marque déchue sera à nouveau disponible pour toute personne souhaitant en demander l'enregistrement, c'est-à-dire qu'elle devient une *res nullius*²⁴.

Le droit préférentiel, en ce qu'il n'implique pas l'enregistrement automatique de la marque déchue par la personne qui obtient la déchéance partielle ou totale de celle-ci, n'est pas un droit absolu. Autrement dit, son exercice ne suppose pas, pour celui qui l'invoque, un accès infaillible au registre.

En effet, pour exercer valablement le droit préférentiel, la partie demanderesse devra solliciter l'enregistrement du signe distinctif litigieux ; c'est-à-dire qu'elle devra procéder à un nouveau dépôt de la marque, dont la demande sera examinée par l'autorité

compétente. Celle-ci doit vérifier que la marque demandée est conforme aux exigences juridiques correspondantes et que les droits des tiers précédemment acquis ne sont pas violés, y compris les droits détenus par le titulaire de la marque qui a fait l'objet de l'action en déchéance.

Compte tenu de ce qui précède, deux moments doivent être distingués. Le premier, relatif à l'action en déchéance, et dans lequel l'utilisation effective et réelle de la marque pour les produits ou services mentionnés dans l'enregistrement doit être prouvée ; et, le second, en relation avec l'exercice du droit préférentiel dérivé de ladite action. Nous sommes donc confrontés à deux scénarios qui traitent de sujets différents.

En définitive, le droit préférentiel n'accorde qu'une priorité temporelle²⁵ – dérivée de l'exercice dudit droit – permettant ainsi de solliciter l'enregistrement d'une marque qui aurait été déchue, mais dont la demande fera nécessairement l'objet d'un nouvel examen. C'est alors au moment où l'autorité administrative évalue la demande d'enregistrement du signe distinctif – déposé sur la base d'un droit préférentiel – qu'il sera déterminé si celui-ci pourra accéder au registre, après que l'examineur aura vérifié l'absence de motifs de refus tels que prévus par la réglementation applicable.

Conclusion

Chaque marque a vocation à être utilisée, dans la mesure où ce n'est que lorsqu'une marque est appliquée à un produit ou service disponible sur le marché, qu'elle est consolidée en tant que signe distinctif, et qu'elle remplit alors sa fonction essentielle d'identification d'origine, propre à toute marque.

²³ Critère adopté par la Commission des Signes Distinctifs de l'INDECOPI, 27 fév. 2015, Résolution n°349-2015/CSD-INDECOPI.

²⁴ C. Arana Courrejollés, « La cancelación de la marca por falta de uso », *Revista Themis* n°36, 1997, p. 197.

²⁵ R. Metke Mendez, « El uso obligatorio de la marca bajo la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina », *Revista Estudios Socio-Jurídicos de Colombia*, vol. 9, num. 2, juill.-déc., 2007.

Ainsi, l'objectif d'une action en déchéance est d'établir une concordance entre le registre et la réalité de l'utilisation réelle et effective de la marque en question sur le marché.

En effet, en excluant du registre les marques pour lesquelles il n'a pas été prouvé un usage effectif et constant sur le marché des produits et services visés dans l'enregistrement, et à défaut de justes motifs, l'action en déchéance permet d'élaguer le registre des marques. Dès lors, le but est d'empêcher qu'une marque enregistrée et non utilisée puisse constituer un obstacle à l'entrée d'une autre marque dont le titulaire aurait l'intention de l'utiliser efficacement. À défaut, serait compromise la fonction principale de la marque, laquelle est un outil de compétitivité sur le marché.

Pour toutes ces raisons, l'action en déchéance, qu'elle soit totale ou partielle, vise à circonscrire la protection de l'enregistrement de la marque aux produits ou services qui ont été effectivement commercialisés ou fournis sur le marché et mis à la disposition des consommateurs.

C. B.

L'enjeu de la liberté d'expression dans les œuvres biographiques non autorisées

Unauthorized biographies: a Brazilian Supreme Court leading precedent on freedom of speech vs. privacy rights

José Roberto d’Affonseca GUSMÃO

*Docteur en Droit à l’Université de Strasbourg
Professeur à l’Université Catholique de São Paulo (PUC -SP)
Partenaire fondateur du cabinet Gusmão & Labrunie Advogados*

Laetitia Maria Alice Pablo D’HANENS

*DEA en Droit Comparé à l’Université Libre de Bruxelles,
Professeure invitée à l’École Supérieure des Avocats (ESA-SP) et à l’École de Droit de São Paulo (EPD)
Partenaire de Gusmão & Labrunie Advogados*

La Constitution brésilienne de 1988 consacre la protection de droits fondamentaux tels que la liberté d'expression et la préservation de la vie privée sans établir, entre ceux-ci, une hiérarchie formelle. L'exercice de ces droits engendrant souvent des conflits, notamment en ce qui concerne les œuvres biographiques non autorisées, la question fut soumise à l'appréciation de la Cour Suprême par le biais d'une demande de déclaration d'inconstitutionnalité partielle, « sans réduction du texte » de l'article 20 du Code Civil (Loi n° 10.406/2002), lequel dispose que "la divulgation des écrits, la transmission de la parole, ou la publication, l'exposition ou l'utilisation de l'image d'une personne" sont soumis à l'autorisation préalable de la personne biographiée ou de ses héritiers. Cette étude examinera la décision rendue par la Cour Suprême en 2015 à propos de ladite demande (action directe d'inconstitutionnalité n° 4815), ainsi que les critères de pondération entre ces deux droits fondamentaux, selon lesquels la liberté d'expression, conjuguée avec l'impératif constitutionnel d'interdiction à la censure, jouit d'une position de primauté par rapport aux droits de personnalité. L'arrêt de la Cour établit l'interprétation constitutionnelle des règles du Code Civil à partir de cette primauté, en déclarant que, pour la publication et divulgation des œuvres biographiques, le consentement des personnes concernées ou faisant l'objet de ce portrait narratif, n'est pas exigible, sans préjudice des remèdes constitutionnels pour la réparation des dommages éventuellement causés par l'exercice abusif de ce même droit fondamental.

Fundamental rights such as the freedom of speech and privacy are equally safeguarded under the Brazilian Constitution of 1988, with no formal hierarchy between them. As the exercise of those rights frequently leads to conflicts, namely when it comes to unauthorized biographies, the question was submitted to the assessment of the Supreme Court for by means of a claim for partial declaration of unconstitutionality, "with no reduction of text" of article 20 of the Civil Code (Law n° 10.406 / 2002), which states that "the disclosure of writings, the transmission of speech, or the publication, exhibition or use of the image of a person" are subject to the prior authorization of the biography subject or his heirs. This article examines the decision rendered by the Supreme Court in 2015 on said lawsuit (Unconstitutionality Direct Claim n° 4815), as well as the criteria for balancing these two fundamental rights. The Court declared that the freedom of speech, combined with the constitutional imperative rule forbidding censorship, enjoys a primacy position over privacy rights when related to public subjects. The ruling establishes the

constitutional interpretation of the Civil Code rules on the basis of this primacy, declaring that, for the publication and disclosure of biographical works, the consent of the biographed subjects is not mandatory, without prejudice to the constitutional remedies and indemnities arising from the abusive exercise of this same fundamental right.

Introduction

Le débat sur le conflit entre la liberté d'expression et la préservation de la vie privée – droits fondamentaux consacrés par la Constitution brésilienne de 1988 – a ressurgi au cours des dix dernières années, particulièrement en ce qui concerne les œuvres biographiques non autorisées, avec le Projet de Loi n° 393/2011¹. Celui-ci proposait la modification de l'article 20 du Code Civil (Loi n° 10.406/2002)², dont la rédaction soumettait, de manière générale, à une autorisation préalable « la divulgation des écrits, la transmission de la parole, ou la publication, l'exposition ou l'utilisation de l'image d'une personne ». Fondant sa finalité sur l'élimination « d'une forme de censure privée » permise par cet article, le projet de loi prévoyait l'inclusion d'un nouveau paragraphe, selon lequel « la simple absence d'autorisation n'empêche pas la divulgation d'images, d'écrits et d'informations à finalité biographique de la personne dont la trajectoire personnelle, artistique ou professionnelle aurait une dimension publique ou s'insérerait dans des événements d'intérêt pour la collectivité ».

Face à l'abandon du Projet de Loi, le débat autour la disposition contestée du Code Civil continua de se poursuivre auprès des cours, et

finalement remonta jusqu'au Tribunal Suprême Fédéral³ par le biais de l'Action Directe d'Inconstitutionnalité (ADI) n° 4815, engagée par l'Association Nationale des Éditeurs de Livres (ANEL), et à laquelle se sont joints plusieurs autres associations, admises à la demande en tant *qu'amicus curiae*. L'objet central de cette demande était la « déclaration d'inconstitutionnalité partielle, sans réduction du texte » des articles 20 et 21 du Code Civil brésilien de 2002⁴.

Selon la partie demanderesse, les cours brésiennes auraient interprété de façon trop extensive lesdits dispositifs légaux, de façon à interdire « la publication et la transmission d'œuvres de nature biographique, littéraires ou audiovisuelles (...) en fonction de l'absence d'autorisation préalable des personnes biographiées ou des personnes décrites en tant que personnes de second rôle dans leur histoire (ou d'héritiers, dans le cas des personnes décédées) ».

En effet, jusque-là, les décisions judiciaires déterminant le retrait de circulation ou la prohibition de divulgation de plusieurs biographies se multipliaient, privant ainsi le public brésilien, temporairement ou définitivement, de l'accès à des œuvres portant sur des personnalités d'intérêt historique et

¹Ce Projet de Loi n° 393/2011 fut présenté à la Chambre des Députés le 15 février 2011.

² Art. 20. "Sauf en cas d'autorisation, ou de nécessité pour l'administration de la justice ou le maintien de l'ordre public, la divulgation des écrits, la transmission de la parole ou la publication, l'exposition ou l'utilisation de l'image d'une personne peuvent être interdites, à sa sollicitation et sans préjudice des indemnités qui peuvent s'appliquer, si celles-ci portent atteinte à son honneur, sa bonne renommée ou sa respectabilité, ou si celles-ci sont destinées à des fins commerciales."

Paragraphe unique. Dans le cas d'une personne décédée ou absente, le conjoint, les ascendants ou les descendants seront parties légitimes et auront le droit de demander cette protection. »

³ Cour constitutionnelle brésilienne.

⁴ L'article 20 fut mentionné dans la note 3. "Art. 21. La vie privée de la personne physique est inviolable et le juge, à la demande de l'intéressé, prendra les mesures nécessaires pour empêcher ou mettre fin à un acte contraire à cette règle."

culturel, de vraies icônes de la mémoire collective nationale⁵.

L'Association Nationale des Éditeurs de Livres a soutenu auprès de la Cour Suprême que de telles décisions portaient atteinte à la liberté d'expression et d'information protégées par la Constitution Fédérale et que :

« des personnes dont la trajectoire personnelle, professionnelle, artistique, sportive ou politique, aurait pris une dimension publique, jouissent d'une sphère privée et d'intimité naturellement plus étroite. Leur histoire de vie se confond avec l'histoire collective dans la mesure de leur insertion dans des événements d'intérêt public. De cette sorte, exiger une autorisation préalable du biographié (ou de ses héritiers, dans le cas des personnes décédées) emporte la consécration d'une vraie censure privée à la liberté d'expression des auteurs, historiens et artistes en général, et au droit d'information de tous les citoyens ».

⁵ Parmi celles-ci, des décisions ont condamné à l'oubli les biographies de Garrincha, un joueur de football brésilien des plus renommés (TJRJ, MS n° 221/96, Rel. Des. Humberto Paschoal Perri, jugé le 26.06.1996), Roberto Carlos, chanteur populaire très connu (TJRJ, Procédure n° 0006890-06.2007.8.19.0001), Lampião, un héros populaire historique (Procédure n° 0038627-20.2011.8.25.0001, 7ème Chambre Civile d'Aracaju, Juge Aldo Albuquerque de Mello, jugé le 10 avr. 2012) et João Guimarães Rosa, l'un de plus consacrés auteurs de langue portugaise (TJRJ, Procédure n° 0180270-36.2008.8.19.0001). Dans ce dernier cas, la décision a été réformée par le Tribunal, et la fille du biographié (partie demanderesse) a été condamnée en appel à payer des indemnités à l'auteur de l'œuvre en tant que dommages moraux (Appel Civil n° 90800-46.2010.8.09.0051, TJGO, 4^a Chambre Civile, rel. Dr. Sebastião Luiz Fleury, jugé le 21 mai 2015). Parmi les personnes publiques politiques, une série de télévision à propos de l'ex-président Fernando Collor de Mello a aussi fait l'objet d'une décision d'interdiction de diffusion (TJRJ, Appel Civil 1994.001.01380, Rel. Des. Perlingeiro Lovisi, jugé le 07 juin 1994).

⁶ Par exemple, l'article du professeur de l'Université Fédérale Fluminense, Ronaldo Vainfas (accessible à <http://www.revistadehistoria.com.br/secao/reportagem/o-interesse-publico-no-privado>) et celui du journaliste Roberto DaMatta (accessible à

Une audience publique a eu lieu devant la Cour Suprême du Brésil le 21 novembre 2013, et fut marquée par la présence d'écrivains, d'éditeurs et de personnalités iconiques de la culture brésilienne. S'en sont suivis de nombreux articles académiques et journalistiques sur le sujet⁶, maintenant la polémique, jusqu'au jugement historique de l'ADI 4815 le 10 juin 2015.

Presque cinq ans après cette décision emblématique, les discussions à propos de la liberté d'expression et de la censure sont à nouveau au centre des attentions. Le gouvernement fédéral, comptant sur une large base d'appui religieux et de tendance conservatrice, menace de privatiser l'Agence Nationale du Cinéma (ANCINE) dans le cas où « des filtres »⁷ ne seraient pas appliqués pour le financement de la production audiovisuelle nationale⁸. Plus récemment, la Cour Suprême a de nouveau été saisie pour assurer le respect des droits fondamentaux suite à la

<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,paradoxos-1086291,0.htm>).

⁷ Expression utilisée par le Président de la République, révélateur de la censure exercée.

⁸ Conformément à ce qui a fait l'objet de large critique, le Président aurait déclaré "Le gouvernement a changé, et il s'appelle Jair Bolsonaro. De droite, défenseur de la famille et respectueux des religions. Quand on parle de l'ANCINE, d'une forme ou d'autre, il y a de l'argent public dans cette agence. Et alors, vous voulez faire un film à propos de Bruna Surfistinha ? [L'histoire d'une « escort girl » brésilienne connue dans les années 2000] Je ne suis pas en train de censurer. Mais ce genre de film je n'en veux pas. Vous insistez ? Nous allons finir avec l'ANCINE. La première mesure, il y a un décret gouvernemental pour le déplacer à Brasilia. Pas de problème de l'enlever de Rio de Janeiro. L'agence sera sous notre main" (accessible à <https://entretenimento.uol.com.br/noticias/redacao/2019/08/05/bolsonaro-ataca-ancine-e-filme-de-bruna-surfistinha-esse-tipo-eu-nao-querho.htm>). Une pièce publicitaire de la Banque du Brésil, publique, a été interdite du fait de montrer une personne transgenre ainsi que des jeunes tatoués, et le directeur de marketing de la banque a été viré (accessible à <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/04/27/bolsonaro-volta-a-defender-veto-a-propaganda-do-banco-do-brasil.ghtml>).

promulgation de normes limitant les ressources destinées à la production des télévisions publiques et soumettant l'ANCINE à la tutelle du Ministère de la Chambre Civile, rattaché au centre décisionnel de la Présidence⁹.

Cet article a pour but d'étudier les fondements de la décision de 2015, selon laquelle, face à l'apparent conflit entre droits fondamentaux, la liberté d'expression est davantage en position de primauté que d'infériorité hiérarchique, comme l'exprime l'arrêt : « La liberté n'est pas un droit achevé. C'est une bataille sans fin ».

I. Le droit fondamental à la liberté d'expression

Au Brésil, la consécration de la liberté d'expression en tant que droit fondamental a subi plusieurs troubles dans cette traversée de la corde raide qui caractérise la construction démocratique du pays et de ses successives constitutions¹⁰.

La Constitution de 1988, en vigueur, issue de cette bataille historique connue comme la "redémocratisation", a accordé une place toute particulière à ce droit fondamental. D'une part, sous une dimension individuelle, la liberté

d'expression trouve sa source à l'article 5, IV et IX¹¹, qui assure à chaque personne la possibilité de manifester ses pensées et/ou les fruits de ses activités créatives, artistiques, scientifiques ou communicatives. D'autre part, sous une dimension sociale, la liberté d'expression engendre le droit de rechercher, recevoir et diffuser des informations à propos de tout et n'importe quel sujet, indépendamment de la censure ou de la nécessité d'une licence, conformément à l'article 5, IX et XIV¹². Il s'agit d'assurer la protection constitutionnelle de la libre information de tout propos, bien qu'elle se rapporte à des particuliers, à la condition que l'information soit d'intérêt général. En bref, la liberté d'informer et d'être informé.

Ces instructions impératives sont confirmées par l'article 220¹³ de la loi majeure qui interdit la censure et toute autre forme de restriction aux libertés fondamentales. L'interdiction de la censure, de cette sorte, s'élève au statut de principe gardien de l'interprétation de toute autre disposition constitutionnelle et de pilier de la libre pensée. L'ampleur rédactionnelle de l'article 220 impose l'interdiction de la censure non seulement aux actes de l'État (au sein des

⁹ Une Plaidoirie d'Infraction à un Principe Fondamental ("Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 614) a été présenté pour demander que le Décret 9.919/2019, qui soumet le Conseil Supérieur du Cinéma au Ministère de la Chambre Civile, et la directive qui suspend la notification des productions audiovisuelles soient annulés. Le 4 novembre 2019, la Cour Suprême a organisé une audience publique à propos des "Libertés Publiques d'Expression Artistique, Culturelle, de Communication et du Droit à l'Information" (accessible à <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=428829>).

¹⁰ La censure et des limites à la liberté d'expression furent établis dans les Constitutions de 1934 (article 113, 9) et de 1946 (article 141, §5^o), modifiées par l'Acte Institutionnel n° 2, de 1967 (article 150, §8^o) et remplacé par l'Acte Institutionnel n° 5 (1968), qui a fondé le régime dictatorial militaire au Brésil.

¹¹ Article 5 - « Tous sont égaux devant la loi, sans distinction d'aucune sorte, garantissant aux Brésiliens et aux étrangers résidents dans le pays l'inviolabilité du

droit à la vie, à la liberté, à l'égalité, à la sécurité et à la propriété, conformément aux termes suivants :

(...) IV - l'expression de la pensée est libre, l'anonymat est interdit ;

(...) IX - l'expression de l'activité intellectuelle, artistique, scientifique et de communication est libre, indépendamment de censure ou de licence ; »

¹² « (...) XIV - l'accès à l'information est assuré à tous et la confidentialité de la source est garantie, lorsque nécessaire à l'exercice de la profession ; ».

¹³ Art. 220. La manifestation de la pensée, la création, l'expression et l'information, sous toute forme, processus ou véhicule que ce soit, ne subiront aucune restriction, sous réserve des dispositions de la présente Constitution.

Paragraphe 1 - Aucune loi contiendra des dispositions pouvant constituer un obstacle à la pleine liberté d'information journalistique dans tout média, sous réserve des dispositions de l'art. 5e, IV, V, X, XIII et XIV.
§ 2 - Toute censure de nature politique, idéologique et artistique est interdite. »

trois pouvoirs), mais également au sein des rapports privés, entre particuliers.

La Constitution en vigueur, première charte promulguée après la fin du régime dictatorial, veille donc à préserver l'État démocratique tout en protégeant les outils qui le bâtissent : le pluralisme et le libre débat.

II. Droit et responsabilité

Si le droit à la liberté d'expression jouit de cette position de primauté, ce droit ne peut se suffire à lui-même et nécessite d'être mis en balance avec d'autres droits. En effet, celui qui exerce sa liberté d'expression de manière abusive verra sa responsabilité engagée et aura par conséquent, le devoir d'indemniser la personne qui en souffrira un potentiel dommage découlant de cet exercice abusif. Au niveau social, droit et devoir se conjuguent en un étroit rapport de correspondance afin de responsabiliser celui qui, en exerçant une liberté, nuit ou cause des dommages à autrui. L'équilibre de ce modèle est assuré par la consécration constitutionnelle des droits de réponse et de réparation des dommages en tant que droits fondamentaux, conformément à l'article 5, V : « le droit de réponse est assuré, proportionnel au grief, en plus de l'indemnité pour dommage matériel, moral ou d'image »¹⁴.

Ainsi, l'équilibre systémique entre droit et devoir empêche que la liberté d'expression puisse être utilisée comme un rempart protecteur pour celui qui, sous réserve d'exercer un droit fondamental, envahit la sphère de protection juridique d'autrui dans son droit, tout aussi fondamental, de préservation de son image : « Le Droit ne réserve pas un lieu d'immunité absolue d'agir lors de l'exercice des droits de sorte à porter atteinte ou préjudice aux droits d'autrui. L'action libre est une action responsable. Celui qui agit doit répondre par ses actes (...) »¹⁵.

Il faut donc comprendre l'ampleur de la protection constitutionnelle accordée à l'intimité et à la vie privée, en Droit brésilien, pour déterminer les fondements de la décision de la Cour Suprême dans l'appréciation d'une telle protection à l'égard de la liberté d'expression, dans les œuvres biographiques.

III. La protection à l'intimité, à la vie privée et à l'honneur

Au Brésil, jusqu'à la Constitution de 1988, cette protection était bâtie sur la législation infra-constitutionnelle, par la voie pénale et sur les textes des crimes contre l'honneur ou du régime de protection civile des droits de la personnalité. De nos jours, l'article 5 X de la Constitution ne laisse pas de place au doute quant à la valeur juridique de ces droits. Ils sont inclus parmi ceux considérés comme fondamentaux : « X - l'intimité, la vie privée, l'honneur et l'image des personnes sont inviolables, étant assuré le droit à la réparation pour dommages matériels ou moraux résultant de leur violation ».

Les auteurs de la doctrine brésilienne spécialisés dans ce domaine différencient les concepts d'intimité, de vie privée et d'honneur.

Le droit à l'intimité porterait sur la préservation des multiples aspects de la vie privée, dans sa dimension personnelle, familiale et même entrepreneuriale, par des mécanismes de défense à l'égard des intrusions, des indiscretions ou autres atteintes par des tiers. De la sorte, les confidences, les informations, les mémoires, les images, les écrits ou les journaux intimes, portant sur la vie amoureuse, la santé, les affections, les habitudes domestiques et même les activités économiques d'un individu devraient être sauvegardés dans la mesure où leur divulgation est restreinte à un cercle limité de

¹⁴ L'image référencée par l'article 5, V de la Constitution comprend non seulement la représentation ou le portrait d'une personne mais

notamment son image sociale, sa réputation, son honneur et sa considération par ses concitoyens.

¹⁵ Avis du Ministre Carmen Lúcia, ADI 4815/DF (p. 93).

personnes (le cercle d'amitié et d'affection), épargnée de la curiosité publique¹⁶.

En revanche, le dispositif constitutionnel détacherait ce concept de celui de vie privée : « (...) l'intimité fut considérée comme un droit distinct des droits à la vie privée, à l'honneur et à l'image des personnes (...), la vie privée est considérée comme l'ensemble des informations sur l'individu à propos desquelles il peut décider de le garder sous son contrôle exclusif, ou communiquer, en décidant à qui, quand, où et dans quelles conditions, sans y être légalement obligé »¹⁷.

Le droit à la protection de l'honneur, quant à lui, aurait un lien avec la réputation et la considération sociale dues à chaque citoyen, afin d'assurer la dignité humaine et la paix dans la convivialité collective¹⁸. En effet, la sauvegarde de l'honneur découle, essentiellement, de l'ineffable curiosité morbide inhérente à la vie sociale et à la nature humaine, de persécuter l'autre, de se comparer et de connaître les limites de la psyché et du comportement, les faits tragiques et choquants qui maintiennent tant de chaînes de communication. La maîtrise de cette curiosité vorace, qui pourrait provoquer des dommages et douleurs irréparables, s'impose au système juridique.

Indépendamment des frontières souples ou rigides entre les notions d'intimité, de vie privée, d'honneur et d'image, l'ordre juridique brésilien veille à la protection de ces droits et les rend opposables tant à l'égard de l'État que vis-à-vis de la collectivité sociale. En outre, leur violation engendre non seulement le devoir de réparation matérielle mais également d'autres formes de réparation, comme, par exemple, le droit de réponse, la publication des éléments de correction et les indemnités dues au titre du dommage moral¹⁹.

¹⁶ C. A. Bittar, *Os Direitos da Personalidade*, 6e éd.. São Paulo: Editora Forense, 2003, p. 135.

¹⁷ J. A. Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 5^a éd., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 100, cité par le Ministre Carmen Lúcia dans son avis à l'ADI 4815.

¹⁸ C. A. Bittar, *Os Direitos da Personalidade*, *op. cit.*, p. 135.

Dans le contexte des œuvres de nature biographique, la tension entre droit et devoir, liberté et responsabilité, se révèle d'autant plus palpitante, et cela est aggravé par les dispositions du Code Civil, dans leur interprétation consacrée par les juridictions.

IV. L'interprétation des articles 20 et 21 du Code civil jusqu'à la décision de 2015

L'interprétation directe et immédiate des dispositions du Code Civil brésilien conduisait à un paradoxe : la restriction d'un droit fondamental, celui de la liberté d'expression, par une règle prévue dans une loi hiérarchiquement inférieure, qui exigeait le consentement des biographiés (ou de ses héritiers, en cas des personnes décédées) pour la divulgation des œuvres de nature biographique :

« Art. 20. Sauf en cas d'autorisation, ou de nécessité pour l'administration de la justice ou le maintien de l'ordre public, la divulgation des écrits, la transmission de la parole ou la publication, l'exposition ou l'utilisation de l'image d'une personne peuvent être interdites, à sa sollicitation et sans préjudice des indemnités qui peuvent s'appliquer, si celles-ci portent atteinte à son honneur, sa bonne renommée ou sa respectabilité, ou si celles-ci sont destinées à des fins commerciales.

Paragraphe unique. Dans le cas d'une personne décédée ou absente, le conjoint, les ascendants ou les descendants seront parties légitimes et auront le droit de demander cette protection.

Art. 21. La vie privée de la personne physique est inviolable et le juge, à la demande de l'intéressé, prendra les mesures nécessaires

¹⁹L. R. Barroso, « Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa » (accessible à http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm).

pour empêcher ou mettre fin à un acte contraire à cette règle. »

L'interprétation littérale de ces dispositifs pourrait induire et effectivement a conduit à l'interdiction de divulgation d'ouvrages contenant des faits et des images personnelles en l'absence d'autorisation de la personne concernée ou de ses héritiers. Les exceptions se limitaient à des circonstances de maintien de l'ordre public ou une nécessité pour l'administration de la justice.

Autrement dit, tout ce qui n'était pas autorisé par la personne concernée ou qui ne pourrait pas s'encadrer dans les autres hypothèses d'exception était sujet à l'interdiction de divulgation, ce qui faisait l'objet de profondes critiques²⁰, au regard de l'atteinte à la liberté d'expression.

Dans ce contexte, l'action directe d'inconstitutionnalité (ADI 4815) engagée en 2012, a eu pour objectif de remettre en question la validité de l'interprétation attribuée par les cours nationales aux articles 20 et 21 du Code Civil, lesquelles, selon le rapport de l'arrêt, produiraient un « effet de censure, silence et distorsion sur l'historiographie sociale, la construction de la mémoire collective et la production de la culture nationale, en décourageant le travail des historiens et des auteurs en général (...) et en créant un monopole des biographies autorisées ou « manipulées » dans lesquelles l'histoire ne serait racontée que par ses protagonistes, avec l'omission actuelle de faits moins flatteurs »²¹.

Il fallait donc harmoniser les normes civiles en pondérant des droits fondamentaux prévus par la Constitution et en considérant la nature particulière des œuvres biographiques.

V. La nature historiographique des biographies

La compréhension de la nature des œuvres biographiques (peu importe leur forme d'expression) joue un rôle essentiel pour l'instauration d'un équilibre entre les droits fondamentaux de liberté d'expression et celui de protection de l'intimité et de la vie privée. La décision cadre de l'ADI 4815 introduit un nouveau regard sur les faits ou les informations relevant de la vie privée d'une personne dans une perspective sociale : « Pour le dénouement de la question amenée sous examen dans cette demande, on ne peut manquer de souligner le droit à l'information, garanti par la Constitution comme fondamental, et qui comprend le droit d'obtenir et de divulguer des informations sur des données, des qualités, des faits d'intérêt de la communauté, bien que ressortissant d'affaires privées, mais avec une expression ou des effets collectifs »²².

Les biographies cherchent à raconter des faits et relater des informations issues de la vie de personnes ayant fait l'objet d'une certaine exposition sociale. Il s'agit de mettre en lumière des habitudes, mœurs, rapports, et interrelations de tout ordre, relatives non seulement au sujet biographié, mais aussi au moment historique et culturel dans lequel cette personne s'insère. Cette dimension historiographique donne lieu à un nouveau rapport entre l'individu et le milieu auquel il appartient : le sujet de droit en tant que cellule du tissu de convivialité sociale, celle-ci n'étant rien d'autre qu'un l'ensemble d'expériences particulières. Le jugement de l'ADI n'a pas ignoré cet aspect : « Par une biographie, non

²⁰ L'article 20 du nouveau Code Civil (...) est déraisonnable, car il valorise les biens constitutionnels d'une manière contraire aux valeurs sous-jacentes à la Constitution. L'option du législateur, prise a priori et au mépris du bien constitutionnel de la liberté d'information, peut et doit être écartée par l'interprétation constitutionnelle » L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, « Droit à l'information x droit à

la vie privée. Le conflit des droits fondamentaux », Forum: Débats sur Justice et Citoyenneté, *Revue de l'AMAERJ*, n. 5, 2002, p. 15.

²¹ Avis du Ministre Luis Roberto Barroso, ADI 4815/DF (p. 155).

²² Avis du Ministre Carmen Lúcia, ADI 4815/DF (p. 86).

seulement la vie de l'individu est écrite, mais l'histoire d'un peuple, les voies de la société »²³.

Sur le plan des droits constitutionnels, les œuvres biographiques reposent sur deux piliers : leur élaboration constitue l'exercice de la liberté artistique de création et de manifestation de pensée des auteurs, biographes, qui est indépendante de la censure ; tandis que leur divulgation s'appuie sur le droit d'information dont bénéficie toute la société, pour la construction et préservation de son histoire et de sa mémoire.

VI. Pondération entre liberté d'expression et vie privée antérieurement à la décision de la Cour Suprême

De multiples critères se conjugaient dans l'exercice de pondération des droits constitutionnels fondamentaux en question avant la décision de référence de la Cour Suprême, parmi lesquels il faut souligner les points suivants²⁴ :

- **Véracité du fait** : seule l'information véridique peut jouir de la protection constitutionnelle, ce qui impose à l'auteur le devoir de vérifier de bonne foi et avec des paramètres de raisonnement ;
- **Lieu du fait** : les événements qui se produisent dans des lieux privés (le domicile de la personne concernée, par exemple) jouiraient d'une protection plus élargie, tandis que ceux qui se déroulent dans des lieux publics, comme les places, les rues ou tout endroit d'accès public (les restaurants, les halls des hôtels, entre autres) pourraient faire l'objet de divulgation. Il en va de même pour les faits ou informations qui proviennent de

sources publiques (documents d'accès public et déclarations publiques du biographé, par exemple) ;

- **Intérêt public dans la divulgation du fait** : bien que cet intérêt soit présumé pour tout fait vraisemblable, la personne concernée aurait le droit de démontrer l'existence d'un intérêt privé exceptionnel devant être déterminé, qui prévaut sur la liberté d'expression et sur le droit collectif à l'information ;
- **Licéité des moyens d'obtention de l'information** ;
- **Rôle public ou essentiellement privé de la personne faisant objet de l'information** : les personnes qui exercent des fonctions publiques ou les personnalités notoires jouiraient d'une sphère de protection plus étroite en ce qui concerne leur droit à la vie privée.

Quant à ce dernier critère, tant la doctrine que les tribunaux s'alignent sur cette interprétation selon laquelle les citoyens communs sont plus protégés par le droit à l'intimité que les personnes publiques ou célèbres, car celles-ci, auraient renoncé à une partie de leur protection au titre de la vie privée, étant donné leur choix de vie et leur rôle :

« Les personnes d'une certaine notoriété ne peuvent s'opposer à la diffusion de leur propre image ni à la divulgation des événements de leur vie. L'intérêt public prime, dans ces cas, au détriment de l'intérêt privé ; les gens, tout en ayant un intérêt à connaître l'image des hommes célèbres, aspirent également à connaître le cours et les étapes de leur vie, leurs actions et leurs réalisations ; et, en fait, ce n'est que par une telle connaissance qu'un jugement peut être formé sur leur valeur »²⁵.

C'est dans ce sens que se sont exprimées les tribunaux lors des litiges entamés par les

²³ Avis du Ministre Carmen Lúcia, ADI 4815/DF (p. 135).

²⁴ L. R. Barroso, « Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação.

Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa », préc.

²⁵ *Os Direitos de Personalidade*, traduit par A. Vera Jardim et A. M. Caeiro, Livraria Moraes, Lisboa, 1961, p. 146.

héritiers des ex-présidents du Brésil à l'encontre des maisons d'édition ayant publié des articles ou livres de nature biographique sur ces personnages de l'histoire du pays²⁶.

Il existait déjà, donc, une construction jurisprudentielle de pondération et d'harmonisation entre les droits fondamentaux de liberté d'expression et de protection de la vie privée, en présence même des articles 20 et 21 du Code Civil, lorsque la révision interprétative de ces articles fut l'objet de l'action directe d'inconstitutionnalité sous examen.

VII. La décision de la Cour Suprême et ses fondements

Sur le plan strictement constitutionnel, la Cour Suprême affirma l'absence de tout conflit entre les droits fondamentaux de liberté d'expression et de protection de l'intimité, de la vie privée et de l'honneur, par le biais d'une interprétation intégrative et cohésive de la Constitution.

Il a été retenu que malgré l'absence de hiérarchie entre droits fondamentaux, le droit à la liberté d'expression, conjugué avec l'impératif d'interdiction de la censure, en tant qu'instrument de préservation du pluralisme, de l'investigation historique, artistique et culturelle, inhérents à l'État démocratique de Droit, jouit d'une position de primauté par rapport aux droits de la personnalité. Si ces derniers subissent des atteintes ou violations, en vertu de l'exercice de la liberté d'expression par un tiers, la Constitution elle-même offre des paramètres d'accommodation pour cet apparent conflit, tout en assurant aussi le droit à réparation et indemnisation (conformément à l'article 5, V déjà mentionné).

En d'autres termes, le législateur Constitutionnel a cherché un équilibre entre

l'atteinte à la liberté de pensée, l'un des piliers démocratiques, et la violation de la vie privée et de l'intimité d'un individu par l'expression artistique ou littéraire d'autrui. Cet exercice de pondération a été particulièrement mis en lumière par la Cour Suprême :

« Une telle option n'ignore pas le danger que l'exercice des libertés de communication soit abusif et produit des préjudices injustes. Cependant, elle découle de la reconnaissance, historiquement prouvée, de l'impossibilité d'éliminer les risques d'abus a priori sans compromettre la démocratie elle-même et les autres valeurs essentielles protégées, telles que la dignité humaine, la recherche de la vérité et la préservation de la culture et de la mémoire collectives. Dans une société démocratique, il vaut mieux supporter les coûts sociaux résultant de tout dommage causé par l'expression que le risque de sa suppression. Il en résulte la nécessité de donner à la liberté d'expression une plus grande marge de tolérance et d'immunité et d'établir l'interdiction de la censure »²⁷.

La position de primauté de la liberté d'expression est ainsi justifiée :

« (...) L'impossibilité de hiérarchiser les droits fondamentaux n'empêche pas le système constitutionnel de donner une position privilégiée à certains biens juridiques et d'établir des positions de préférence *prima facie* par rapport à certains principes ou valeurs dotés d'une haute valeur axiologique. C'est précisément le cas de la liberté d'expression. La Charte de 1988 a incorporé un système de protection renforcé aux libertés d'expression, d'information et de la presse, reconnaissant une priorité *prima facie* de ces libertés publiques en collision avec d'autres intérêts légalement

²⁶ La publication d'extraits du journal de l'ancien Président Juscelino Kubitschek a été mise en question par ses filles (Appel Civil n. 95.250-4, TJSP, 3ème Chambre de Droit Privé, Rel. Des. Alfredo Migliore, jugé le 6 juin 2000, v.u.) ainsi que la publication d'un livre à propos du frère de l'ex-Président Fernando

Collor de Mello (Appel n° 260.256-1/9, TJSP, 7ème Chambre de Droit Privé, Des. Rel. Júlio Vidal, jugé le 26 août 1998, v.u.).

²⁷ Avis du Ministre Luis Roberto Barroso, ADI 4815/DF (pp. 162-163).

protégés, y compris les droits de la personnalité »²⁸.

La Cour Suprême brésilienne, dans cet arrêt emblématique, a donc érigé cinq fondements philosophiques ou théoriques pour justifier cette position de primauté octroyée à la liberté d'expression dans la hiérarchie de la Constitution de 1988²⁹ :

- La fonction essentielle jouée par la liberté d'expression dans la préservation de la démocratie ;
- La protection de la dignité humaine elle-même, considérant que le droit à la libre manifestation de la pensée et le droit d'accès à toute pensée manifestée par des tiers sont essentiels au libre développement de la personnalité, à l'autonomie et à la réalisation existentielle des individus ;
- L'assurance du procès collectif de recherche de la vérité considérant que le fait de rendre muettes les manifestations et les opinions librement exprimées porte préjudice à la construction historique, car « ce n'est que dans la collision d'opinions contraires qu'il est possible de s'approcher de la vérité » ;
- La fonction instrumentale de la liberté d'expression pour l'exercice et la jouissance des autres droits fondamentaux dans leur plénitude ;
- La préservation de la culture et de l'histoire de la société.

Finalement, et de manière décisive, l'interdiction de la censure (publique ou privée) s'ajoute à ces fondements en tant qu'impératif gardien de la Constitution brésilienne consacrée, n'oublions-pas, après plus de vingt ans au pouvoir d'un régime qui nuisait à toute liberté civique.

Ainsi, le régime constitutionnel en matière de liberté d'expression est celui de la responsabilisation ultérieure (civile et pénale)

de ceux qui l'ont exercé de manière abusive, et pas celui de l'interdiction préalable.

En outre, si une telle position de primauté est assurée à la liberté d'expression au niveau constitutionnel, lors d'un apparent heurt avec d'autres droits fondamentaux, le même privilège a été retenu par la Cour Suprême dans la pondération de cette liberté par rapport à des dispositifs légaux infra-constitutionnels.

Autrement dit, la Cour Suprême n'a pas été appelée à définir une solution unique pour tout potentiel conflit relatif à l'élaboration d'une œuvre biographique, mais a été notamment saisie pour vérifier si la Loi civile détient la prérogative de déterminer, a priori et de façon abstraite, la prévalence des droits à l'honneur, à l'intimité et à l'image, au détriment de la liberté d'expression, en soumettant les biographies à l'autorisation des personnes concernées.

En effet, par l'attribution aux biographiés et à leurs héritiers du droit potestatif d'autorisation préalable, les articles du Code Civil faisant l'objet de discussion poseraient à l'avance et arbitrairement le potentiel conflit des droits fondamentaux, et cela en faveur des droits de la personnalité, ce qui ne peut pas être admis d'un point de vue systémique.

Considérant en tant que bases :

- Les droits fondamentaux à la libre pensée et son expression ;
- Le droit d'accès à l'information (lequel se dédouble dans le droit d'informer et d'être informé), dans le contexte duquel les biographies constituent des sources documentées historiques ;
- L'interdiction de la censure, par l'État ou par un particulier ;
- La définition constitutionnelle du devoir de réparation de celui qui viole l'intimité, la vie privée et l'honneur d'un tiers, protégées également en tant que droits fondamentaux ;

²⁸ Avis du Ministre Luis Roberto Barroso, ADI 4815/DF (pp. 157 et s.).

²⁹ Avis du Ministre Luis Roberto Barroso, ADI 4815/DF (pp. 160 et s.).

- La prémisse selon laquelle la norme infra-constitutionnelle ne peut limiter ou restreindre des droits fondamentaux consacrés.

La Cour Suprême a accueilli la demande présentée sous cette action directe d'inconstitutionnalité pour établir l'interprétation constitutionnelle des articles 20 et 21 du Code Civil, sans réduction de leur texte, en déclarant que, pour la publication et la divulgation des œuvres biographiques, le consentement des personnes concernées ou faisant l'objet de ce portrait narratif, soit en tant que sujet principal ou secondaire, n'est pas exigible, sans préjudice des possibilités de réparation en cas d'exercice abusif, conformément aux remèdes constitutionnels.

Conclusion

La décision de la Cour Suprême ne constitue pas un « laissez-passer » face à toute situation de conflit entre les droits fondamentaux examinés dans cette brève étude. Chaque magistrat continuera à être appelé à opérer un contrôle de proportionnalité des droits en présence lors d'un conflit les opposant.

Une telle pondération, lors de l'application des directives constitutionnelles à une situation de fait, assure la santé de l'ordre juridique. Le Droit cherchera toujours à accompagner les mouvements de l'histoire et des comportements sociaux.

Compte tenu de la situation de ce pays dont la démocratie récente est encore très souvent menacée par des vents autoritaires, la consécration des libertés d'expression et de manifestation de la pensée par la Cour Suprême émerge comme l'assurance vitale de la poursuite du développement de l'État de Droit.

J. R. G. & L. d'H.

Europe



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

Docteur en droit privé

Dusan POPOVIC

Professeur à l'Université de Belgrade, Serbie

Ciprian Raul ROMIȚAN

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

Eric SERGHERAERT

*Professeur, Université Lille, membre du
CRDP – l'ERADP*

Les procédures d'intervention des autorités douanières en droit suisse

Procedures for assistance by the customs authorities under Swiss law

Laurent MUHLSTEIN

*Avocat au Barreau de Genève
Associé de l'étude Junod, Muhlstein, Lévy & Puder
Chargé de cours à la Haute École Spécialisée de Suisse occidentale*

Le droit suisse de la propriété intellectuelle permet d'obtenir l'intervention des autorités douanières dans de nombreux domaines : le droit des marques¹, des brevets d'invention², des designs (dessins et modèles)³, d'auteur⁴, du contrôle des métaux précieux⁵ ou encore des topographies de produits semi-conducteurs⁶. Par mesure de simplicité, il ne sera fait référence ci-après qu'au droit des marques, étant précisé que les dispositions similaires se retrouvent dans les autres lois mentionnées. C'est au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit des marques⁷, le 1er avril 1993, que le législateur a permis aux titulaires de droits immatériels de requérir l'intervention des douanes pour retenir les produits illicites. Le 1er juillet 2008, le droit des brevets a été modifié ; cela a en outre permis de modifier les autres lois de propriété intellectuelle⁸. Les titulaires de droits immatériels disposent dorénavant de davantage de prérogatives. Le présent article vise à décrire les procédures d'intervention des autorités douanières en droit suisse.

Swiss intellectual property law allows the customs authorities to intervene in many areas: trademarks, patents, designs, copyright, control of precious metals and semi-conductor topographies. For the sake of simplicity, reference will be made hereafter to trademark law, it being specified that similar provisions are to be found in the other laws mentioned. When the new trademark act entered into force on 1 April 1993, the legislator allowed holders of intellectual property rights to request customs intervention to withhold illicit goods. On 1 July 2008, the patent law was amended; this also made it possible to amend other intellectual property laws. The holders of intellectual property rights now have more prerogatives. The purpose of this article is to describe the intervention procedures of the customs authorities under Swiss law.

¹ Loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance (LPM), RSDF (recueil systématique du droit fédéral) 232.11 ; art. 70-72h.

² Loi fédérale sur les brevets d'invention (LBI), RS 232.14 ; art. 86a-86k.

³ Loi fédérale sur la protection des designs (LDes), RS 232.12 ; art. 46-49.

⁴ Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA), RS 231.1 ; art. 75-77h.

⁵ Loi fédérale sur le contrôle du commerce des métaux précieux et des ouvrages en métaux précieux (LCMP), RS 941.31 ; art. 22a.

⁶ Loi fédérale sur la protection des topographies de produits semi-conducteurs, RS 231.2 ; art. 12.

⁷ 28.08.92 (FF – Feuille fédérale – 1991 I 1).

⁸ FF 2006 1.

I. Demande d'intervention douanière

Parmi les moyens d'action du titulaire de droits immatériels, au nombre desquels on compte la saisie, la confiscation et la destruction des produits contrefaisants, la sanction de l'auteur des actes illicites et l'indemnisation du lésé, qui est le titulaire des droits immatériels, il faut ajouter les mesures visant à empêcher l'importation, l'exportation et le transit de produits contrefaisants.

Peut déposer une demande d'intervention douanière le titulaire de la marque (art. 71 al. 1 de la loi fédérale sur la protection des marques, LPM), le preneur de licence « ayant qualité pour agir » (à savoir le licencié exclusif, si le contrat de licence ne l'exclut pas explicitement ; art. 55 al. 4 LPM), l'ayant droit à une indication de provenance et l'association économique ou professionnelle ayant qualité pour intenter une action civile (art. 56 LPM).

La demande doit se fonder sur des indices sérieux permettant de soupçonner l'imminence de l'importation, de l'exportation ou du transit de contrefaçons (à savoir de produits sur lesquels la marque, un signe similaire ou encore l'indication de provenance a été illicitement apposée). Sans indices sérieux, le requérant doit fournir des indices concrets (infractions constatées en Suisse ou dans des pays limitrophes), la liste des droits immatériels pertinents, leur aire de protection ainsi que la liste des produits concernés (et la comparaison entre les produits authentiques et les produits contrefaisants).

Si toutes les conditions sont remplies, la direction générale des douanes (DGD) rend une décision d'octroi de la surveillance dans les 40 jours suivant la réception de toutes les pièces justificatives (art. 55 al. 1bis OPM). La décision admettant que l'intervention est valable deux ans – sauf si la demande a été déposée pour une

durée inférieure – et est renouvelable (art. 55 al. 2 OPM).

II. Rétention des produits

Au moment de l'introduction en Suisse du produit contrefaisant, l'Administration fédérale des douanes (AFD) informe le requérant (titulaire des droits ou son licencié) et le déclarant, possesseur ou propriétaire des produits, et retient ces derniers pendant dix jours ouvrables (art. 72 al. 1 LPM), délai prolongeable une fois de dix jours ouvrables (art. 72 al. 3 LPM). En matière de métaux précieux, la loi ne prévoit pas de délai de rétention. En pratique, l'autorité compétente – le Bureau central du contrôle des métaux précieux – retient les produits pendant une durée de trente jours non-prolongeable.

Le bureau de douane transmet au requérant le nom et l'adresse du déclarant, du possesseur ou du propriétaire, une description précise et le nombre des produits retenus, ainsi que le nom de l'expéditeur en Suisse ou à l'étranger desdits produits (art. 56 al. 2 OPM).

Même s'il n'y est pas contraint, le requérant a tout intérêt à inclure dans sa demande d'intervention la destruction des produits (art. 72c al. 1 LPM). L'AFD en informe alors le déclarant, possesseur ou propriétaire des produits lors de l'envoi de l'avis de rétention des produits (art. 72c al. 2 LPM).

L'approbation du destinataire des produits est nécessaire pour faire détruire ces derniers (art. 72d al. 1 LPM). Elle est cependant tacite depuis le 1^{er} juillet 2008 (art. 72d al. 2 LPM), ce qui évite d'inutiles et fastidieuses relances de la part du titulaire des droits ou de son licencié.

En cas de refus de destruction, le titulaire des droits ou son licencié doit obtenir (et non uniquement requérir!), de l'autorité judiciaire, des mesures provisionnelles (art. 72 al. 2 LPM)¹. Il est donc nécessaire de les requérir suffisamment tôt pour qu'elles soient octroyées

¹ L. Ehrler, in *Propriété intellectuelle, Commentaire romand*, J. de Werra et P. Gilliéron (dir.), Bâle, 2013, p. 1233, ch. 14 ad art. 72 LPM et les références citées.

avant l'échéance du délai. Même si la loi ne le précise pas, ces mesures sont civiles (requête de mesures superprovisionnelles, *ex parte*) ou pénales².

III. Exception d'usage privé

Il existe deux types de rétentions douanières : le trafic touristique (voyageur, principalement capillaire) et le trafic postal. Aux termes de l'article 13 al. 2*bis* LPM, introduit le 1^{er} juillet 2008, le titulaire de la marque peut faire valoir les droits prévus à l'art. 13 al. 2, d) LPM (monopole de l'importation, de l'exportation et du transit), même si l'importation, l'exportation ou le transit de produits de fabrication industrielle sont effectués à des fins privées³. L'article 65a LPM ajoute que les actes précités ne sont pas (pénalement) punissables.

Encore faut-il définir l'usage privé : s'agit-il d'un usage non-commercial ou uniquement d'un usage strictement personnel, plus restreint ? Le Tribunal fédéral a rendu un arrêt de principe en 1988, selon lequel une montre achetée à l'étranger pour son propre usage, puis importée en Suisse et dont l'acheteur reconnaît ensuite qu'elle est une contrefaçon, ne doit pas être confisquée lorsque l'acheteur n'a d'autre intention que de continuer à l'employer pour son propre usage⁴. La condition « dans les affaires » (maintenue dans le code pénal actuel) n'est en effet pas réalisée.

Quelques années plus tard, le Tribunal fédéral a confirmé que l'utilisation à des fins personnelles n'était pas punissable⁵. On notera à ce titre que l'article 9 al. 1 LDes (loi fédérale sur les designs) est plus précis que l'article 13

LPM, puisqu'il interdit l'usage du design (dessin et modèle) à des fins industrielles.

La notion d'usage privé a été élargie dans une décision genevoise, l'offre (illicite) de produits contrefaisants visant toute aliénation, y compris la donation⁶. En 2004, le tribunal de Bülach (où l'aéroport de Zurich Kloten se trouve) a jugé que l'importation de six montres falsifiées de marques différentes peut, en application de la règle selon laquelle le doute profite à l'accusé, constituer un usage privé, si cela semble plausible⁷.

Selon un autre arrêt, plus raisonnable, il faut considérer que la finalité commerciale de l'importation de marchandises contrefaites étant difficile à prouver, elle peut découler d'indices, tel que le nombre de contrefaçons, mais également d'autres circonstances. Il existe des indices d'une destination commerciale lorsqu'une personne, au chômage depuis deux ans, qui n'a pas un besoin particulier d'autant de montres différentes et qui admet se livrer à un trafic de téléphones portables entre la Suisse et le Kosovo, a importé huit contrefaçons de montres de grandes marques acquises dans des marchés en Suisse et à l'étranger et les a conservées chez lui dans une caissette contenant, outre une vingtaine de montres, des téléphones portables destinés à la vente⁸.

Dans un arrêt du 19 février 2019, il a été jugé qu'une commande groupée avec importation de 18 fausses montres que le client souhaitait « donner » à des amis, en partie à prix coûtant, devait être considérée comme un usage privé autorisé⁹.

² Ch. acc. GE, 7 mars 2005 (OCA/71/05) et CJ GE 19.09.05 (ACJP/217/05) *in sic!* 2006 426. Selon les juridictions genevoises, lorsque les conditions posées par le droit pénal matériel sont remplies, l'autorité pénale a l'obligation de confisquer et de détruire les produits ; c'est le cas en particulier lorsque des produits munis de contrefaçons ou d'imitations de marques ont été saisis et risquent d'être mis en circulation. Il importe peu que le ministère public classe la procédure.

³ L. Ehrler, *op. cit.*, p. 1232, ch. 9 ad art. 72 LPM.

⁴ ATF 114/1988 IV 6 *Rolox*.

⁵ ATF Comtet I (RSPI 1996, 278, c. 2).

⁶ ACJC/889/1999, *sic!* 2000, 107, c. 2 *Birkin* ; cf. également - aLMF - arrêt du TF *in* RSPI 1991, 121, c. 2 argent plaqué or

⁷ T

énéral Bülach : *sic!* 2004, 509 c. II.2 b Fausses montres.

⁸ Ch. d'acc. NE CHAC.2006.45 : *sic!* 2006, 861 c. 3-4 Contrefaçons de montres.

⁹ Appellationsgericht BS, *sic!* 2020, 136, c. 3.1-3.2 Sammelbestellung.

Enfin, le 4 décembre 2019, le Tribunal fédéral a renvoyé la cause à l'instance inférieure pour déterminer si, en présence d'une importation de contrefaçons à des fins privées, le titulaire du droit violé pouvait exiger d'obtenir des informations relatives auxdits produits. En l'espèce, il s'agissait de l'importation de onze montres ROLEX contrefaites à un fournisseur en Chine par l'intermédiaire d'un site web¹⁰.

IV. Remise d'échantillons

Sur requête préalable du requérant, l'AFD remet/voie des échantillons des produits aux frais du requérant (art. 72a al. 1 et 2 LPM), voire également de photographies (art. 56a al. 1 OPM). Une fois l'examen des échantillons effectué, ceux-ci doivent être restitués, pour autant que cela se justifie. Si des échantillons demeurent chez le requérant, ils sont soumis aux dispositions de la législation douanière (art. 72a al. 3 LPM).

En cas de refus motivé du destinataire des produits, notamment s'il fait valoir l'existence de secrets de fabrication ou d'affaires, l'AFD peut refuser la remise d'échantillons (art. 72b al. 3 LPM).

V. Approbation de la destruction

L'approbation du destinataire est nécessaire pour faire détruire les produits retenus (art. 72d al. 1 LPM). Depuis le 1^{er} juillet 2008, l'accord est présumé ; il est donc donné, sauf opposition expresse dans les délais prévus (art. 72d II LPM).

VI. Moyens de preuve

Avant la destruction des produits, l'AFD prélève des échantillons et les conserve en tant que moyens de preuve en vue d'une éventuelle action en dommages-intérêts (art. 72e LPM) ; la prise de photographies pouvant remplacer le prélèvement d'échantillons (art. 56c al. 2 OPM).

L'AFD conserve les échantillons prélevés durant un an à compter de la date de rétention des produits. Elle peut cependant les conserver plus longtemps sur demande du destinataire et contre paiement (art. 56c al. 1 OPM).

VII. Dommages-intérêts

Si la destruction des produits se révèle infondée, le requérant répond seul (à l'exclusion de l'AFD) du dommage qui en résulte (art. 72f al. 1 LPM). Une controverse existe quant au régime applicable : s'agit-il d'une responsabilité causale (sans faute)¹¹ ou délictuelle (selon le message explicatif - exposé des motifs de la loi - du Conseil fédéral - gouvernement) ?

L'illicéité de la rétention douanière est matérialisée par la rétention de produits authentiques (mais pas par le rejet d'une requête de mesures provisionnelles ou l'absence de leur validation par une action au fond), le fardeau de la preuve de cette illicéité reposant sur les épaules du destinataire des produits.

Le préjudice correspond notamment à une livraison tardive au destinataire (notamment un commerçant) ou à une commande annulée par le client dudit commerçant. On peut se demander si l'obtention par le requérant, titulaire des droits immatériels, d'informations relatives à un réseau d'importations parallèles¹², constitue un dommage. À notre connaissance, aucune décision n'a été rendue en Suisse à ce propos.

Il faut enfin démontrer l'existence d'une causalité naturelle (en fait) et adéquate (en droit) entre le comportement illicite et le dommage en découlant.

On peut en revanche exclure toute responsabilité de l'État, sauf dans l'hypothèse où l'AFD détruit par erreur un produit authentique malgré la demande de libération de ce dernier par le requérant.

¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_379/2019, c. 8.1.3.

¹¹ TF *sic!* 2001 38 *Diesel*.

¹² Cf. notamment L. Muhlstein, « Les importations parallèles en droit suisse », *RFPI* 2017, n° 4, p. 56 ss.

Enfin, si le destinataire accepte par écrit (et non uniquement tacitement, comme le droit actuel le permet) la destruction de la marchandise retenue, le requérant ne peut être tenu de lui verser des dommages-intérêts, même si ladite destruction se révèle par la suite infondée (art. 72 f. al. 2 LPM).

VIII. Protection des secrets

Le destinataire des produits peut demander à assister à l'examen des produits afin de protéger ses secrets de fabrication ou d'affaires (art. 72b al. 2 LPM). La loi n'indique cependant pas si une telle requête doit être motivée. Une fois de plus, on peut se demander si les codes de distribution en cas d'importations parallèles font partie des secrets à protéger.

Le destinataire des produits peut également demander à l'AFD de ne pas remettre d'échantillon de la marchandise retenue au requérant, à condition que cette demande, faite dans un délai raisonnable, soit motivée (art. 72b al. 3 LPM et 56 b. al. 1 OPM).

Si l'AFD autorise le requérant à inspecter les produits retenus, elle tient compte, pour fixer le moment de l'inspection de manière appropriée, des intérêts du requérant, d'une part, et de ceux du destinataire de l'autre (art. 56b al. 2 OPM). Il s'agit d'une balance des intérêts, laquelle est basée sur le principe de proportionnalité.

IX. Modifications législatives

Le 15 janvier 2020, le Conseil fédéral a soumis à la consultation la modification de la législation douanière en matière de propriété intellectuelle.

Une procédure simplifiée de destruction (applicable jusqu'à trois produits) offrira deux possibilités aux requérants dans les cas où les marchandises retenues ont été transportées en petits envois. Ils pourront soit demander la destruction selon la procédure actuelle, soit solliciter, parallèlement à la demande d'intervention, l'application de la procédure simplifiée. Celle-ci diminuera les charges et le

fardeau des émoluments, mais elle fournira moins d'informations détaillées (notamment noms et adresses de l'exportateur et de l'importateur).

Conclusion

Contrairement aux idées reçues, la Suisse connaît un nombre important de produits contrefaisants importés ou en transit. L'AFD fournit un excellent travail en faveur des requérants. Il est cependant regrettable que de nombreux titulaires de droits immatériels ne requièrent pas l'intervention de l'AFD. En effet, les produits munis de signes imitant ou contrefaisant les droits immatériels de ces titulaires sont alors importés sans que l'AFD puisse intervenir et c'est uniquement lors de coûteuses procédures civiles ou pénales que la marchandise est saisie, confisquée et détruite.

Il faut donc encourager les titulaires de droits immatériels à demander l'intervention de l'AFD afin de défaire le marché de la contrefaçon en amont, de sorte qu'ils évitent de devoir le faire ultérieurement à grands frais.

L. M.