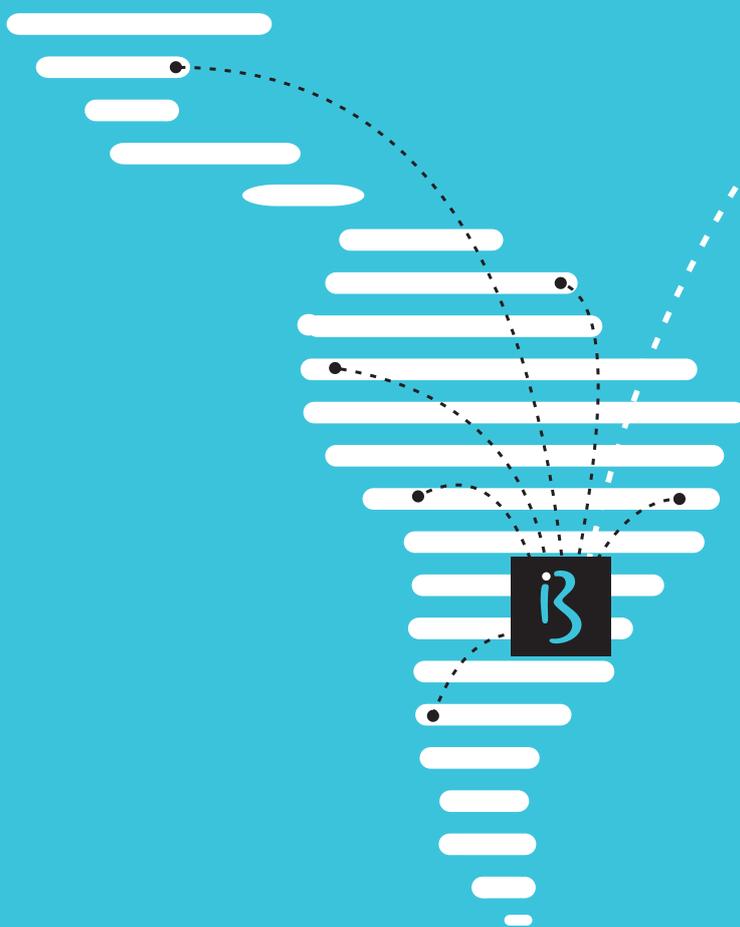


Experts en propriété intellectuelle en Amérique latine



Dépôt de demandes
Convention de Paris / PCT

Recherches
d'antériorités

Traduction de
brevets

Commercialisation
de la PI

iB
BERKEN IP

La constitutionnalisation de la propriété intellectuelle en Colombie et la protection renforcée des droits d'auteur

The Constitutionalization of the Intellectual Property in Colombia and the Enhanced Enforcement of the Author's Rights

Efrain Fandiño-Lopez

Doctorant à l'Université de Paris
Avocat au barreau de la Colombie

Depuis la promulgation de la Constitution colombienne en 1991, le phénomène de constitutionnalisation de la propriété intellectuelle a renforcé la protection des droits d'auteur. À cet égard, l'interprétation de l'article 61 de la Constitution donnée par les juges - qui consacre l'obligation pour/de l'État de protéger les droits de propriété intellectuelle - a engendré des conflits avec d'autres droits. Ainsi, il apparaît judicieux que le droit d'auteur soit modifié afin de rééquilibrer la protection entre le droit d'auteur et d'autres droits constitutionnels, et ce, en vue d'éviter d'éventuelles violations des droits tels que le droit au procès équitable.

Since the promulgation of the Constitution of Colombia in 1991, the phenomenon of constitutionalization of the Intellectual Property had enforced the protection of the author's rights. In this regard, the interpretation of the article 61 of the Constitution given by the judges – that establish the State obligation to protect the intellectual property rights – has generated conflicts with other rights. Hence, it seems appropriate to amend the copyright law to rebalance protection between copyright and other constitutional rights, in order to avoid possible violations of rights such as the right to a fair trial.

Introduction

En vue de mettre fin à une longue période de crises institutionnelles¹ et de moderniser juridiquement l'État pour faire face aux transformations sociales et économiques qui s'opéraient au crépuscule du XXème siècle², un groupe de 72 constituants, d'origines

diverses, a adopté le 4 juillet 1991 la Constitution colombienne qui est actuellement en vigueur³.

Depuis cette date, la « constitutionnalisation des branches du droit »⁴ s'est accrue en

¹ C. González Posso, «Memorias para la democracia y la paz: veinte años de la Constitución Política de Colombia », Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, 2012, p. 64. Disponible sur : <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll4/id/2/> [Consulté le 21/11/2020].

² G. Rodríguez Estupiñan, « 20 años de constitución: ¿avance o retroceso fiscal? », *Revista De La Maestría En Derecho Económico*, Vol.7 No. 7, p. 87. Disponible sur : <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/revma>

escom/article/view/14208 [Consulté le 21/11/2020].

³ Gaceta Constitucional No. 113 de 1991. Disponible sur : <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3749> [Consulté le 21/11/2020].

⁴ Ce phénomène est défini comme « le processus de reconstruction des sources du droit autour de l'axe constitutionnel » in G. Scoffoni, O ; Pfersmann, P. Gaïa et alii, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 23e éd., 2020, p. 168 ; V. L. Favoreau, « La constitutionnalisation du droit » in *Mélange en hommage à Roland Drago : l'unité*

Colombie, d'un côté par l'élévation au rang constitutionnel des institutions qui furent traditionnellement d'ordre légal⁵, mais surtout à travers des décisions judiciaires relatives au contrôle de constitutionnalité des lois. Le droit de la propriété intellectuelle n'a pas été étranger à cette tendance.

En effet, au visa de l'article 61 de la Constitution colombienne, la Cour constitutionnelle a plaidé pour une protection renforcée des droits de la propriété intellectuelle, mais en imposant des limites. Il en ressort un défi à relever pour les prochaines années : comment protéger les droits d'auteur sans porter atteinte à d'autres droits ?

À l'occasion du trentième anniversaire de la Constitution colombienne, et en accord avec l'esprit de cette revue, nous tenterons d'offrir une réponse à cette question, en expliquant dans un premier temps comment s'est développée la constitutionnalisation de la propriété intellectuelle en Colombie, et en particulier le renforcement de sa protection (I). Ensuite, nous analyserons dans une deuxième partie le défi qui consiste en la recherche d'un équilibre entre la protection des droits d'auteur et d'autres droits (II).

I. Le renforcement de la protection de la propriété intellectuelle par la constitutionnalisation

En Colombie, la constitutionnalisation de la propriété intellectuelle a eu lieu à travers la consécration de normes constitutionnelles en rapport avec cette matière (A) et des décisions rendues par la Cour constitutionnelle (B).

du droit, Paris : Economica, 1996, pp. 25-27 ; sur la constitutionnalisation des branches de droit en Colombie V. M.F. Quinche Ramírez, « La Constitucionalización y la convencionalización del derecho en Colombia », *Revistas Jurídicas* 2016, Vol 13 No. 1, pp. 43-63. Disponible sur : [http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/juridicas13\(1\)_4.pdf](http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/juridicas13(1)_4.pdf). [Consulté le 21/11/2020] ; M. Cepeda Espinosa et D. Landau *Colombian Constitutional Law: Leading Cases*, Oxford University Press, 2017, p.p. 14-19.;

A. L'inscription de la propriété intellectuelle dans la Constitution colombienne

La valeur constitutionnelle de la propriété intellectuelle se fonde sur l'article 61 de la Constitution. En effet, cette norme consacre l'obligation pour l'État de protéger les droits émanant des créations dans les conditions posées par la loi. C'est pourquoi cette branche du droit est principalement appréhendée en Colombie sous un prisme très protectionniste.

Le texte constitutionnel évoque également la propriété intellectuelle dans les normes relatives aux attributions des autorités du pouvoir législatif et exécutif : d'un côté, l'article 150§24 dispose que seul le Parlement peut réguler ce qui concerne la propriété industrielle, les droits d'auteur et en général, tout droit de propriété intellectuelle ; tandis que l'article 189§27 consacre que la faculté d'octroyer des brevets est réservée au président de la République⁶.

Bien que les normes en question fassent référence directe à cette spécialité du droit, la Cour constitutionnelle⁷ a indiqué que les règles juridiques du droit des créateurs doivent être interprétées à la lumière des principes, valeurs et droits constitutionnels, et, en particulier, à :

- l'article 7 qui consacre que l'État a pour obligation de protéger les richesses culturelles de la nation ;
- l'article 25 qui dispose que le travail est un droit et une obligation qui bénéficie d'une protection générale de l'État ;
- l'article 58 qui donne valeur constitutionnelle au droit de propriété, en précisant que cette

⁵ Comme la propriété ou la famille V. P. Gutiérrez Santiago « La constitucionalización del derecho civil », *Estudios de Derecho* Vol. 68 N. 151, 2011, p.p. 56-69. Disponible sur : <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/articulo/view/10090>. [Consulté le 21/11/2020].

⁶ Qui délègue cette fonction à la Surintendance d'industrie et de commerce.

⁷ C. constitutionnelle, décisions C-334 de 1993 et C-941 de 2010.

prérogative n'est pas absolue, dans la mesure où cette institution juridique est « une fonction sociale qui porte des obligations » ;

- l'article 70 qui consacre l'obligation de l'État de favoriser et promouvoir l'accès à la culture sur la base de l'égalité des chances, et
- l'article 72 qui dispose que c'est l'État qui doit protéger le patrimoine culturel de la nation.

À ce recueil normatif, la Cour⁸ rajoutera le droit à la santé (arts. 48 et 49), le droit à un environnement sain (art. 79) et le droit au bien-être général et à une qualité de vie de la population, comme finalité sociale de l'État pour combler les besoins essentiels non satisfaits (art. 366).

Mais la portée de ces normes a également été développée à travers la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

B. La protection renforcée dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et ses limites

Dans l'ordre juridique colombien, plusieurs dispositifs juridiques ont été prévus afin d'assurer le principe de primauté de la Constitution⁹. Néanmoins, c'est dans la jurisprudence relative à la constitutionnalité des normes¹⁰ que nous trouvons les

réflexions les plus intéressantes sur la propriété intellectuelle.

À cet égard, nous constatons que dans la plupart de ses décisions, la Cour constitutionnelle a pris une position très protectionniste des prérogatives des créateurs¹¹. Le haut tribunal justifie cette approche sur un fondement inspiré par la vision romantique de l'auteur du XIX^{ème} siècle : « la possibilité d'exprimer des idées ou sentiments d'une manière particulière [...] et en général, toutes les formes de manifestation de l'esprit, sont des prérogatives inhérentes à la condition rationnelle inscrite dans la nature humaine »¹². En sus, la Cour légitime la protection renforcée, en raison de la dimension économique des droits de propriété intellectuelle et sa contribution à la croissance et le développement économique¹³.

Il en découle, en matière de droits d'auteur, que le haut tribunal a élevé les droits moraux au rang de droit fondamental, au motif que « méconnaître à l'homme le droit de paternité sur le fruit de sa créativité, la manifestation exclusive de l'esprit ou son ingéniosité, cela est désavouer à l'homme de sa condition d'individu qui pense et qui crée, qui exprime cette rationalité et créativité comme manifestation de sa nature même »¹⁴. Les retombées de cette jurisprudence sont larges et nous les citerons plus loin.

De surcroît, la Cour constitutionnelle a indiqué dans la décision T-367 de 2009 que le juge de « *tutela* »¹⁵ peut intervenir, à titre

⁸ C. constitutionnelle, décision C- 941 de 2010.

⁹ Consacré dans l'art. 4 de la Constitution colombienne. Par rapport aux différents contrôles V. J.C. Henao Pérez, « La Cour Constitutionnelle colombienne, son système de contrôle de constitutionnalité et les évolutions jurisprudentielles récentes », *Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, No. 34, janvier 2012. Disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-cour-constitutionnelle-colombienne-son-systeme-de-contrôle-de-constitutionnalité-et-les>. [Consulté le 15/01/2021].

¹⁰ Et notamment des accords commerciaux et des traités de libre échange signés par l'État colombien

¹¹ V. par exemple C. constitutionnelle, décisions C-1183 de 2000, C-750 de 2008, C-032 de 2009 ou C-941 de 2010.

¹² C. Constitutionnelle, décision C-155 de 1998.

¹³ La Cour indique que « la faculté créatrice et l'ingéniosité des personnes [...] sont un moyen potentiellement efficace pour atteindre à un but constitutionnellement souhaitable : la croissance et le développement économique », C. constitutionnelle, décision C- 345 de 2019.

¹⁴ C. constitutionnelle, C-155 de 1998.

¹⁵ Selon un auteur, l'« acción de tutela » est « une procédure prioritaire et sommaire en vertu de laquelle tout justiciable peut réclamer devant n'importe quel juge et à tout moment la protection de ses droits constitutionnels fondamentaux, dès lors qu'il estime que ces derniers ont été atteints ou menacés par l'action ou l'inaction d'une quelconque autorité publique ou privée » in J.C. Henao Pérez, préc. ; Pour approfondir, v. L. Gay, M. Fatin Rouge Stefanini, « L'utilisation de la Constitution dans les contentieux climatiques en Europe et en Amérique

exceptionnel, dans les cas où la relation contractuelle entre l'auteur et une maison discographique s'avère asymétrique, et « les clauses contractuelles menacent ou portent atteinte aux droits fondamentaux de l'artiste, par rapport à son droit au minimum vital et la vie en conditions dignes, car malgré l'existence d'un accord de volontés, celui-ci ne peut pas arriver à compromettre lesdits droits »¹⁶. Autrement dit, les clauses léonines sur les droits patrimoniaux conclus entre les auteurs et les éditeurs peuvent être contraires aux normes constitutionnelles, lorsqu'elles affectent négativement les droits fondamentaux des créateurs.

En tout état de cause, en matière de propriété industrielle et au sujet de certains droits *sui generis*, la Cour s'est prononcée à plusieurs reprises en faveur de leur sauvegarde. À titre d'exemple, dans la décision C-095 de 1993, le haut tribunal constitutionnel a encouragé la protection des brevets, en indiquant qu'« il est considéré que le brevet d'invention est un instrument efficace qui impulse un dynamisme à l'industrie et la production nationale, apporte des avantages à la communauté en général, et ainsi, son utilité enrichit son titulaire et la société en tire des bénéfices».

Cela étant, le haut tribunal a aussi évoqué certaines limites aux droits de propriété industrielle et droits *sui generis*, en essayant de l'équilibrer avec la protection des droits de propriété intellectuelle. À titre d'illustration, dans le cadre du contrôle automatique de constitutionnalité de la loi 1199 de 2008¹⁷ sur la ratification d'une modification des Accords sur les ADPIC, la Cour constitutionnelle a indiqué que les droits de propriété intellectuelle ne sont pas absolus et, en fonction de la fonction sociale du produit protégé – particulièrement les produits médicaux et pharmaceutiques –, les

limitations imposées aux brevets sont conformes à la Constitution. Dans cette décision, le haut tribunal estime que l'un des éléments les plus importants du droit à la santé¹⁸, c'est la possibilité d'obtenir et d'avoir accès aux médicaments¹⁹. Pour cela, la protection des droits de propriété intellectuelle sur ce type de produits doit céder, si besoin, devant l'intérêt général.

Outre cela, les droits fondamentaux des communautés ethniques sont une limite aux droits de la propriété intellectuelle. En effet, dans l'esprit pluraliste, participatif et de respect de la diversité ethnique et culturelle, la Constitution consacre le droit de participation des groupes ethniques et des minorités à la prise de décisions les concernant. Cette prérogative se matérialise à travers la consultation préalable²⁰, obligation qui incombe à l'État de consulter les autorités représentatives des communautés ethniques du pays, de toute mesure de nature administrative ou législative qui peut affecter son mode de vie dans le domaine politique, social, économique, et culturel.

C'est pourquoi, la Cour constitutionnelle a déclaré que la Loi 1518 de 2012 sur la ratification de l'adhésion à la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales était inconstitutionnelle, étant donné que le gouvernement n'avait pas rempli l'exigence de la consultation préalable auprès des communautés indigènes et d'ascendance africaine. En effet, la qualité d'obteneurs de variétés végétales de ces communautés a été constaté à travers des études anthropologiques. Ainsi, l'adoption de cette convention internationale risquait d'affecter les droits et intérêts des groupes ethniques par rapport aux savoirs traditionnels, son autonomie et sa culture, celle-ci réglementant des aspects substantiels à ces communautés (par exemple, avec les

du Sud », *Energie-Environnement- Infrastructures*, LexisNexis 2018, Disponible sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01989596/document>. [Consulté le 15/01/2021].

¹⁶ C. constitutionnelle, décision T-367 de 2009. Voir article de V.M.F. Quinche Ramírez préc., par rapport à la question des limites constitutionnelles à l'autonomie de la volonté, la Cour constitutionnelle s'est prononcée dans la décision C-069 de 2019.

¹⁷ C. constitutionnelle, décision C-032 de 2009.

¹⁸ Qui est considéré par la jurisprudence constitutionnelle colombienne un droit fondamental, en raison de sa connexité avec le droit à la vie. V. Art. 49 Constitution colombienne et C. constitutionnelle, décision T-760/08.

¹⁹ C. constitutionnelle, décision C-997 de 2000.

²⁰ Arts. 40-2, 329 et 330 de la Constitution. Sur la nature et la philosophie de cette institution juridique, V. C. Constitutionnelle, décision C-620 de 2003.

restrictions propres d'un brevet sur une nouvelle variété végétale). Dès lors, la juridiction a jugé que, avant d'entamer une procédure législative, le gouvernement aurait dû impérativement consulter les communautés susceptibles d'être impactées par cette norme.

Dans le même ordre d'idée, la Cour Constitutionnelle²¹ a suspendu l'enregistrement d'une marque au motif qu'elle portait atteinte au respect du droit fondamental à l'identité culturelle des communautés indigènes, car les signes de la marque utilisaient des expressions relatives à la cosmogonie indigène, sans autorisation de la communauté.

En résumé, bien que la Cour constitutionnelle ait développé une jurisprudence très protectrice des droits de propriété intellectuelle, elle a aussi évoqué certaines limites à la protection en se référant à l'intérêt général, dans le cadre du droit de la santé et des droits fondamentaux des communautés indigènes.

II. La nécessité d'un rééquilibrage entre la protection des droits d'auteur et d'autres prérogatives

Dans le sillage de la jurisprudence constitutionnelle, les juges du pouvoir judiciaire ont pris des décisions extrêmement protectrices des droits de créateurs qui nous semblent disproportionnées (A). Cette vision répressive n'est pas le mécanisme qui nous apparaisse le plus efficace. Il devient ainsi urgent que l'État colombien réévalue sa stratégie afin de garantir l'effectivité des droits de propriété intellectuelle, sans porter atteinte à d'autres droits (B).

²¹ C. constitutionnelle, décision T-477 de 2012.

²² V. J.C. Álvarez, M.A. Ceballos et A. Muñoz Sierra, « De los delitos contra los derechos de autor en el Código Penal colombiano », *Nuevo Foro Penal*, Vol. 9 No. 81, 2013. Disponible sur : <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/2828>. [Consulté le 30/01/2021].

²³ V. sur ce propos B. Edelman, *La propriété littéraire et artistique*, Presses Universitaires de France, 2008, p.p. 91-110. Disponible sur : <https://www.cairn.info/la->

A. Une protection renforcée disproportionnée issue de l'interprétation de l'article 61 de la Constitution

Dans le cadre des procès judiciaires concernant les droits d'auteur, certaines autorités judiciaires accordent une place importante à la protection des droits d'auteur, afin de protéger l'expression de la personnalité du créateur²², mais particulièrement afin de protéger les investissements réalisés et l'exploitation normale de l'œuvre²³. Cependant, ce protectionnisme, parfois débridé, a entraîné des conflits avec des prérogatives de nature différente.

Avant de rentrer dans les cas d'espèce, il convient de préciser qu'en Colombie, les titulaires des droits d'auteur ou droits voisins qui considèrent que leurs droits ont été violés peuvent saisir la juridiction civile afin de solliciter une indemnisation. De même, ils peuvent saisir la juridiction pénale, afin de demander une réparation pécuniaire et une peine de prison pour l'infracteur. À ces deux options, nous devons rajouter qu'après une réforme de 2012, le législateur a conféré des facultés judiciaires à l'institution administrative dénommée « Direction nationale des droits d'auteur », pour régler les litiges concernant les droits d'auteur ou les droits voisins. Cette décision nous apparaît regrettable. Malheureusement et bien que pour essayer d'assurer l'impartialité dans ses décisions la Direction ait été divisée entre le bureau d'affaires juridictionnelles et celui ayant des fonctions administratives²⁴, le conflit d'intérêt ne s'est pas effacé. En effet, l'un des objectifs de cette institution est d'« assurer la protection des droits d'auteur »²⁵. Or, dans le cadre de procès

propriede-litteraire-et-artistique-9782130560906-page-91.htm. [Consulté le 30/01/2021].

²⁴ Dirección Nacional de Derechos de Autor, consultation juridique No. 1-2016-16020. Disponible sur : http://www.nuevalegislacion.com/files/susc/cdj/doct/dnda_16020_16.pdf. [Consulté le 30/01/2021].

²⁵ Dirección Nacional de Derechos de Autor, « Funciones y deberes ». Disponible sur : <http://derechodeautor.gov.co:8080/objetivos-y-funciones>. [Consulté le 30/01/2021].

pénaux concernant les droits d'auteur et connexes, cette même autorité intervient très souvent comme experte pour l'administration fiscale, la *Fiscalía*²⁶.

En tout état de cause, une première conduite disproportionnée réside dans l'engagement indiscriminé de procès pénaux de la part de l'autorité qui exerce l'action publique²⁷. Ainsi, nous pouvons citer l'affaire de la *Fiscalía* contre Diego Gómez, devenue très médiatique en Colombie et à l'international²⁸. Au visa de l'article 271-1 du Code pénal colombien concernant les atteintes aux droits patrimoniaux d'auteur, la *Fiscalía General de la Nación*²⁹ a engagé une action pénale contre un étudiant de licence en biologie pour le délit de violation de droits patrimoniaux d'auteur, dont la peine pouvait être portée à 8 ans de prison et plus de 300.000 euros. En l'espèce, il avait téléchargé sur Scribd – site de partage en ligne – un mémoire de master en biologie qu'il avait trouvé sur Facebook. La motivation d'un tel acte était de partager cette œuvre avec d'autres étudiants. Cependant les juges de premier et deuxième degré³⁰ ont acquitté le demandeur, en considérant que les deux conditions pour sanctionner pénalement cette conduite n'avaient pas eu lieu, car le demandeur n'avait pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre (1), et il n'avait pas porté un préjudice injustifié au patrimoine du

titulaire du droit ou d'un tiers (2). De surcroît, les preuves apportées au procès mettaient en évidence que la partie demanderesse n'avait pas bénéficié économiquement du partage.

Outre ceci, les atteintes injustes portées contre certains droits, sous prétexte de satisfaire l'obligation constitutionnelle de l'État de protéger la propriété intellectuelle constituent une autre distorsion de cette obligation consacrée dans la Constitution. Dans ce sens, nous citons la décision³¹ rendue en 2016 par la Direction nationale des droits d'auteur, dans laquelle, cette institution a condamné un centre commercial à indemniser un graveur, du fait d'atteintes à ses droits moraux. En l'espèce, l'administration du centre commercial avait sollicité d'un artiste la création d'une fresque murale dans ses locaux. Or, quelques mois après, il a été constaté que l'état de détérioration du support où se trouvait l'œuvre risquait de provoquer des dommages qui pourraient affecter la sécurité du public. En conséquence, l'administration du centre commercial a détruit le mur.

Compte tenu des faits, et après avoir constaté la qualité d'auteur du graveur, la Direction nationale des droits d'auteur a condamné le centre commercial à payer une indemnisation au titre du préjudice moral. Cette décision a été, avec bon sens, renversée en deuxième instance par la chambre civile du Tribunal

²⁶ Institution équivalente du Ministère public en Colombie. Elle fait partie du pouvoir judiciaire.

²⁷ Laquelle fait partie du pouvoir judiciaire dans l'ordre juridique colombien.

²⁸ Une affaire qui est devenue très connue dans le monde, grâce à l'activisme de la Fondation Karisma depuis la Colombie ; V. J. Kloc, « Colombian Student Facing Prison for Sharing Research Paper Online », *Newsweek*, Publié le 08/07/2014. Disponible sur : <https://www.newsweek.com/colombian-biology-student-falls-afoul-hollywoods-copyright-laws-263357>, [Consulté le 30/01/2021] ; S. Brodzinsky, « Colombian student may face up to eight years in jail for sharing article », *The Guardian*, Publié le 18/08/2014. Disponible sur : <https://www.theguardian.com/world/2014/aug/18/colombia-thesis-piracy-trial>, [Consulté le 30/01/2021]. ; J.A. De Queiroz, « Il risque huit ans de prison pour avoir partagé une thèse sur Internet », *Le Figaro*, publié le 02/09/2014. Disponible sur : <https://etudiant.lefigaro.fr/international/actu/detail/article/il-risque-huit-ans-de-prison-pour-avoir->

[partage-une-these-sur-internet-8590/](https://web.karisma.org.co/wp-content/uploads/download-manager-files/Confirmacion%20Sentencia%20absolutoria%20Diego%20Alejandro%20Gomez%20Hoyos.pdf) [Consulté le 30/01/2021].

²⁹ L'institution équivalente au Ministère public en France, qui fait partie du pouvoir judiciaire en Colombie.

³⁰ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, chambre civile, 21 nov. 2017. Disponible sur : <https://web.karisma.org.co/wp-content/uploads/download-manager-files/Confirmacion%20Sentencia%20absolutoria%20Diego%20Alejandro%20Gomez%20Hoyos.pdf>. [Consulté le 30/01/2021].

³¹ D.N.D.A. Asuntos Jurisdiccionales, 19 août 2016, Informe de Relatoría 01 de 2016. Disponible sur : <https://xdoc.mx/documents/informe-de-relatoria-no-01-5d5b0269eef2f> ; Obs. D. Bernal et C. Conde, « Los derechos morales de autor como derechos fundamentales en Colombia », *Revista la Propiedad Inmaterial* No. 24, p.p. 53-66, juil-déc. 2017. Disponible sur : <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/5197>. [Consulté le 30/01/2021].

supérieur de Bogota³², au motif que la fresque détruite était une œuvre éphémère, qui n'était pas créée pour exister de manière indéfinie dans le bâtiment. De plus et sans rentrer dans le débat du conflit entre le droit de propriété et les droits d'auteur, le Tribunal a constaté que la destruction du mur a été réalisée afin d'éviter des risques pour la sécurité du public. Dans ce sens, la chambre civile a cité un rapport du Tribunal de Justice de la Communauté Andine³³, qui déterminait que dans les cas où une œuvre se trouve sur un support qui peut affecter la sécurité publique, c'est cette dernière qui prime sur les droits d'auteur. Pour cela, le tribunal a conclu que la partie demanderesse n'avait pas agi de manière négligente et, par conséquent, il n'y avait pas lieu à une indemnisation.

Bien que les deux décisions susmentionnées soient corrigées par des juges de deuxième degré, la décision rendue le 28 mai 2010³⁴ par la chambre pénale de la Cour Suprême constitue un précédent juridiquement « abominable ». En l'espèce, une étudiante de littérature a dénoncé sa directrice de mémoire, pour avoir plagié certains extraits de son œuvre académique dans un article de revue. Bien que les éléments de preuve aient permis de déduire l'existence d'un plagiat dans certains paragraphes, nous reprochons la justification donnée par la chambre pénale de la Cour Suprême de Justice, en cassation, pour la condamnation de la partie défenderesse à 24 mois de prison, une amende de 5 salaires minimums et la perte de ses droits civiques pendant deux ans.

En effet, dans les motivations de l'arrêt, le haut tribunal pénal reconnaît que la rédaction

de la disposition pénale concernant les atteintes aux droits moraux ne comprend pas clairement la violation du droit de paternité. Cependant, puisqu'à l'instar de l'article 61 de la Constitution, nombreux accords et conventions internationales exigent de la Colombie de protéger la propriété intellectuelle, la chambre pénale a décidé que toute interprétation sur l'article 270 du Code pénal colombien devait toujours comprendre une violation au droit de paternité. Autrement dit, la Cour Suprême a fini par créer un délit, en dépit du fait que la Constitution n'accorde cette faculté qu'au Parlement.

De surcroît, cette décision constitue une flagrante méconnaissance du principe de légalité³⁵, étant donné qu'une citoyenne a été condamnée sous le visa d'un délit dont sa rédaction n'est pas claire selon les propos de la chambre pénale de la Cour Suprême. En outre, à la différence des propos tenus par la Cour Suprême, il y a d'autres moyens plus judicieux pour protéger l'effectivité des droits moraux, à l'instar du procès pénal, du procès civil, ou encore dans les cas les plus graves où l'auteur considère que ses droits sont atteints ou menacés, ce dernier peut engager une action de *tutela*.

Quoi qu'il en soit, les exemples énoncés illustrent la propension des juges de première instance à protéger de manière disproportionnée les droits d'auteur, et ce, en dépit d'autres droits, parfois tout aussi fondamentaux. C'est pourquoi l'un des principaux défis pour les prochaines années, est de mettre en place un modèle moins répressif et plus efficace.

³² Tribunal Supérieur de Bogotá, chambre civile, 2 nov. 2017 in C. Avellaneda, « APELACIÓN CASO CC SAN DIEGO 005 2015 34057 TRIBUNAL DE BOGOTÁ », *Youtube*, publié le 15/11/2017. Disponible sur : <https://www.youtube.com/watch?v=9f5-jr13BsY>. [Consulté le 30/01/2021]. V. à partir de la minute 30

³³ Tribunal de Justice de la Communauté Andina, 07 juil. 2017. Disponible sur : http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/47_IP_2017.pdf. [Consulté le 30/01/2021].

³⁴ Cour Suprême de Justice, chambre pénale, 28 mai 2010. Disponible sur :

<http://derechodeautor.gov.co:8080/documents/10181/216828/Corte+Suprema+de+Justicia%2C%20Sa+de+Casaci%C3%B3n+Penal%2C%20Sentencia+d+el+28+de+Mayo+de+2010%2C%20Casaci%C3%B3n+No.31403.doc.pdf/3dbdb1d8-c1a4-4e7a-b8df-4aea5c165a8a?version=1.0>, [Consulté le 30/01/2021].

³⁵ En vertu duquel, « Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée », Art. 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Ce principe existe aussi en Colombie dans l'article 29 de la Constitution.

B. Vers un modèle de protection moins répressif et plus efficace

L'importance de la place accordée de la propriété intellectuelle s'est accrue depuis la fin du XX^{ème} siècle. Ses incidences se trouvent dans des domaines au cœur de nos sociétés comme l'art, la santé ou l'innovation, sans parler des intérêts économiques et culturels qui sont autour d'elle. Il s'ensuit qu'il est essentiel de créer une politique qui puisse concilier la promotion et la protection des prérogatives des créateurs.

En matière de droits d'auteur, il s'agit de trouver un équilibre pour assurer une protection des intérêts moraux et économiques des auteurs, sans oublier la promotion de l'accès à l'information, l'éducation et la culture³⁶. Dans ce sens, bien que la Constitution colombienne consacre une série de règles susceptibles d'assurer la balance des pouvoirs à travers les poids et les contrepoids, la pratique nous permet de constater que les autorités ont privilégié la protection des droits d'auteur et connexes sur d'autres droits. Ceci nous conduit à penser que la fonction sociale de la propriété intellectuelle n'est pas efficace en Colombie.

Pour cela, l'État colombien doit changer sa politique de protection très répressive, en privilégiant la voie civile pour lutter contre les infractions du droit d'auteur, afin de ne

pas promouvoir un système répressif qui pourrait finir par décourager la création. Certes, cette stratégie s'inscrit dans cette tendance colombienne au populisme punitif, c'est-à-dire, le fait de trouver dans la création d'un délit ou l'endurcissement de peines la solution aux problèmes de sécurité ou de violation des droits³⁷.

De manière générale, la Cour constitutionnelle a déjà reproché ce comportement en considérant que « le caractère social d'un État de droit, du respect de la personne humaine, sa dignité et son autonomie, sont des principes essentiels de l'ordre juridique constitutionnel, et ils sont compatibles avec des lois qui incarnent une vision dissociée du principe de proportionnalité et la peine, de sorte que cette dernière ne soit consacrée que lorsqu'elle est absolument nécessaire »³⁸. Cependant le législateur colombien continue de créer des normes de droit pénal disproportionnées, qui ne sont pas, par ailleurs, accompagnées des nouvelles exceptions au droit d'auteur. Ce phénomène entraîne le développement d'un système propriétaire, qui n'encourage pas la création³⁹, mais qui peut conduire, dans un procès pénal, à des incidences négatives pour l'accusé et la victime, lorsque cette dernière n'est pas un des titulaires de droits disposant d'une part de marché importante⁴⁰.

³⁶ V. J.C. Padilla Herrera, « La función social del derecho de autor », *Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías* 2015, No. 14. Disponible sur : https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics218.pdf. [Consulté le 30/01/2021].

³⁷ A. Romero Sánchez et E.J. López Cantero, « Populismo punitivo, actitudes punitivas y la crisis del sistema penal en Colombia », *Revista Pluriverso* 2017, No. 8, p. 60. Disponible sur : https://www.researchgate.net/profile/Adriana_Romero_Sanchez/publication/321716207_Actitudes_punitivas_populismo_punitivo_y_la_crisis_del_sistema_penal_en_Colombia_reflexiones_y_perspectivas/links/5a2d788145851552ae7ee946/Actitudes-punitivas-populismo-punitivo-y-la-crisis-del-sistema-penal-en-Colombia-reflexiones-y-perspectivas.pdf [Consulté le 30/01/2020].

³⁸ C. constitutionnelle, décision C-70 de 1996 ; Comm. T.G. Vivas Barrera, « Control al juicio de proporcionalidad de la corte constitucional colombiana », *Novum Jus*, Vol. 6 No. 2, juil-déc. 2012, p.p. 29-68. Disponible sur :

<https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/663>. [Consulté le 30/01/2020].

³⁹ V. sur cela Fundación Karisma, « Carta de Académicos Colombianos a los miembros del Senado de la República acerca del proyecto de ley 146 de 2017 (Ley Lleras 5) », publié le 15/12/2017. Disponible sur : <https://web.karisma.org.co/academicos-piden-reformar-el-derecho-de-autor/> [Consulté le 30/01/2020].

⁴⁰ Comme il a été constaté par rapport à l'analyse de l'efficacité de la création d'une procédure pénale abrégée en 2017, pour juger les délits contre les droits d'auteur V. K.I. Cabrera Peña et C.A. Jiménez Cabarcas, « La protección de los derechos de autor, a la luz del procedimiento especial abreviado y la figura del acusador privado (Ley 1826) en el Derecho penal colombiano », *Revista Criminalidad*, Vol. 60 No. 2, mai-août 2018. Disponible sur : <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v60n2/1794-3108-crim-60-02-00127.pdf> [Consulté le 30/01/2020].

Les résultats d'une telle politique sont les atteintes disproportionnées à d'autres droits fondamentaux. Le plagiat est l'exemple par excellence de ce propos. Il s'agit d'un délit qui ne se trouve pas délimité dans le code pénal, comme il a été constaté dans l'arrêt précédemment évoqué⁴¹. Malgré cela, les juges continuent à le condamner, dans une interprétation qui méconnaît le principe de légalité et porte atteinte de manière disproportionnée au droit à un procès équitable consacré dans l'article 29 de la Constitution.

De ce fait, nous nous alignons sur certaines des réflexions menées par un groupe d'universitaires qui ont réclamé en 2017 la réforme des droits d'auteur⁴². Selon leur avis, il faut supprimer les peines concernant les délits de violation des droits moraux et certains délits de violation des droits patrimoniaux, afin que le titulaire de l'action pénale ne poursuive que les actions liées à la piraterie, étant donné son lien avec le crime transnational⁴³. Un tel souhait se justifie par la rédaction actuelle des articles du Code pénal. En effet, le Code pénal colombien incrimine des actes ou habitudes existantes dans le monde de la recherche tel que le partage de documents qui, s'ils peuvent mériter une répression civile, ne requièrent pas de répression pénale. Certains actes peuvent donc se retrouver poursuivis et donner lieu à des peines de prison. À cet égard, le procès pénal et, en particulier, la peine de prison nous semblent disproportionnés comme sanction pour la violation des droits moraux d'auteur ou patrimoniaux (pour le téléchargement d'un article scientifique).

Cela ne veut pas dire que nous proposons de ne pas protéger la propriété intellectuelle. De fait, nous considérons que les droits de créateurs doivent être protégés. Le procès civil apparaît ainsi comme le moyen le plus adapté pour demander la protection des droits d'auteur, et respecter les principes

constitutionnels inscrits dans l'ordre juridique colombien. Néanmoins, cette protection doit tenir compte de l'existence d'autres droits, comme celui de propriété (art. 58 Const.), pour éviter de porter des atteintes disproportionnées, comme ce fut le cas dans la décision prise par la Direction nationale des droits d'auteur précédemment évoquée ; le droit à l'éducation (art. 67 Const.) et à la culture (art. 70 Const.), lesquels se cristallisent à travers la création de conditions d'accès aux œuvres, et l'efficacité des exceptions au droit d'auteur.

Conclusion

En somme, si pendant ces trente ans d'existence de la Constitution colombienne, les opérateurs juridiques ont privilégié la protection des droits de propriété intellectuelle, nous considérons que pendant les trente ans à venir, ils doivent commencer à harmoniser cette protection avec les principes et les finalités constitutionnelles, afin de ne pas promouvoir un système inéquitable. À défaut, nous réaliserons, en paraphrasant Goya, que le sommeil de la protection engendre des monstres.

E. F. L.

⁴¹ V. dans ce sens E. Rengifo García, « ¿Es el plagio una conducta reprimida por el derecho penal? », *Revista La Propiedad Intelectual*, No. 14, 2010. Disponible sur : <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/2483/2119> [Consulté le 30/01/2020].

⁴² Fundación Karisma, *op. cit.*

⁴³ J. Scott McIlwain, « Intellectual Property Theft and Organized Crime: The case of Film Piracy », *Trend in Organized Crime*, No. 8, 2005, p.p. 15-39. Disponible sur : <https://link.springer.com/article/10.1007/s12117-005-1012-1> [Consulté le 30/01/2021].