NUMÉRO 16
FÉVRIER 2022

REVUE FRANCOPHONE DE LA **PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

AFPI
ASSOCIATION FRANCOPHONE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

www.revue-rfpi.com

ISSN 2490-8347

Revue Francophone de la Propriété Intellectuelle

ISSN 2490-8347

N° 16 - Février 2023

SOMMAIRE

ÉDITORIAL 3

Mohamed Ahmed EL KORY - Les indications géographiques, un atout pour les communautés du sud 9

Ampah JOHNSON-ANSAH - Le droit d'auteur togolais à l'épreuve du temps 23

Emilio BERKENWALD - Inventions pharmaceutiques et biotechnologiques en Argentine 39

Flavia MANSUR MURAD et Pedro VILHENA - Analyse de la protection des marques dans le domaine de la publicité : L'état actuel de la publicité comparative en droit brésilien 45

Natalie Aleixandra PINEROS FIGUEROA et A. Leonarda BONILLA LOZANO - Les Systèmes Nationaux de Science Technologie et Innovation et de Propriété Intellectuelle : un levier pour le développement et la construction d'une économie de connaissances en Colombie 57

Dai ZHE et Xin GUAN - La législation du droit de suite en Chine : l'échec temporaire et l'espoir dans l'avenir 71

Hermine LACOUR - Le statut particulier des créations logicielles en droit suisse 93

ÉDITORIAL

Maëlle SENGEL

Guerre et PI au Royaume de Tolstoï : de l'état de la protection des marques en Russie

Imaginez-vous vous promenant dans un centre commercial moscovite et rencontrer sur votre chemin des produits L'Occitane dans une boutique « Л'окситан » (« L'occitane » en écriture cyrillique), des jouets Lego dans une boutique « Мир кубиков » (« Le monde des cubes »), un iPhone 14 chez un revendeur ou encore des produits Chanel dans une boutique de maroquinerie de luxe. Produits provenant d'entités qui ont pourtant, après l'avènement du conflit russo-ukrainien, cessé leurs activités commerciales sur le territoire russe.

Les titulaires de marques doivent-ils craindre pour leurs droits ? Si l'étendue de la protection de certains droits de propriété intellectuelles appartenant à des entités « occidentales » semble en effet ébréchée, les titulaires de marque paraissent toutefois, pour l'instant, quelque peu préservés.

Les semaines suivant le début de la guerre ont pu laisser croire à l'émergence d'un chaos au sein du système de protection des marques, notamment au regard du très grand nombre de dépôts de marque similaires ou identiques à des marques étrangères jusqu'alors protégées, comme en attestent la cinquantaine de demandes de marque d'un entrepreneur russe en mars 2022, la demande de marque «ИДЕЯ» (« Idée »)

, ou encore la demande de marque semi-figurative « дядя Ваня » (« Oncle Vanya »)

.

Toutefois, le temps écoulé depuis le début de la guerre dissipe les doutes et révèle une procédure d'enregistrement de marque en Russie inaltérée.

Ainsi, bien que le système russe ne connaisse pas de procédure d'opposition telle que celle en vigueur au sein de l'Union Européenne, l'examinateur peut, à son initiative, prononcer le refus de la demande sur la base d'une marque antérieure similaire ou identique (art. 1483(6) du Code Civil de la Fédération de Russie). Les tiers peuvent également, lors de la procédure d'examen, soumettre une observation écrite afin de porter à la connaissance de l'examinateur un motif de refus tel que celui portant sur l'existence d'une marque antérieure (C. civ., art. 1493(3)). Procédure plus onéreuse, les tiers peuvent également agir en nullité une fois la marque enregistrée (C. civ., art. 1512(2)(2)).

En réponse aux inquiétudes généralisées suscitées par la publication des demandes de marques précitées (dont les déposants des deux dernières ont, par ailleurs, retiré les demandes quelques semaines après le dépôt), le *Rospatent* a publié un communiqué le 1 avril 2022 rappelant le maintien et l'application continue de ces dispositions du Code civil et des textes règlementaires. De plus, à l'occasion du 25ème Forum économique international de Saint-Pétersbourg, Yuri Zubov, Directeur Général du Rospatent, s'est également exprimé en ce sens et a tenu à rappeler le régime de protection des marques renommées au titre des articles 1508 et 1509 du Code civil. S'inscrivant toujours dans cette ligne, le Rospatent a publié, le 14 juin 2022, un article relatif au parasitisme de marques semblant principalement adressé aux citoyens russes. Par cet article, le Rospatent réaffirme sa position exprimée dans le communiqué du 1er avril 2022 mais surtout, rappelle, entre autres, que l'enregistrement de marques identiques ou similaires à des marques renommées ou notoires est considéré par les juridictions comme relevant de la concurrence déloyale et de l'utilisation illégale des moyens d'individualisation, pouvant entrainer d'éventuelles plaintes de

consommateurs pour fraude ou encore le dépôt d'une plainte pour concurrence déloyale, régie par la loi antitrust (loi fédérale n°135-FZ du 26 juillet 2006), auprès du service fédéral anti-monopole.

En matière d'exercice des droits, les prérogatives des titulaires se trouvent, sur le fondement du décret du 29 mars 2022 n° 506, pris en application de la loi du 8 mars 2022 № 46-FZ, atteintes par l'autorisation des importations parallèles de certains produits au préjudice de l'exigence de consentement du titulaire pour l'épuisement national (prévu à l'article 1359(6) du Code civil en matière de brevets, dessins ou modèles et modèles d'utilité et à l'article 1487 en matière de marque, étendu à l'épuisement régional en vertu du Protocole sur la protection et l'application des droits de propriété intellectuelle (annexe 26) du Traité sur l'Union économique eurasienne).

Pour compléter ce décret, l'ordonnance du 19 avril 2022 n° 1532 dresse une liste des produits concernés par cette mesure selon la classification douanière de l'Union économique eurasienne (55 catégories des 97 y sont visées), étant à préciser que certains groupes de produits incluent ou excluent expressément certaines marques. A titre d'exemple, sont compris dans la liste, les perles, les pierres précieuses, le papier, les produits textiles (soie, coton etc), les vêtements, les montres et leurs parties (uniquement des marques Apple, Acer, Samsung, Motorola, Sony et Siemens) ou encore les produits des catégories 32 à 36 et 38 (cosmétiques, parfumerie etc) (à l'exclusion des marques Cacharel, Diesel, Oral-B, ou encore les marques grand public et professionnelles du Groupe L'Oréal). Toutefois cette liste est régulièrement mise à jour, par exemple l'ordonnance du 21 juillet 2022 n° 3042 a notamment exclu de la liste les produits textiles et supprimé l'exception dont profitait certaines marques de cosmétique et parfumerie telles que celles précitées. Dernièrement, la liste a été étendue aux boissons alcoolisées comme les marques Jack Daniel's, Johnnie Walker ou Jägermeister (Ordonnance du 21 octobre 2022 n° 4456).

Afin d'assurer l'effectivité du décret du 29 mars 2022 et des ordonnances subséquentes, le législateur a étendu l'épuisement à tout droit de propriété intellectuelle qui accompagnerait la marchandise marquée et ce, pour éviter que ces droits ne puissent servir de fondement pour bloquer l'importation des produits en question (Loi du 28 juin 2022 n° 213-FZ).

En matière de contrefaçon, l'affaire « Peppa Pig » (Tribunal arbitral de la région de Kirov, 3 mars 2022, aff. n° A28-11930/2021) a pu inquiéter les titulaires de marques en ce que le tribunal avait débouté Entertainment One UK Limited de ses demandes en contrefaçon de marque et de droit d'auteur contre un entrepreneur russe qui avait repris le personnage de Peppa Pig et de Papa Cochon. La juridiction avait notamment fait droit à l'argument du défendeur selon lequel l'action du demandeur s'apparentait à un abus de droit en raison des mesures restrictives imposées par le Royaume-Uni à la Fédération de Russie (le Royaume-Uni faisant partie de la liste des États étrangers commettant des actes inamicaux à l'encontre de personnes morales ou physiques russes en vertu du Décret présidentiel du 5 mars 2022 n°430, subséquemment étendue par les ordonnances du gouvernement n° 2018-p du 24 juillet 2022 et n° 3216-p du 29 octobre 2022. Cette décision fut toutefois infirmée par la juridiction d'appel (Tribunal arbitral d'appel de la région de Kirov, 27 juin 2022, aff. 02AP-2571/2022), qui a, entre autres, relevé qu'au regard de la Convention de Berne et du Protocole de Madrid, la protection égale de la propriété intellectuelle des organisations étrangères est garantie sur le territoire du pays et, dès lors, l'introduction d'une telle action en justice ne saurait être considérée comme un abus de droit au sens de l'article 10 du Code civil de la Fédération de Russie. La juridiction responsable des pourvois en cassation en matière de propriété intellectuelle s'est également prononcée en ce sens, soulignant que l'appréciation de l'abus de droit se fait par rapport aux actes concrets accomplis par la partie en cause au moment des faits invoqués et non par rapport à la qualification des actes de l'État dont la partie provient (Cour de propriété intellectuelle (Cour de Cassation), 19 octobre 2022, aff. C01-1871/2022).

Dans cette même logique et dans un entretien récent, la présidente de la Cour des droits de propriété intellectuelle, Lyudmila Novoselova, se veut plus que rassurante et souligne la ligne judiciaire consistant à prendre en compte les faits et actes propres à chaque litige. Ce faisant, elle rappelle que les tribunaux russes sont guidés par une analyse du différend à l'aune des actes de la partie à l'instance sans que les actions de l'État auquel elle appartient puisse lui porter préjudice.

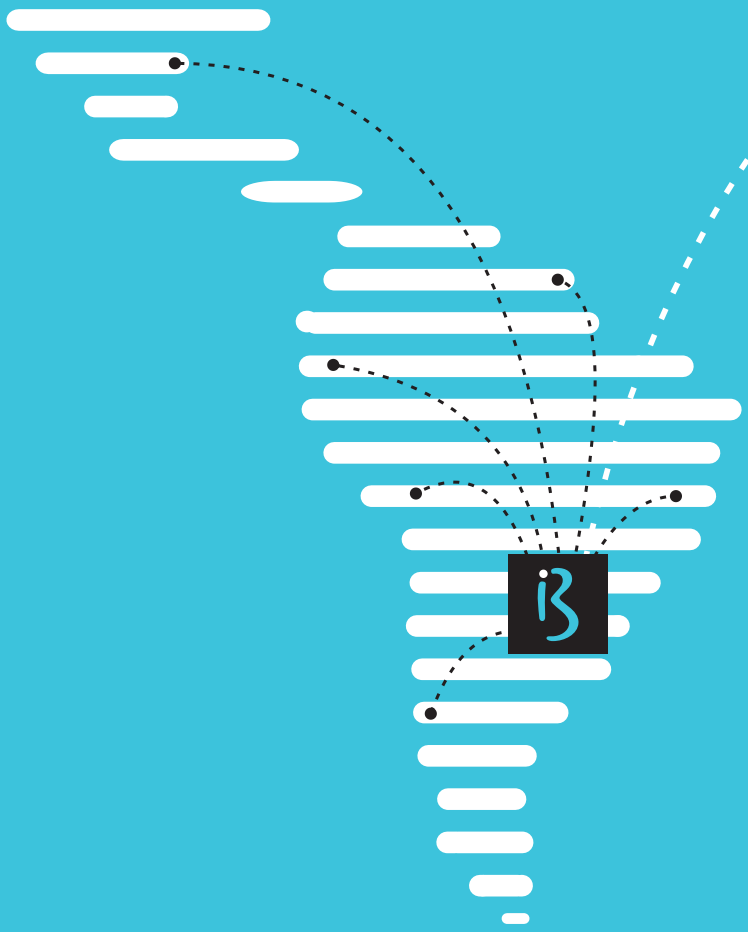
Elle ajoute, pour terminer, qu'il serait injuste de ne pas assurer la protection des droits de propriété intellectuelle d'entreprises souhaitant poursuivre leurs activités économiques dans le pays sur le simple fondement de leur État d'origine.

Un arrêt de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie de 2018 (Cour Constitutionnelle, 13 février 2018, aff. N° 8-P, « PAG LLC ») relatif à des actes de concurrence déloyale (abus de droit) dans le cadre d'un litige portant sur l'importation parallèle de médicaments mérite d'être relevé. Au terme de cet arrêt, les juridictions peuvent refuser en partie ou totalité le recours d'un titulaire de marque agissant de mauvaise foi (abus de droit) à l'encontre d'importateurs parallèles dès lors que l'application des droits exclusifs serait susceptible de créer une menace pour la santé et sécurité des citoyens ou susceptibles de porter atteinte à des intérêts publics fondamentaux, la mauvaise foi devant s'apprécier au regard des faits et circonstances particuliers de l'espèce. Ainsi, doit être considéré de mauvaise foi le titulaire qui utilise le mécanisme d'épuisement régional pour restreindre l'importation de biens spécifiques sur le marché intérieur ou mettre en œuvre une politique tarifaire consistant à appliquer des prix excessifs sur le marché russe dans une mesure supérieure à une activité économique normale pour des biens de nécessité vitale. La Cour ajoute également qu'un titulaire commet des actes de concurrences déloyales lorsqu'il interdit l'importation parallèle de tels produits conformément à des sanctions prononcées par un État étranger contre la Fédération de Russie ou ses entités économiques et établies en dehors toute procédure juridique internationale et en violation des traités internationaux dont la Russie ferait partie.

Une question restant en suspend et méritant d'être adressée concerne l'impact de la cessation des activités commerciales eu égard à l'exigence d'usage sérieux de la marque. En Russie, un titulaire peut être déchu de ses droits sur la marque en l'absence d'usage pendant une durée ininterrompue de 3 ans (C. civ., art. 1486(1)). Afin d'éviter la déchéance de ses droits, le titulaire peut apporter la preuve de circonstances indépendantes de sa volonté ayant empêché l'exploitation de sa marque (C. civ., art. 1486(3)). Toutefois, il est peu probable que l'exception de justes motifs puisse être acceptée par les juridictions dès lors que le titulaire a volontairement suspendu ou cessé son activité dans le pays en soutien à la nation Ukrainienne. De plus, dans une telle hypothèse et dans le cadre d'une action en contrefaçon initiée par le titulaire de la marque, ce dernier pourrait également tomber sous le coup des dispositions de l'article 10(1) du Code civil relatives à l'abus de droit. Si l'incertitude subsiste dans le cas où le titulaire aurait expressément indiqué suspendre son activité en raison de contraintes logistiques ou d'approvisionnement des matières ou produits avec preuve à l'appui de ses prétentions, la logique voudrait que les juridictions appliquent l'exception de justes motifs.

La fin de cette guerre aux milliers de victimes n'étant malheureusement pas encore en vue, rien ne peut être affirmé avec certitude. Bien que le système des marques russe se trouve jusqu'alors relativement épargné par un conflit mené sur tous les fronts, il n'est pas à l'abri d'être ébranlé dans le futur.

Experts en propriété intellectuelle en Amérique latine



Dépôt de demandes
Convention de Paris / PCT

Recherches d'antériorités

Traduction de brevets

Commercialisation de la PI

BERKEN IP

info@berkenip.com | www.berkenip.com

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

Les indications géographiques, un atout pour les communautés du sud

Geographical Indications, an asset for southern communities

Mohamed Ahmed EL KORY

Économiste et expert en Propriété Intellectuelle

Les indications géographiques (IG), signes distinctifs qui permettent d'identifier des produits de qualité sur les marchés, constituent une forme de labellisation qui est encore au stade de balbutiement en Afrique de l'Ouest et du Centre. Cette situation peut s'expliquer par le faible degré d'imprégnation que les communautés de la région ont des avantages du système de propriété intellectuelle et notamment, de l'impact de la labellisation des produits dans le cadre de leurs activités commerciales. Pourtant, les avantages que les producteurs peuvent tirer d'une protection efficace des IG sont indéniables : développement économique, social et culturel de certaines régions, création d'emplois et préservation du patrimoine environnemental et culturel. Dans cet article, nous allons tenter de mettre la lumière sur les acteurs intervenants dans la mise en place des IG, leur mode de protection et le modèle de développement qui peut en découler.

Geographical indications (GIs), distinctive signs that identify quality products on the markets, are a form of labeling that is still in its infancy in West and Central Africa. This situation can be explained by the low degree of impregnation that the communities of the region have of the advantages of the intellectual property system and in particular, of the impact of the labeling of products within the framework of their commercial activities. However, the benefits that producers can derive from the effective protection of GIs are undeniable: economic, social and cultural development of certain regions, job creation and preservation of environmental and cultural heritage. In this article, we will try to shed light on the actors involved in the establishment of GIs, their mode of protection and the development model that can result from it.

Introduction

Relevant de la Propriété industrielle, l'Indication Géographique (IG) est un signe distinctif permettant de mettre en évidence un lien entre l'origine du produit auquel elle s'applique et une qualité, réputation ou autre caractéristique déterminée qui peut être attribuée essentiellement à cette origine géographique.

Les IG sont un droit de propriété intellectuelle particulier par les valeurs qu'elles intègrent et véhiculent auprès des consommateurs et par les retombées qu'elles ont dans différents secteurs, que ce soit pour les producteurs, les consommateurs, mais aussi pour le développement économique au niveau local et pour la sauvegarde de la biodiversité.

Les IG, notamment agroalimentaires sont issues d'une très vieille tradition qui donnait le nom du produit de l'endroit où il venait. Avec le temps et la volonté politique, dès les années 1930, la création des Appellations d'Origine Contrôlées[1] ont donné un nouveau souffle aux IG qui sont devenues des

[1] Mission parlementaire auprès du Premier ministre - Rapport de Jean Bizet, Sénateur, Juin 2005.

références et des garanties de qualité pour le consommateur. Elles sont, en effet, le vecteur d'une identité culturelle nationale, régionale et locale. Elles permettent de valoriser les richesses naturelles d'un pays et le savoir-faire de sa population et confèrent une identité à des productions locales. Pour comprendre l'importance qu'elles peuvent jouer, il suffit de penser à « Parmigiano », « Roquefort », « Basmati », « Darjeeling », « Champagne », « Bordeaux », « saucisse d'Ajoie » et « Tequila » pour les produits alimentaires, ainsi qu'à « Bukhara » pour les tapis, « Talavera » pour les céramiques, « montres suisses » pour les montres ou « Limoges » pour les émaux ; entre autres.

Dès lors, l'utilisation abusive des IG par des tiers non autorisés est préjudiciable aux consommateurs et aux producteurs légitimes. Les consommateurs pensent acheter un produit authentique présentant des qualités et des caractères précis, alors qu'il s'agit d'une imitation sans valeur. Les producteurs légitimes subissent également un préjudice parce qu'ils perdent le bénéfice d'opérations commerciales lucratives et qu'il est porté atteinte à la renommée de leurs produits.

Cependant, les IG ne sont pas dénuées de protection. En effet, il n'est pas fortuit de rappeler ici que l'expression « indications géographiques » avait déjà droit de cité dans le droit conventionnel international[2]. En effet, la Convention de Paris de 1883 pour la protection de la propriété industrielle faisait déjà référence aux « indications de provenance ou appellations d'origine »[3].

L'Arrangement de Madrid concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses sur les produits, du 14 avril 1891, est éloquent dans son titre même[4].

L'Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international, du 31 octobre 1958[5], faisait, quant à lui, référence aux protections déjà prévues par les deux accords susmentionnés.

C'est toutefois la création de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) en 1994 qui a marqué une avancée déterminante pour la protection de la propriété intellectuelle. C'est plus particulièrement l'Accord sur les aspects de la propriété intellectuelle liée au commerce (Accord sur les ADPIC) qui a constitué un réel progrès en intégrant dans le droit international la défense des IG. Cet accord est néanmoins à deux vitesses concernant la protection des IG : une protection renforcée est organisée pour les vins et spiritueux et une faible protection pour les autres produits qu'ils soient agricoles, industriels ou artisanaux.

L'article 22.1 de l'Accord sur les ADPIC définit ainsi les IG comme des : « *Indications qui servent à identifier un produit comme étant originaire du territoire d'un membre [de l'OMC], ou d'une région ou localité de ce territoire, dans les cas où une qualité, réputation ou autre caractéristique déterminée du produit peut être attribuée essentiellement à cette origine géographique* ».

L'étendue de cette définition permet aussi d'inclure la notion d'appellation d'origine qui constitue une catégorie d'IG dont les exigences par rapport à l'origine sont plus importantes. Les appellations d'origine (AO) sont seules concernées par l'Arrangement de Lisbonne. Quant à la règlementation de l'Union européenne, elle distingue les Appellations d'origine protégées (AOP) et les Indications géographiques protégées (IGP).

L'IG constitue un droit collectif d'usage : l'usage de l'IG est réservé exclusivement aux acteurs qui respectent le cahier des charges garantissant le lien entre l'origine géographique (indiquée par le nom) et une certaine qualité, réputation ou autre caractéristique déterminée. Mais tous ceux qui respectent le cahier des charges ont le droit d'utiliser le nom enregistré et déposé pour l'IG. C'est là une différence importante avec la marque. Autre différence notable, l'IG

[2] Documents SCT/6/3/Rev. et SCT/8/5

[3] Art. 1 et Art. 10

[4] Art. 1, 3bis et 4

[5] Art. 4.

est incessible et indisponible (elle ne peut être vendue, contrairement à la marque)[6].

I. La position des pays d'Afrique, Caraïbes et Pacifique (ci-après « ACP »)

De nombreux analystes pensent que les pays ACP pourraient profiter de l'expérience acquise par l'Union européenne en matière de protection des IG. En premier lieu, les accords bilatéraux pourraient contribuer au règlement des différends concernant l'emploi d'IG par les pays ACP. En deuxième lieu, les États ACP peuvent négocier la protection de leurs indications géographiques dans les pays tiers. Enfin, cette expérience devrait contribuer à renforcer les relations UE – ACP et améliorer la compréhension des problèmes opposant l'UE et les pays ACP puisque, par tradition, l'Union européenne et les pays ACP ont élaboré une combinaison unique d'aide, de développement, et de coopération politique (Accord de Cotonou, APE[7], etc.).

Par ailleurs, le groupe ACP devrait se faire entendre concernant les IG. Si l'on tient compte du vaste éventail de produits traditionnels originaires des pays ACP, les producteurs de produits traditionnels ne pourraient qu'en bénéficier. Les produits traditionnels dont les IG sont protégées peuvent être vendus à un prix dépassant de 40 % celui de produits analogues ne portant pas d'IG. Les faits tendent à montrer que cette hausse de prix est transférée en amont de la filière, autrement dit jusqu'au producteur de matières premières.

La protection de produits traditionnels n'empêche pas le développement parallèle de volumes accrus d'exportations agricoles ou industrielles. A l'instar de la situation dans l'UE, il peut exister un développement parallèle entre les grands et les petits producteurs. Toutefois, les producteurs doivent être conscients du fait que la demande de produits traditionnels par les consommateurs s'accroît au sein même de l'UE.

II. L'Afrique, région riche en ressources génétiques et halieutiques

L'Afrique a vraisemblablement une carte à jouer dans le mécanisme de protection des IG. Ses forêts et savanes recèlent une partie importante de la biodiversité planétaire, avec de multiples variétés végétales et animales. D'aucuns pensent que nombre de ces ressources ont des caractéristiques qui peuvent les rendre éligibles à la démarche d'IG.

Par ailleurs, un peu partout dans le monde, des voix autorisées commencent à montrer du doigt des inventions occidentales résultantes de ressources génétiques qui se trouvent essentiellement dans les pays en développement. En chef de file, on trouve des défenseurs de l'environnement qui estiment que de nombreuses multinationales ont effectuées des recherches sur les ressources génétiques tout en exploitant les connaissances traditionnelles des communautés autochtones ou locales, qui elles, sont restées dans l'anonymat[8].

Ainsi, l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) a élaboré la notion de « droits des agriculteurs »[9], c'est-à-dire les droits résultant de la contribution passée, présente et future des agriculteurs à la conservation, à l'amélioration et à la mise à disposition des ressources phylogénétiques. Ces Savoirs Traditionnels (ST) constituent, aujourd'hui, un élément essentiel du régime de la biodiversité de la Convention sur la diversité biologique. Traité des Nations Unies de 1992, la Convention sur la diversité biologique traite de la façon dont les pays

[6] Guide du demandeur d'Indication géographique Document de travail pour les administrations et les producteurs Version 2.1 – avril 2011

[7] Accord de Partenariat Économique.

[8] Le Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture : instrument innovant pour la gestion de l'agro-phytodiversité Thèse présentée pour le doctorat en droit nouveau régime soutenue le 18 janvier 2010, par Mlle Thi Thuy Van Dinh.

[9] Colloque mondial sur les indications géographiques, OMPI, INDECOPI – juin 2011, Lima (Pérou).

dans lesquels des ressources génétiques sont situées peuvent participer aux activités de recherche biotechnologique et partager, à des conditions mutuellement convenues, les fruits de cette recherche.

A titre d'exemple, dans l'espace de l'Organisation Africaine Propriété Africaine (OAPI), trois produits sortent déjà du lot, et viennent d'être labélisés. Il s'agit du miel blanc d'Oku et du poivre de Penja, deux produits camerounais, ainsi que du café « Ziama Macenta » de Guinée, dont le signe distinctif (IGP-OAPI) sera désormais apposé sur toute indication géographique protégée du territoire de l'organisation.

La labellisation de ses trois produits a été rendue possible grâce au projet PAMPIG[10] financé par l'agence française de développement (AFD) et l'OAPI dans les pays membres de cette organisation (Afrique de l'ouest et du centre) ; avec l'assistance technique du centre de coopération internationale en recherche agronomique pour le développement (CIRAD).

C'est ainsi que la production du miel d'Oku a été multipliée par 3 en 4 ans, et 40% de la production est désormais exportée[11]. D'autres produits de cette région sont actuellement en lice avec les demandes du Niger, pour le Kilichi, le violet de Galmi et le Jafata, mais également les nouveaux produits pilotes du PAMPIG (l'ananas pain de sucre, l'huile d'Agonlin, le Gari Sohoui de Savalou, le cacao rouge du Cameroun, l'Attiéké des Lagunes, le pagne Baoulé et la Baronne de Guinée).

Parti de moins de 4000 francs CFA[12]le kilogramme, le poivre d'Oku après labellisation, a atteint 15.000 à 20.000 francs CFA le même kilo[13]. De nombreux documentaires montrent l'impact socio-économique de cet outil sur les régions de Njombé-Penja, Mbanga, Loum, Tombel, au Cameroun qui constituent l'aire géographique de l'IGP.

La reconnaissance officielle des IG est donc devenue un enjeu important pour l'Afrique et, plus largement, pour les pays en voie de développement, aussi bien pour la reconnaissance et la protection de leur patrimoine (ressources naturelles et savoirs traditionnels), qu'en tant qu'outils de développement économique.

III. Les acteurs intervenants dans la mise en place de l'IG

La construction d'une IG repose sur trois piliers : une organisation de producteurs qui porte la démarche, un produit reconnu pour sa spécificité, et l'État qui reconnaît officiellement et garantit le droit de propriété intellectuelle sur une dénomination liée à ce produit, quand il est issu d'une zone géographique précise et respecte un cahier des charges. Même si une qualité spécifique caractérisant le produit est volontairement recherchée, le produit doit, d'abord, satisfaire aux normes de la règlementation nationale et éventuellement internationale, en cas d'exportation.

Différents types d'acteurs sont impliqués dans la mise en place d'une IG. En premier lieu, ceux de la filière (producteurs, transformateurs, distributeurs…) jouent un rôle central dans le système de production (souvent traditionnel) du produit. En deuxième lieu, les membres de la communauté et les institutions locales, les autorités publiques, les chercheurs, les ONGs de développement, à l'intérieur et à l'extérieur du territoire de production, peuvent également être impliqués à différents stades de la mise en place d'une démarche IG.

En effet, l'IG nécessite une forte implication des producteurs locaux et des autres acteurs économiques de la filière. C'est une démarche

[10] Projet à la mise en place des IG.

[11] OAPI Magazine N° 033 – septembre-octobre-novembre 2019.

[12] Le franc CFA, franc de la Communauté financière africaine, est le nom porté par deux monnaies communes africaines, et utilisé par quatorze pays d'Afrique.

[13] OAPI Magazine N° 033 – septembre-octobre-novembre 2019.

volontaire, collective et il est donc indispensable que se mette en place, dès le début de la démarche, une organisation collective qui deviendra une véritable instance de concertation entre les différentes parties prenantes et qui appuiera toutes les phases de la démarche IG. Cette organisation peut prendre la forme d'une association, d'une coopérative ou encore d'une organisation interprofessionnelle.

Afin que les acteurs locaux, en particulier les producteurs, s'approprient la démarche IG, il est essentiel qu'ils participent aux décisions et actions relatives aux produits IG et qu'ils bénéficient d'une redistribution équitable des bénéfices tout au long de la filière. Ceci suppose également une organisation des acteurs tenant compte de leur représentativité ainsi qu'une approche participative dans toutes les étapes de la démarche.

A. Les communautés

Les structures qui permettent le développement, le maintien, la commercialisation et la surveillance des IG sont la pierre angulaire de leur succès. Le complexe processus d'identification et de délimitation d'une IG, d'organisation des pratiques et normes existantes, et d'élaboration d'un plan de protection et de commercialisation des produits exige un engagement à long terme en faveur de la coopération et du renforcement des capacités.

Pour obtenir et préserver une IG au plan local, les structures organisationnelles et institutionnelles doivent se développer pour faire en sorte que l'ensemble du processus d'obtention (qui dure plusieurs années) suive son cours, qu'il soit participatif et équitable, ce qui n'est pas chose facile. Les institutions locales telles que les associations de producteurs, les communautés autochtones et paysannes, les coopératives, les groupes de femmes, et les ONGs ne sont souvent pas suffisamment équipées pour surmonter les difficultés rencontrées.

Rappelons que dès 2003, en réponse à l'augmentation des risques de fraudes et d'usurpations rencontrées par les IG, des producteurs du monde entier ont mis leurs efforts en commun pour demander la mise en place d'un système international efficace destiné à protéger les IG et les promouvoir comme un outil de développement durable dans l'intérêt des producteurs et des communautés locales[14].

OriGIn (Organization for an International Geographical Indications Network) a été créé à Genève dans ce but, sous la forme d'une ONG. Aujourd'hui, OriGIn représente environ près d'une centaine d'organisations de producteurs issus de plus de 30 pays développés ou en développement. Elle est devenue un acteur clé sur la scène internationale pour les IG, ainsi qu'un excellent support de communication pour les producteurs détenant des IG dans le monde entier.

Les objectifs d'OriGIn sont de promouvoir les IG comme un outil pour le développement durable et d'instrument visant à protéger les connaissances locales. OriGin plaide également en faveur d'une protection juridique plus efficace aux niveaux national, régional et international, par le biais de campagnes à l'intention des décideurs, des médias et du grand public.

B. Les pouvoirs publics

Face aux nombreux défis que doit relever le secteur agricole dans le cadre d'une concurrence accrue et d'une dévaluation des prix, les IG constituent à la fois un refuge, un élément de différenciation et un moteur de croissance. A ce titre, elles ont retenu l'attention des pouvoirs publics et connu un essor législatif sans précédent au cours des dernières années.

Comme nous l'avons déjà vu, les IG sont des labels collectifs institutionnels, c'est-à-dire

[14] Territoires, produits et acteurs locaux : des liens de qualité - Guide pour promouvoir la qualité liée à l'origine et des indications géographiques durables-2009, Organisation des Nations-Unies pour l'alimentation et l'agriculture, accessible au lien suivant : https://www.fao.org/3/i1760f/i1760f.pdf.

des biens publics des territoires, qui sont stratégiques pour les politiques du développement rural. Les administrations régionales et locales doivent savoir jouer un rôle de guide pour les producteurs, avec des actions diversifiées allant de la formation sur le terrain, en passant par la coordination entre administrations et jusqu'à la promotion sur le marché.

En effet, promouvoir la qualité liée à l'origine géographique par le biais des IG est un moyen de contribuer au développement, notamment rural. En ce sens, les autorités publiques aux niveaux national, régional et local, ainsi que les agents en charge de missions pour le secteur public, ou représentant des intérêts publics, peuvent conforter la durabilité du système des IG, notamment au travers de l'appui aux initiatives au niveau local.

Le secteur public peut jouer un rôle important à tous les niveaux, y compris avec la coopération intergouvernementale, en fournissant les conditions nécessaires à la protection, la réglementation et l'appui aux IG. Le développement durable autour d'un produit IG nécessite en effet :

- Un cadre juridique (législatif et réglementaire) et institutionnel solide, permettant la reconnaissance et la protection des droits de propriété collectifs de l'IG sur un territoire donné ;
- Une politique de développement rural intégrée, qui apporte un soutien aux acteurs locaux aux différentes étapes du cercle de qualité. Pour cela, les instances publiques peuvent favoriser certains facteurs de développement, notamment pour une redistribution équitable de la valeur le long de la filière et pour le territoire dans son ensemble, et la préservation des ressources locales qui sont aussi des biens publics, entre autres l'environnement et les valeurs culturelles.

Aujourd'hui, il est clair que le sentier pour obtenir une IG est balisé par les administrations publiques. Si un produit présente les caractéristiques nécessaires pour répondre aux critères de constitution d'un dossier, il est possible d'instruire la demande d'enregistrement d'une IG. C'est souvent une question de temps. Mais l'enregistrement de l'IG n'est que la première pierre d'un édifice complexe. Avec l'enregistrement de l'IG vient la mise en place des outils de gestion du système, puis l'organisation des producteurs. Ces derniers doivent maîtriser les actions de protection du produit, envisager de nouvelles initiatives de marketing et de promotion des produits en s'adressant aux intermédiaires comme aux consommateurs pour construire les signes distinctifs par rapport aux produits banalisés.

Plusieurs points faibles nécessitent des soutiens institutionnels. Dans ce contexte, les administrations publiques, en particulier les collectivités régionales et locales, en raison de leur connaissance de la situation productive et des acteurs des filières locales, peuvent jouer un rôle fondamental lié aux politiques de développement des territoires et des productions de qualité. Parmi ces actions, on peut citer les soutiens publics aux producteurs, les activités de promotion et d'information, et la mise en place des comités nationaux des IG.

Il est utile de rappeler que le Conseil d'Administration de l'OAPI, lors de sa 50ème session ordinaire du 13 au 14 décembre 2010, à Libreville, avait pris une importante décision, à savoir la création des Comités nationaux d'examen et de valorisation des dossiers de demandes de reconnaissances nationales des IG.

IV. Les opportunités pour les territoires

Aujourd'hui, il est de notoriété publique que les IG permettent de valoriser et de préserver les savoir-faire nécessaires à l'élaboration de produits agricoles spécifiques à une géographie, à un terroir, donc à une culture rurale. C'est un outil de protection de la qualité des produits et de l'économie de ce terroir. Selon Jean-Luc François, responsable du développement agricole à l'AFD :

« Il est apparu nécessaire de protéger ces traditions face à une mondialisation où les seules normes internationales sanitaires ou nutritives pouvaient conduire à une uniformisation de la consommation, le consommateur perdant le goût de la cette diversité et le producteur perdant le bénéfice de cette valeur ajoutée par la tradition, tout devenant copiable ».[15]

Par ailleurs, la protection des IG ouvre aux producteurs la possibilité d'être davantage impliqués dans la transformation et la commercialisation de leur produit, soit directement par leurs coopératives soit par des partenariats avec l'aval de la filière, leur permettant ainsi de récupérer une part plus grande de la valeur ajoutée.

Promouvoir les IG, c'est donc conserver des pratiques agricoles et défendre une économie locale, ce qui, de fil en aiguille, contribuera à renforcer les petits exploitants agricoles africains et à les faire profiter de l'ouverture des marchés mondiaux. Une stratégie de production basée sur les IG s'est, enfin, révélée comme un important facteur de lutte contre la pauvreté.

Les IG permettent de valoriser les produits du terroir qui possèdent des caractéristiques propres, liées aux facteurs naturels tels que le sol, le climat ou aux facteurs humains tels que des techniques ou méthodes de production.

A. La lutte contre la « concurrence déloyale » et le renforcement de la confiance du consommateur

Le premier atout propre à la protection des IG est d'empêcher le phénomène de délocalisation de la production. Un produit ne peut être commercialisé sous le nom géographique protégé en IG que s'il est issu du territoire défini qui lui confère, en raison du climat ou de facteurs humains propres au lieu, des caractéristiques uniques. En ce sens, la protection de l'IG empêche la production, par des entreprises situées en-dehors du territoire défini, de produits traditionnels à haute valeur ajoutée et l'usurpation des méthodes traditionnelles de fabrication des pays en voie de développement.

L'enregistrement d'une IG a donc un premier intérêt économique important : celui de réserver les bénéfices de l'usage du nom géographique ou traditionnel aux seuls utilisateurs autorisés. Pour que cette protection entre en vigueur, elle doit être demandée par les ayants droits et établie par une base légale appropriée dans le pays d'origine.

La démarche consiste aussi à gagner la confiance du consommateur. De ce point de vue, la justification économique des IG est fondée sur le constat de l'asymétrie d'information sur le marché relativement aux produits, asymétrie que la réputation, la qualité ou autres caractéristiques diminuent en présence d'une IG : les IG communiquent au moins le lieu de production du produit et la typicité de celui-ci en rapport avec sa zone de production.

Une telle stratégie économique de différenciation permet de placer le produit sur un segment de marché pour lequel les consommateurs, quand ils ont reconnu la spécificité liée à l'origine, expriment une propension à payer plus cher pour récompenser cette spécificité. Cette stratégie rétablit la confiance entre les producteurs et les consommateurs. Quand ces derniers sont situés loin du lieu d'origine du produit, la labellisation IG leur assure que le produit pour lequel ils payent est fabriqué dans l'endroit attendu, selon les méthodes attendues. On parle de garantie quant à la traçabilité du produit.

En luttant contre la concurrence déloyale, les IG ont donc pour effet de permettre aux filières concernées et aux entreprises de se positionner en développant des stratégies de différenciation et de s'assurer le retour (soit-il minime) de la valeur ajoutée créée.

B. La maîtrise des marchés

Les défis de plus en plus importants auxquels sont confrontés les pays de l'Afrique

[15] Interview de Jean Luc François (AFD) : « Les Indications géographiques protégées (IGP) rendent la mondialisation profitable à des terroirs africains et aux hommes qui les font vivre », INTER-RESEAUX, Développement Rural, 26 février 2013.

subsaharienne sur le marché, du fait des grands changements de l'économie mondiale, ont fait naître une réflexion sur les options offertes à leurs produits pour mieux intégrer les circuits marchands. Plus spécifiquement, les économies de ces pays sont particulièrement vulnérables aux chocs extérieurs et la dernière crise économique a conduit à d'importantes pertes de parts de marché justifiant aujourd'hui l'exploration de nouvelles opportunités d'exportation.

Dans ce contexte, les IG se présentent comme une véritable opportunité de différentiation, soutenue par le fait que cette région regorge de produits typiques méritant à ce titre, une protection juridique en référence à l'origine. Le cadre géographique, la richesse du sol, les conditions climatiques et le savoir-faire des populations confèrent à certains produits des caractéristiques particulières.

En effet, dans le cadre d'une économie mondialisée, la compétitivité ne consiste plus seulement à intensifier la production et les coûts ; elle implique la prise en considération d'autres facteurs, autres que le prix et tel que la qualité spécifique. D'ailleurs, la demande et l'offre des produits d'origine augmentent en réaction à la mondialisation[16], si bien que désormais, pour être plus compétitifs, les agriculteurs ont besoin de produire pour un marché bien identifié plutôt que de tenter de vendre en quantité. Cette tendance s'applique non seulement pour les produits exportés, mais aussi pour les produits commercialisés localement qui doivent faire face à la concurrence des produits importés, ce qui est particulièrement vrai dans les pays en développement.

En effet, la demande locale est importante surtout quand les consommateurs locaux viennent d'émigrer en zone urbaine et ont conservé des liens culturels forts avec des produits de leurs zones rurales d'origine, ou encore pour les consommateurs de classe moyenne qui recherchent une alimentation de qualité. Localement, l'existence de réseaux sociaux forts peut offrir des avantages pour l'organisation de la chaîne de valeur. Ces réseaux réduisent les risques et les coûts de transaction. Quand la distance entre les producteurs et les consommateurs augmente, la diaspora peut jouer un rôle d'impulsion pour les produits d'origine sur les marchés d'exportation. Elle peut contribuer à étendre les produits IG à de nouveaux groupes de consommateurs. Quand la diaspora consomme les produits de son pays d'origine, ces produits peuvent gagner une réputation et la confiance d'un groupe plus large de consommateurs et de commerçants. Cette reconnaissance par le marché, bien que fondée sur des mécanismes informels, a toute son importance. Une telle segmentation du marché des produits IG en provenance des pays de l'OAPI peut se traduire par d'importantes plus-values pour les producteurs.

Le secteur des IG représente 15 %[17] de la valeur de la production totale de l'industrie agroalimentaire et les filières sous signe d'origine bénéficient d'une progression plus rapide de leur chiffre d'affaires que le reste de la filière agricole. Entre 1997 et 2001, la progression du chiffre d'affaires des IG a été de 6,8%, tandis que celle de la filière agricole classique n'aura été que de 0,7%. De même, le prix de vente des produits sous IG est supérieur au prix des produits similaires, jusqu'à 230% sur les vins et 30% sur les fromages[18].

Par ailleurs, beaucoup des ressources des pays de l'OAPI sont des cultures d'exportations soumises aux fluctuations des prix sur le marché mondial. La mise en place des IG pourrait permettre aux produits protégés de conserver leur différentiel-prix par rapport aux produits non identifiés par leur origine, en cas de chute des cours sur le marché mondial.

À noter que l'artisanat occupe une place importante dans la société traditionnelle africaine, si bien que sa valorisation en

[16] M.K. Van Ittersum (2004).

[17] Réflexions sur les moyens de mieux assurer le respect et la promotion des indications géographiques agroalimentaires à l'échelle internationale, Mission parlementaire auprès du Premier ministre Rapport de Jean Bizet Sénateur, juin 2005.

[18] *Idem*.

référence à son origine géographique favoriserait la diversification économique grâce à l'intégration de ces produits, qui sont des vecteurs de développement.

L'intérêt de la démarche convainc facilement, mais elle se combine avec un autre intérêt qui intéresse plus encore les décideurs publics : la dynamisation de l'espace rural.

C. Le développement rural

Les dernières crises alimentaires survenues en 2009 sur le continent africain ont révélé le défi de la productivité auxquels sont confrontés les pays pour assurer la sécurité alimentaire de l'ensemble de la population. Or, la forte concurrence des agricultures plus compétitives et l'absence de modernisation des exploitations chassent des millions de paysans pauvres vers les villes, à la recherche de conditions de vie moins défavorables.

Suivant le schéma mis en place, l'introduction des IG peut, pourtant, favoriser le développement rural en : i) créant de la valeur ajoutée en favorisant l'accès à des marchés de niche améliorant le revenu des producteurs locaux ; ii) contribuant à la préservation des ressources locales, naturelles et culturelles iii) consolidant les relations entre les parties prenantes impliquées dans le processus, en particulier dans le cadre des organisations crées à cet effet.

D. La préservation du patrimoine culturel

Enfin, l'IG est aussi l'expression d'un droit à la différence, essentiel à l'époque de la globalisation, permettant de « préserver la localisation dans le cadre de la mondialisation ».

Aux menaces de la globalisation sur les marchés d'exportation répondent les menaces à l'encontre des produits traditionnels produits et consommés sur le marché domestique. Avec l'arrivée de nouveaux produits modifiant les styles de vie, ces produits sont délaissés, avec le cortège de difficultés économiques qui en résultent pour leurs producteurs.

Or, d'après les études menées par l'initiative « Biotrade » de la Conférence des Nations-Unies pour le Commerce et le Développement (CNUCED), les IG, plus que tout autre instrument de propriété intellectuelle, permettent une utilisation et une gestion des ressources biologiques et des savoirs traditionnels plus adaptés aux coutumes des communautés indigènes[19].

E. Les IG garantissent l'utilisation exclusive d'une désignation aux producteurs d'une région donnée

La protection juridique conférée aux IG permet aux producteurs de faire interdire toute utilisation incorrecte, usurpation ou imitation de l'IG sur des produits ne provenant pas de la région désignée ou ne respectant les conditions du cahier des charges. Les producteurs qui utilisent l'IG n'ont ainsi pas à craindre les pertes économiques et commerciales (pertes de parts de marché, dévalorisation de la réputation de leurs produits) dues à des utilisations incorrectes et abusives de leur IG. Ils sont ainsi assurés de pouvoir agir dans un contexte de concurrence loyale, ce qui les encourage à poursuivre dans une production de qualité.

L'IG, fruit d'une démarche collective et volontaire des producteurs d'une région donnée, leur permet de se fédérer en leur conférant un poids qui leur permet de jouer un rôle plus direct sur le marché par un contrôle plus efficace et facilité des quantités produites et des prix de vente. On a en effet pu constater qu'une interprofession unie autour d'une IG observe mieux le marché et peut répondre vite à ses demandes. Elle permet également aux producteurs de mieux résister aux pressions que des grands groupes de distribution font parfois exercer sur eux.

Pour que ces mécanismes fonctionnent, il est toutefois indispensable que seuls les produits provenant de la région désignée par l'IG soient identifiés par l'IG, faute de quoi ces

[19] Article 24.5 de l'Accord sur les ADPIC.

produits de qualité seront mis artificiellement au même niveau que les produits de masse, empêchant qu'on les distingue et qu'on les paye à leur juste valeur. C'est malheureusement ce qui arrive trop souvent de nos jours, étant donné la protection défaillante que l'Accord sur les ADPIC offre aux IG des produits autres que les vins et les spiritueux.

F. Les IG permettent de garder les valeurs ajoutées dans la région de production

Dans la mesure où les IG identifient un produit qui a des qualités qui sont dues à son origine géographique, la production du produit identifié par l'IG ne peut être délocalisée, sous peine de perdre le bénéfice de ce droit. C'est toute la différence qui existe entre ce droit et la protection des marques qui n'a pas pour but de protéger le nom d'un produit encré dans une zone géographique particulière, mais de distinguer les produits de diverses entreprises.

Empêchant la délocalisation de la production, les IG permettent de garantir des emplois aux producteurs locaux et en créent de nouveaux. Cela joue un rôle très important dans certains pays montagneux où il est important de maintenir des noyaux sociaux et économiques dans des régions décentrées et montagneuses (préservation du patrimoine environnemental). Dans divers cas, la démarche de l'IG a permis de créer des emplois dérivés dans la région (emballage, marketing, vente, distribution, etc.), gardant ainsi les valeurs ajoutées dans la région de production.

Grâce à la valorisation des produits traditionnels rendue possible par la démarche IG, c'est toute une région qui pourrait communiquer au monde ses traditions et ses typicités, favorisant le développement d'un nouveau type de tourisme.

G. Promotion des savoirs traditionnels

La biodiversité ne saurait exister sans les pratiques et les savoirs développés par les sociétés qui la créent, l'entretiennent ou bien la réduisent. Diversités culturelle et biologique sont intimement liées. En effet, au cours de l'histoire, les hommes ont choisi des pratiques culturales adaptées et respectueuses de leur environnement : variétés végétales, races animales, conditions de culture (intrants, densité de plantation…) et de récolte, etc.

A titre de référence, au Cameroun, les savoirs indigènes sont portés par les 34 communautés[20], 200 000 personnes pour lesquels la forêt est d'une grande valeur culturelle et spirituelle.

Depuis 1994, le projet de préservation de la forêt de Kilum-Ijim (mené par Birdlife International et le gouvernement camerounais) a su les impliquer et créer en leur sein 18 institutions de gestion forestière, où collaborent population locale, pouvoirs traditionnels et administration.

Les Savoirs Traditionnels constituent un élément essentiel du régime de la biodiversité de la Convention de la Diversité Biologique. En vertu de l'article 8, ils englobent les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui présentent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique que les parties contractantes s'engagent à préserver et à maintenir.

Utilisé ici dans un sens général, le terme 'savoirs traditionnels' désigne un ensemble de connaissances constituées par un groupe de personnes, une communauté, à travers les générations vivant en contact étroit avec la nature. Les ST revêtent une importance particulière dans les pays de l'Afrique centrale et occidentale compte tenu de leur rôle dans la conservation et la protection de

[20] Didier Chabrol, chercheur, Cirad, Julius Niba Fon, conseiller, SNV North West, Bamenda, Netherlands Development Organisation.

la biodiversité, mais également du rôle que jouent les méthodes traditionnelles d'agriculture et d'élevage dans la survie des populations, ainsi que dans l'apport en produits alimentaires.

Les communautés dites autochtones, indigènes ou locales, constituent la majorité de la population africaine. Elles sont inséparables du reste de la population et c'est en leur nom que la souveraineté doit être exercée.

La question de la reconnaissance et de la rémunération de la contribution des communautés autochtones et locales dont les connaissances traditionnelles sont employées dans les inventions brevetées est actuellement examinée au niveau international.

La Convention sur la diversité biologique traite de la façon dont les pays dans lesquels des ressources génétiques sont situées peuvent participer aux activités de recherche biotechnologique et partager, à des conditions mutuellement convenues, les fruits de cette recherche[21].

S'agissant de l'Accord sur les ADPIC, d'aucuns pensent que même s'il ne contient aucune disposition relative à la question de la participation des pays et des communautés locales aux avantages découlant de la recherche sur les ressources génétiques originaires de leur territoire, il y a toujours une alternative. L'accord ne contient pas non plus de dispositions qui empêchent ces pays et communautés de conclure des arrangements contractuels obligeant les entreprises à leur verser des redevances pour la recherche et une participation aux bénéfices de l'exploitation de toute invention qui en résulte.

V. Indications Géographiques, un modèle de développement

Considérés à la fois comme des leviers identitaires et des leviers économiques, voire organisationnels, les indications géographiques sont stratégiques pour les gouvernements prêts à défendre « leurs » entreprises ou groupements emblématiques nationaux en introduisant des procédures permettant l'acquisition de positions incontestables du fait de la réputation associée au nom d'un produit ou d'un terroir.

Les tensions du système actuel sont donc fortes et le caractère multiple des modes de gouvernance des États fait que l'articulation entre les politiques publiques et les initiatives de valorisation des produits du terroir passe par le recours à la réputation pour consolider, voire acquérir, des positions dominantes.

A. L'émergence de pôles de développement régionaux

Un produit de terroir peut devenir le pivot d'un cercle vertueux de qualité spécifique au sein d'une approche territoriale ; ainsi, sa valorisation en tant que produit IG peut avoir des effets positifs qui se renforcent au fil du temps, permettant ainsi de préserver le système agro-alimentaire et les réseaux sociaux associés, ce qui permet de contribuer à la durabilité économique, socioculturelle et environnementale.

La méfiance des consommateurs vis-à-vis des produits alimentaires industrialisés repose d'une part sur les problèmes de sécurité alimentaire générés par les crises récentes, mais aussi sur un problème d'identité des produits. Les consommateurs, qui réclament de plus en plus de « savoir ce qu'ils

[21] Convention sur la diversité biologique, Article 17, alinéa 2, intitulé « Echange d'informations », lequel indique « 2. Cet échange comprend l'échange d'informations sur les résultats des recherches techniques, scientifiques et socio-économiques ainsi que d'informations sur les programmes de formation et d'études, les connaissances spécialisées et les connaissances autochtones et traditionnelles en tant que telles ou associées aux technologies visées au paragraphe 1 de l'article 16. Cet échange comprend aussi, lorsque c'est possible, le rapatriement des informations. » et article 18, intitulé « Coopération technique et scientifique », lequel dispose : « 4. Conformément à la législation et aux politiques nationales, les Parties contractantes encouragent et mettent au point des modalités de coopération aux fins de l'élaboration et de l'utilisation de technologies, y compris les technologies autochtones et traditionnelles, conformément aux objectifs de la présente Convention. A cette fin. Les Parties contractantes encouragent également la coopération en matière de formation de personnel et d'échange d'experts ».

mangent » sont en quête d'aliments « vrais », « naturels », « authentiques », « traditionnels », « comme autrefois », tout ce que recouvre l'expression rassurante de « produits du terroir ».

C'est dans ces conditions que nombre de pays ont opté pour une décentralisation administrative des régions, la notion de terroir est revenue en force dans la cuisine gastronomique. Contrastant avec la vie urbaine, le terroir attire les gens des villes nostalgiques de leurs racines. Ainsi l'engouement pour les produits du terroir a pris une ampleur certaine depuis une quinzaine d'années, allant de pair avec les goûters à la ferme, les gîtes ruraux et le tourisme vert en général.

Des opérations de vente par des producteurs-artisans, fermiers et petites entreprises se sont développées, puis les chaînes de grandes distributions ont pris le relais, accompagnées de chaînes de restauration. On trouve donc maintenant partout des « produits du terroir » à des prix abordables au grand public.

B. Biodiversité et développement

Au début des années 90, la communauté internationale s'est enfin décidée à reconnaître que le système de production industrielle et sa logique sans mesure de croissance perpétuelle avaient des conséquences sur l'écosystème[22]. Les systèmes vivants de la planète sont durement menacés comme l'illustrent : l'instabilité croissante du climat causé par l'effet de serre ; un niveau alarmant d'érosion génétique et de dégradation des sols ; la sécheresse des forêts équatoriale, entraînant la prolifération sans précédents d'incendies ; la pollution marine et la diminution des ressources halieutiques ; l'irréversible extinction de quelques 100 espèces par jour…[23]

Parallèlement, il est apparu que les communautés locales et indigènes des pays en développement, qui ont entretenu cette diversité biologique et qui en dépendent, sont-elles aussi menacées par ces mêmes phénomènes. Non seulement leurs modes de subsistance, mais aussi leurs systèmes de savoirs et leurs pratiques innovatrices, édifiées sur plusieurs générations, ainsi que leurs droits fondamentaux vis-à-vis de ce patrimoine sont sapés par une industrie qui exploite et saccage la biodiversité tout en revendiquant une propriété exclusive sur le vivant[24].

C'est dans ces conditions que le monde se rend compte que la biodiversité est essentielle au développement économique et social de l'humanité. Il était donc temps de modérer les multiples pressions liées aux activités humaines au risque d'accélérée sa disparition. La Convention, négociée sous l'égide des Nations Unies et adoptée à Rio de Janeiro en 1992, est venue définir un cadre pour remédier à cette situation. Elle compte à ce jour 193 États parties[25], dont la France, à l'exception notable des États-Unis.

Dans son préambule, on lit que :

« Reconnaissant qu'un grand nombre de communautés locales et de populations autochtones dépendent étroitement et traditionnellement des ressources biologiques sur lesquelles sont fondées leurs traditions et qu'il est souhaitable d'assurer le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles intéressant la

[22] Fondation GRAIN et GAIA, Commerce mondial et biodiversité en conflit, n°1, Avril 1998, Grain – Barcelone, p.2.

[23] J. M. Lavieille, *Droit international de l'environnement*, ELLIPSES, Paris, 1998, p. 25. Voir aussi, R. Barbault, Biodiversité, Hachette, Paris, 1997. S. Yombatina Béni, « Droit de l'environnement à l'épreuve des représentations culturelles africaines : une gestion à réinventer ? », *Revue de Droit Africain*, Bruxelles, 2000, 15, pp. 327-345.

[24] Fondation GRAIN et GAIA, op.cit. p.3.

[25] Brochure explicative - Accès aux ressources génétiques et partage des avantages issus de leur utilisation (APA) - Ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement (France), accessible au lien suivant : https://lasef.org/wp-content/uploads/Protocole_nagoya_SyntheseAPA.pdf.

conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments… »

L'un des principes de la Convention est celui du droit souverain que les États ont d'exploiter leurs propres ressources selon leurs politiques d'environnement, conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes de droit international (art. 3 et 15 de la Convention).

Il est donc tout à fait légitime que les producteurs cherchent à tirer profit d'une protection efficace des indications géographiques dont les avantages sont indéniables : développement économique, social et culturel de certaines régions ; préservation du patrimoine environnemental et culturel ; réponse aux demandes des consommateurs.

VI. L'épineuse question du cadre juridique de protection des IG

Le niveau de protection offert aux produits IG a une importance capitale, mais ce n'est pas le seul aspect du cadre juridique que les gouvernements nationaux peuvent promouvoir. La reconnaissance de l'IG en tant que droit de propriété intellectuelle nécessite aussi la mise en place de « règles du jeu ». Ces règles doivent assurer la participation de tous les acteurs pertinents dans le développement et la gestion d'un système IG, pour éviter l'exclusion de producteurs locaux concernés, et pour garantir que les enjeux économiques et sociaux soient pris en considération.

L'existence d'un cadre juridique solide pour la protection des droits de propriété intellectuelle liés aux IG, tant au niveau national qu'international, est une condition importante de la durabilité d'un système IG. Pour cela, il convient d'intégrer de nombreux aspects de politiques de développement aux niveaux local, national, régional et international, afin de garantir un système transparent, applicable et efficace.

Il est souhaitable de prévoir une procédure d'enregistrement transparente définissant clairement les conditions à respecter par les demandeurs sans pour autant compliquer la candidature. Les petits producteurs notamment peuvent en effet être découragés à l'idée de demander la protection IG si cela suppose de passer par des formalités d'enregistrement particulièrement techniques, bureaucratiques ou complexes. De telles conditions les désavantagent injustement par rapport à des producteurs ayant plus de ressources à consacrer à ces démarches.

En plus de l'enregistrement, le cadre juridique et institutionnel doit aussi prévoir des règles efficaces pour la gestion et le contrôle des IG, en complément des actions menées par les acteurs locaux en termes d'autocontrôles et contrôles internes.

Pour être efficace, le cadre juridique doit s'accompagner de la diffusion des informations relatives à ses objectifs, sa portée et caractéristiques, ainsi que de mesures de renforcement des compétences, tant pour les institutions publiques que pour les acteurs du système de production.

S'agissant des modes de protection des IG, proprement dits, la gamme est assez fournie, allant de traités internationaux, de législations nationales à l'application d'une kyrielle de lois conçues spécialement pour la protection des indications géographiques. Ainsi la protection des IG est possible à travers les lois sur les marques applicables aux marques collectives ou aux marques de certification, les lois sur la concurrence déloyale, les lois de protection des consommateurs ou les lois ou décrets spécifiques qui reconnaissent des indications géographiques particulières.

Cependant, il est utile de rappeler, ici, que seuls, deux traités internationaux ont porté la protection des IG dans le domaine de la concurrence déloyale. Il s'agit de la Convention de Paris et l'Accord sur les ADPIC. La protection contre la concurrence déloyale venant donc compléter la protection prévue pour les inventions, les dessins et modèles industriels, les marques et les indications géographiques. Elle est particulièrement importante pour les savoirs, les techniques ou les informations qui ne sont pas protégés par un brevet, mais qui peuvent être indispensables pour parvenir à la

meilleure utilisation possible d'une invention brevetée.

Toutefois, l'extension de la protection accordée aux vins et aux spiritueux dans l'Accord sur les ADPIC à tous les produits demeure une revendication légitime de nombre de pays en développement, afin d'assurer de nouvelles possibilités de marchés tout en prévenant des distorsions des échanges. Les avantages en découlant favoriseront toujours plus le développement des communautés rurales locales et encourageront une politique agricole et industrielle de qualité.

Parallèlement aux discussions longues et laborieuses engagées dans le cadre de l'OMC, une alternative consistera à négocier des accords bilatéraux individuellement avec chaque État. Ce genre d'accords est de nature à donner au moins les moyens juridiques aux agriculteurs et intervenants de la filière de se défendre et de faire appel aux juridictions locales pour enrayer la contrefaçon dans les États partenaires.

Au niveau international, les pays de l'espace OAPI, à l'instar de nombre de pays en développement, devraient soutenir l'extension de la protection additionnelle dont bénéficient les vins et spiritueux aux autres produits agroalimentaires. A ce niveau, l'UE pourrait s'avérer un partenaire de choix, notamment dans le de négociations commerciales multilatérales.

En effet, vu la faible protection que confère actuellement l'Accord sur les ADPIC aux produits autres que les vins et les spiritueux, des progrès rapides dans les négociations internationales sur ce point, ainsi que sur l'établissement d'un registre pour tous les produits, sont donc nécessaires. Dans ce cadre, il semble que de nouvelles recherches devraient être entreprises par un organe compétent, peut-être la CNUCED, pour évaluer, pour les pays en développement, les coûts réels ou potentiels de la mise en œuvre des dispositions sur les indications géographiques existantes dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, et autres contraintes.

Les IG peuvent donc, de bien des manières, servir de cadre conceptuel propice à un développement rural multifonctionnel et intégré. Ne se concentrant pas nécessairement sur un seul produit, elles peuvent faciliter la réalisation de progrès divers et variés. Les IG peuvent présenter d'importants avantages en termes de développement économique, étant donné qu'elles peuvent concerner des régions entières et avoir des retombées non seulement sur les producteurs, mais aussi sur les négociants, les transformateurs, les exportateurs, etc., favorisant par là même la mise en valeur de la chaîne d'approvisionnement et l'intégration rurale.

Dans un autre registre, les ressources environnementales, la diversité biologique et les connaissances traditionnelles sont autant de domaines difficiles à protéger dans le cadre des accords internationaux et les IG font partie des méthodes de choix utilisées par plusieurs gouvernements pour protéger ces valeurs. En effet, pour les communautés, les IG récompensent les détenteurs de savoirs autochtones ou de compétences traditionnelles et artisanales considérés comme de précieuses formes d'expression culturelle. Les IG peuvent donc, dans une certaine mesure, servir d'outil pour protéger la propriété intellectuelle ou culturelle d'un groupement ou d'un lieu donné.

M. A. E. K.

Le droit d'auteur togolais à l'épreuve du temps

Togolese copyright in the test of time

Ampah JOHNSON-ANSAH

Enseignant-chercheur à la Faculté de droit de l'Université de Lomé
Chef de Département de droit privé

Le droit d'auteur togolais a aujourd'hui plus de trente ans. C'est une longévité rare dans une matière en permanente évolution. Il importe de s'interroger sur les ressorts essentiels de cette législation qui ne peut plus se permettre de demeurer dans cette léthargie. Un projet de loi sur le droit d'auteur est dans les tiroirs du législateur togolais depuis quelques années. L'article s'interroge sur l'ensemble de l'environnement du droit d'auteur togolais sous le prisme du monde du numérique. Le constat est à la fois évident et amer : le droit d'auteur togolais est suranné dans l'espace comme dans le temps et il est bousculé autant dans sa structure que dans ses finalités. Le législateur est invité à prendre le plus rapidement ses responsabilités pour mettre à jour le droit d'auteur avec son nouvel environnement.

Togolese copyright is now over thirty years old. It is a rare longevity in a constantly evolving world. It is important to question the essential springs of this legislation which can no longer afford to remain in this lethargy. A copyright bill has been in the drawers of the Togolese legislator for a few years. The article questions the entire environment of Togolese copyright under the prism of the digital world. This observation is both obvious and bitter: Togolese copyright is outdated in space as well as in time and it is shaken up as much in its structure as in its purposes. The legislator is invited to take its responsibilities as quickly as possible to update copyright with the new digital environment.

Introduction

Entre immobilisme et évolution, le droit n'a d'autre option que celle de jouer avec la symphonie du temps en perpétuel et éternel mouvement. Pourtant, le droit d'auteur togolais, déjà trentenaire, semble avoir pris le philtre de la stagnation puisque qu'il n'a jamais été modifié malgré les transmutations évidentes de cette matière. Toutefois, rien n'est immuable et il semble de plus en plus évident que, comme il en est le cas au plan international, il ne peut aller à contresens de la fulgurante réalité de l'évolution. Soumis à l'épreuve de la dématérialisation des techniques de reproduction et de communication, les principes juridiques de la propriété intellectuelle s'obligent à une mue permanente face à la révolution numérique. Aussi, nul ne peut plus véritablement contester que l'ère du numérique impose indéniablement une réadaptation vigilante des règles classiques qui ont jusque-là gouverné les propriétés intellectuelles en droit togolais.

Il est nécessaire de rappeler que la principale source du droit d'auteur au Togo est issue d'une loi du 10 juin 1991[1] venant compléter la législation uniforme de l'OAPI en son annexe VII relative au droit d'auteur et à la protection du folklore issu de l'Accord de Bangui de 1977. Le contexte africain de la propriété intellectuelle est marqué par le sceau d'une forte particularité du fait de son

[1] Loi 91-12 du 10 juin 1991 portant protection du droit d'auteur, du folklore et des droits voisins, JORT, 2 août 1991, p. 1 et s.

indéfectible lien avec la colonisation française[2] et de l'uniformisation de ce droit en Afrique subsaharienne[3]. Si l'harmonisation des droits de propriété industrielle est achevée, celle du droit d'auteur demeure une vive interrogation[4] de telle sorte que l'annexe VII à l'issue de la dernière révision de l'Accord de Bangui par l'Acte de Bamako de 2015 en a fait un cadre normatif minimal[5]. Il appartient toujours aux pays membres de légiférer dans le cadre de leur droit national. Il n'en reste pas moins que l'annexe VII constitue une exception à la puissance d'uniformisation contenue dans l'Accord de Bangui[6]. Il est vrai que cette compétence législative ne doit pas constituer en principe une entrave à l'application du droit uniforme. Au contraire, elle inspire l'évidence d'une complémentarité certaine entre le droit commun uniforme et les droits nationaux spéciaux[7].

Ceci étant, aucun droit national ne peut se mettre en marge de l'évolution du monde actuel en rapport avec l'évidence du numérique. Le droit togolais non plus ne peut ignorer que son univers réel a changé depuis trente ans. Si la nature a horreur du vide, elle ne se soumet jamais non plus à la loi de la stagnation. Cette dernière crée également un vide dans l'application introuvable de règles inexistantes à une réalité mouvante. Aussi le droit cultive-il l'impératif catégorique d'une adaptation permanente à la réalité, tout en se méfiant avec plus ou moins de succès de sacrifier l'essentiel à l'urgence dans l'illusion d'une course contre la montre. Il est donc essentiel que le droit d'auteur togolais tienne compte de l'urgence de la mouvance actuelle en prenant en considération l'essentiel.

Dans cette optique, le Bureau togolais du droit d'auteur (BUTODRA) a organisé en moins d'un an deux séances de travail en vue d'améliorer le climat du droit d'auteur au Togo[8] et d'accélérer, et pour cause, l'adoption du projet de loi conçu à l'initiative de l'OMPI depuis plus de six ans[9]. La stagnation du droit d'auteur togolais peut partiellement s'expliquer par la relative absence de jurisprudence sur la question. Cette dernière demeure, il ne faut pas l'oublier, du fait des récurrentes interpellations intellectuelles et innovatrices de l'interprétation, le pilier de l'évolution du droit en général[10] et du droit de la propriété intellectuelle en particulier[11]. L'absence de décisions sur les questions relatives au droit d'auteur peut supposer que

[2] Y. L. Ngombé, *Droit(s) africain(s) de la propriété littéraire et artistique*, PUAM, 2022, n° 14, p. 20 et n° 267, p. 167 : précisément sur l'héritage colonial du droit d'auteur africain en général et sur l'histoire de la gestion collective en Afrique francophone.

[3] L'uniformisation achevé s'entend de l'impossibilité pour les États membres de prendre des textes relatifs à ces matières et de centralisation des formalités de procédures d'octroi et de gestion des titres de droit de propriété industrielle.

[4] L'Annexe VII de l'Accord de Bangui est relative à la protection du droit d'auteur et des droits voisins. Certains auteurs ont à juste titre évoqué une uniformisation inachevée du droit d'auteur du seul fait de la compétence législative des États membres de l'OAPI sur cette matière : L.Y. Ngombé, « Le droit d'auteur dans les États membres de l'OAPI : une harmonisation inachevée », *Bulletin du droit d'auteur*, janvier-mars 2005, p. 9.

[5] Article 5 de l'Accord de Bangui, Acte de Bamako du 14 décembre 2015.

[6] Selon une doctrine, le droit d'auteur serait le maillon faible ou « la branche morte » de la propriété intellectuelle en droit OAPI : R. Kiminou, « Propriété littéraire et artistique de l'OAPI : une uniformisation inutile ? », *RRJ* 2016/4, p. 1588.

[7] La question se pose avec le droit international privé des propriétés intellectuelles : Y. L. Ngombé, « Regard furtif et critique sur le droit international privé des propriétés intellectuelles dans l'espace OAPI », *Propr. Intell.*, avr. 2021, n° 79, pp. 70-80 ; sur un plan plus large : A. Johnson-Ansah, « Droits communs et droit spécial de la vente commerciale OHADA », *Penant,* n° 914, mars 2021, pp. 109-142.

[8] Ce sont ces séances qui ont été rappelées à la note 1.

[9] Le projet de révision de la loi togolaise a débuté depuis 2015.

[10] Il importe de rappeler la boutade du Doyen Carbonnier attestant que « l'interprétation est la forme intellectuelle de la désobéissance » ! On reconnaît cette évolution en droit de la responsabilité civile : Cf. *La création du droit, APD*, Tome 50, 2007.

[11] Le rôle de la CJUE dans l'élaboration des jurisprudences et l'évolution de la loi en droit de propriété intellectuelle n'est plus à souligner : l'épuisement du droit de propriété intellectuelle, l'originalité en droit d'auteur, le risque de confusion en droit des marque…

la législation remplit pleinement sa fonction malgré sa longévité déclinante, ce qui interdirait toute intervention législative. Le droit d'auteur est-il finalement le parent pauvre de la législation au Togo ?

Le droit d'auteur apparaît comme un droit véritablement ouvert à la modernité et à l'évolution. En témoigne, à côté des œuvres classiques constituant le berceau de ce droit comme les œuvres littéraires, les œuvres musicales, les œuvres artistiques, l'admission des œuvres modernes ou nouvelles comme le logiciel[12], les œuvres multimédias ou les bases de données qui ont fini par disposer d'une protection *sui generis*[13]. L'ouverture a également permis l'accueil favorable des droits voisins ou connexes qui doivent être appréhendés à travers ceux qui sont dans le voisinage du droit d'auteur c'est-à-dire ceux qui sont plus ou moins proches du droit d'auteur et qui favorisent la diffusion des œuvres[14]. Ce sont principalement les droits des artistes – interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, des organismes de radiodiffusion et de télédiffusion[15].

L'admission de supports numériques[16] est ainsi corrélée à l'utilisation très fréquente de l'internet dans la diffusion des œuvres. Le lien peut être fait avec l'expression de la numérisation du flux, par exemple. En effet, dans la numérisation du flux, sans changer quoi que ce soit, la structure de la communication avec la variété et la mobilité des formes techniques dématérialisées confèrent une rapidité et une volatilité à leur diffusion, une extension jusqu'alors inconnue. La vitesse du virtuel est sans commune mesure avec celle du monde analogique. La conséquence en est une double extension. D'une part, par une extension matérielle, puisqu'on est passé des formes inertes (conventionnelles : textes littéraires, partitions ; plastiques : gravures, affiches, photo…) aux formes vivantes enregistrées. D'autre part, l'extension géographique fait apparaître une nette révolution, car grâce aux formes techniques électroniques, l'interprétation va au public là où il se trouve sans qu'il ne se déplace. La donne a incontestablement changé.

Toutefois, il ne faut jamais oublier que cette matière dispose de ses propres fondamentaux qui sont immuables. Dans ce contexte, il s'agit plus d'une permanente adaptation que d'un changement radical de partitions. Au cœur de l'essentiel, demeure la colonne vertébrale qui est justement de faire profiter à l'auteur tous les droits issus de sa création. Ces fondements sont inchangés : les prérogatives patrimoniales côtoient les prérogatives extrapatrimoniales. Les données restent pratiquement les mêmes, les principes de protection ne changeant pas avec le numérique : droit exclusif de reproduction, de représentation… On est en présence de vieilles querelles avec de nouveaux enjeux. Il ne s'agit pas d'une mort, mais plutôt d'une transfiguration du droit d'auteur à l'ère du numérique. Comme tout le droit, le droit d'auteur togolais subit les assauts de ceux qui maîtrisent les contenus et les moyens techniques dans le cyberespace : la logique est inversée. Deux axes permettent de cerner le droit d'auteur togolais en prise avec le temps. D'un côté, le premier axe dessine une législation surannée (I) ; de l'autre, la simple évocation d'un projet de loi relative au droit d'auteur dans les tiroirs du gouvernement togolais et de l'Assemblée nationale constitue la preuve d'un droit

[12] Chacun connaît très bien l'arrêt Pachot : Ass. Plénière 7 mars 1986, arrêt Pachot, *D*. 1986, 405, note Edelman. L'Assemblée plénière décide que « *les juges du fond ont souverainement estimé que leur auteur avait fait preuve d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante et que la matérialisation de cet effort résidait dans une structure individualiste* ». V. également : M. Vivant, « À la recherche de la condition d'originalité » *in* M. Vivant (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle,* Dalloz, 2020, p. 274 et s.

[13] P. Gaudrat et F. Sardain, *Traité de droit civil du numérique,* Larcier,2015, p. 503 et s.

[14] M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2017, p. 45.

[15] Annexe VII, Article 52, Acte de Bamako du 14 décembre 2015.

[16] Sur la question, Cf. O. Pignatari, *Le support en droit d'auteur*, Larcier, 2013.

d'auteur à la recherche d'un nouveau souffle, car bousculé (II).

I. Une législation surannée

Le constat est simple et très clair : le droit d'auteur au Togo est aujourd'hui trop vieux, il est d'un autre monde, d'une autre époque. Il est resté trop statique devant les évolutions de la matière au sein même de l'espace OAPI qui, entre 1991 et 2020, a connu deux révisions majeures en 1999[17] et en 2015[18]. Evidemment, la gestion collective suit le même cheminement. Une urgence pointe ici à l'horizon : il faut passer à autre chose. Le Togo semble être à la peine en matière de légifération en droit d'auteur dans l'espace (A) comme dans le temps (B).

A. Dans l'espace

La vie en autarcie est de plus en plus inconcevable dans le monde actuel. Véritable village planétaire, l'espace se réduit de plus en plus et les frontières ont du mal à tenir devant le flux des informations et des idées. Rien n'empêche plus personne de regarder autour de soi. Ce regard offre le spectacle que la plupart des pays africains ont affirmé en opportunité, en usant de leur compétence législative dans le domaine du droit d'auteur. L'espace africain est particulièrement dynamique en la matière. C'est la preuve évidente que dans cette zone géographique, la législation togolaise est surannée.

En restant juste en Afrique ouest-francophone, les voisins proches des togolais ont tous eu à revoir ou revisiter leurs législations en matière de droit d'auteur. Du droit béninois, dont la législation a été révisée par une loi 10 avril 2006, au droit ivoirien avec la loi du 26 juillet 2016, en passant par le droit sénégalais du droit d'auteur du 25 janvier 2008 ou la loi camerounaise du19 décembre 2000, la dynamique de la révision s'est emparée de tous les pays devant le tourbillon de l'évolution imposée par le numérique, mais aussi par les accords internationaux. Cette belle contagion a malheureusement épargné le droit d'auteur togolais qui semble toujours sourd à cette effervescence législative. Le Togo, en droit d'auteur, a jusqu'à présent, miraculeusement échappé aux forces naturelles de la mondialisation principalement du droit de propriété intellectuelle[19]. Il a été indifférent à l'accord sur les ADPIC et à l'alignement qu'il a souvent énergiquement imposé aux droits nationaux pour standardiser la matière[20].

Pourtant, il ne faut pas croire que le législateur togolais ignore les enjeux essentiels de l'ère du numérique qui appelle à de constantes réformes législatives. En ce domaine précisément, le législateur apparaît pourtant très actif. Pour preuve, l'activité législative a pratiquement écumé le circuit du numérique. En témoignent la loi sur les transactions électroniques en 2017[21] et son décret relatif aux transactions électroniques pris en 2018[22], la loi sur la protection des

[17] La révision de 1999 était intervenue afin d'aligner l'Accord de Bangui sur l'Accord sur les ADPIC : P. Edou Edou, *Les incidences de l'Accord ADPIC sur la protection de la propriété intellectuelle au sein de l'Organisation Africaine de la Propriété intellectuelle (OAPI)*, thèse, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2005, p. 33 et s.

[18] La dernière révision de 2015 est dans la logique d'une adaptation du droit d'auteur à l'environnement numérique.

[19] La mondialisation est définie comme « *l'intégration des économies à travers les échanges commerciaux, les flux financiers, les transferts de technologies et d'informations, les courants migratoires* »: *Finance info*, mai 1992, p. 72 ; Sur toute la question abordée sur le plan philosophique et juridique : cf. *La mondialisation entre illusion et utopie*, APD, T. 47. Sur la mondialisation et la propriété intellectuelle : M. Vivant et P. Gaudrat, « Marchandisation » *in* M. Vivant, *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, 2004 ; C. Geiger (dir.), *Le droit international de la propriété intellectuelle lié au commerce. L'accord sur les ADPIC, bilan et perspectives,* LexisNexis, CEIPI, n° 65, 2017.

[20] P. Edou Edou, *Les incidences de l'Accord ADPIC sur la protection de la propriété intellectuelle au sein de l'Organisation Africaine de la Propriété intellectuelle (OAPI)*, thèse, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2005, p. 33 et s.

[21] D. n° 2018-062, portant réglementation des transactions et services électroniques au Togo, JORT, 28 avril 2018.

[22] Loi n° 2019-014 relative à la protection des données à caractère personnelle, JORT, 29 octobre 2019.

données à caractère personnel adoptée le 29 octobre 2019, la loi togolaise sur la cybersécurité et la lutte contre la cybercriminalité adoptée en 2018[23] et modifiée en 2022[24]. Il ne faut pas non plus oublier que l'exécutif togolais a réussi à mettre sur pied les organes de l'Autorité de régulation des marchés de communication électroniques et des postes prévus par la loi de 2012[25] dans le but d'assurer pleinement la transition numérique. Assez logiquement, il apparaît clairement que le législateur togolais est loin d'ignorer les enjeux importants du numérique et la nécessité d'adapter la législation à son évolution et à ses aspects pour éviter les déroutes et désastres qu'une négligence coupable pourrait entraîner. En outre, il ne faut pas croire que le législateur a oublié complètement le droit d'auteur puisqu'il a pris en compte les défis et les enjeux de la protection de l'artiste. Il a ainsi adopté la loi de 2016 relative au statut de l'artiste[26]. *Quid*, alors, du droit d'auteur ?

Ce constat témoigne de la réalité et de la vérité de la législation togolaise avec un droit d'auteur en mode ralenti qui a manqué d'embrasser le mouvement de la constante évolution de cette matière. En effet, malgré ses multiples vertus, elle ne peut résister continuellement à la force de la temporalité chronologique avec les flux des nouvelles pratiques dues à l'émergence numérique.

B. Dans le temps

La législation togolaise a plus de trente ans d'âge. Cela veut dire que cela fait plus d'une génération que le droit d'auteur togolais n'a pas essuyé une seule modification. Elle a pris des rides sans s'en rendre compte. Le temps est une épreuve à laquelle est confrontée toute institution. Nul n'y fait face sans en subir les effets directs ou indirects, puisque l'évolution et la condamnation de la stagnation sont les maîtres mots de l'épanouissement[27]. Le temps de la protection comme le temps de la sophistication de la propriété intellectuelle ne peuvent être ignorés, principalement face aux contraintes et urgences imposées par la révolution numérique.

Dans tous les cas, il faut souligner fortement que la première grande difficulté sur laquelle s'achoppe le droit d'auteur est la clarification du rôle des plateformes et par extension la place des GAFAM. L'exemple de la France est illustratif de cette situation. Ce pays a adopté le 3 mars 2022 la loi pour la mise en place d'une certification de cybersécurité des plateformes numériques destinée au grand public dénommée « cyberscore »[28]. Ce constat permet d'anticiper par analogie. Ainsi, il n'est pas exclu que la loi togolaise de cyber sécurité puisse avoir des interférences avec la protection conférée par le droit de l'auteur, car on ne peut tolérer n'importe quoi dans l'espace digital, même s'il est toujours possible d'y faire n'importe quoi[29]. Par ailleurs, le droit d'auteur tout comme toute la

[23] Loi n° 2018-026 sur la cybersécurité et la lutte contre la cybercriminalité, JORT, 7 décembre 2018.

[24] Loi du 16 juin 2022 portant modification de la loi n° 2018-026 sur la cybersécurité et la lutte contre la cybercriminalité.

[25] L. n°2012-018 sur les communications électroniques (LCE) du 17 décembre 2012 modifiée par la loi du 19 février 2019 pour réguler les marchés de communications électroniques et des postes dans un contexte de modernité et d'évolution technologique. Cette loi a créé l'ARCEP dont les organes ont été mis sur pied par le décret n° 2020-023 du 7 avril 2020 portant nomination des quatre membres du comité de direction.

[26] Loi 2016-012 portant statut de l'artiste JORT 20 juin 2016.

[27] F. Ost, *Le temps du droit*, O. JACOB, 1999 ; F. Fleury-Le-Gros, *Le temps et le droit*, Dalloz, 2014. L'étude du rapport de 2014 de la Cour de cassation française consacrée au « Temps propose d'organiser les rapports entre le temps et le droit sous deux rubriques que sont « l'emprise du droit sur le temps » et le droit en prise avec le temps ».

[28] F. Pollaud-Dulian, « Téléversement et responsabilité des prestataires de services de l'Internet : encore et toujours l'article 17 de la directive n° 2019/790 : (Dir. (UE) n° 2019/790 du 17 avr. 2019 sur le droit d'auteur, art. 17 ; recours C-401/19 de la Pologne devant la CJUE) », *RTD Com* 2021, p. 77.

[29] A.-M. Frison-Roche, « Se tenir bien dans l'espace numérique » *in Penser le droit de la pensée. Mélanges en l'honneur de M. VIVANT,* Dalloz, 2020, p. 157.

propriété intellectuelle s'est complexifié avec l'évolution de la technologie. Il doit impérativement lutter contre les déprédations et tribulations numériques à travers le rôle de l'internaute dans la contrefaçon[30].

En tenant compte des nouveaux paramètres, l'exploitation efficace du droit d'auteur doit également ouvrir le champ à une gestion collective efficace de ce droit en oubliant les tensions qui existent naturellement entre ces deux modes d'exploitation[31]. A cet égard, un travail précis doit être fait au niveau de l'organisme de gestion particulièrement sur les questions de téléchargement. La législation aurait dû également contribuer à mettre en exergue la différence entre le téléchargement et la mise à disposition et à clarifier la position des utilisateurs sur les risques auxquels ils s'exposent[32]. La distinction doit alors être faite par rapport au téléchargement descendant (*download*), qui est susceptible de relever de l'exception de copie privée, et la mise à disposition non autorisée d'une œuvre protégée au moyen d'un service de communication au public en ligne (*upload*), qui peut être vraisemblablement considérée comme un acte de contrefaçon[33].

Une double nécessité découle de la question de la contrefaçon en ligne du droit d'auteur. D'une part, relativement à la nécessité d'identifier l'auteur de la mise en ligne de l'œuvre, le premier questionnement est de reconnaître celui qui autorise la diffusion des œuvres sur internet. Est-ce le fait de l'auteur ? Peut-on supposer qu'il a épuisé ses droits de commercialisation de sorte qu'il ne pourrait plus s'opposer au téléchargement subséquent de son œuvre ? On doit en douter dès lors que la mise en ligne est exécutée par un tiers, cette mise à disposition apparaît déjà illicite en amont, contrefaisant tous les usages qui se feront en aval[34]. Ce temps ne semble pas être pris en compte par le projet de droit d'auteur du Togo, or le droit d'auteur, comme tout le droit de la propriété intellectuelle est sous la pression du numérique.

D'autre part, s'agissant de la nécessité de la rémunération pour copie privée, la circulation de l'œuvre sur internet ne peut manquer de rappeler l'importance de la question relativement aux supports d'enregistrement numériques[35] dans l'ordre des compensations financières que les auteurs et les artistes – interprètes sont en droit d'attendre de l'utilisation de leurs œuvres en ligne. Elle a été assimilée à une licence légale ou licence d'édition privée (respect du triple test), différente de la licence globale (facture d'abonnement des internautes). Elle n'existe pas pour le moment au Togo. Toutefois, elle rapporte des revenus assez conséquents dans les pays voisins du Burkina (1 à 2 milliards de francs) et du Ghana[36]. D'une manière générale, en France,

[30] C'est l'étape des champs innovants ouverts par le format numérique avec une triple innovation : apparition de l'informatique , mutation des réseaux : le concept internet (InterNetwork Working Group) , synthèse du multimédia : automatisation de la fonction d'interactivité (née avec le livre) dont l'accès caractérise les services informationnels en ligne Elle est enrichie par la mise en fonction du Web : les hyperliens permettent ainsi aux internautes de passer d'un service à l'autre, d'une plage à l'autre avec une liberté déconcertante d'où la métaphore des « autoroutes de l'information ».

[31] L'OMPI définit la gestion collective comme : « *une modalité du système du droit d'auteur qui impose ou permet aux titulaires de droits de les administrer par l'intermédiaire d'une organisation de gestion collective* ».

[32] A. Johnson-Ansah, « Propriété intellectuelle et bail : aux confins des analogies… », *Cahiers de la propriété intellectuelle*, Vol. 34, n° 1, janvier 2022, pp. 49-83.

[33] P.-E. Moyse, « Phénoménologie de la propriété intellectuelle et le mythe de Sisyphe », *in Mélanges en l'honneur de M. Vivant*, Dalloz, 2020, p. 887 et s.

[34] Une décision récente de la cour d'appel de Paris semble adopter une telle position. L'arrêt en date du 21 octobre 2022 a refusé à l'association des consommateurs la vente sous forme digital la revente de jeux vidéo en faisant valoir la règle de l'épuisement des droits : K. Durand, « La cour d'appel de Paris confirme l'impossibilité de revendre les jeux vidéo au format digital », La Cour d'appel de Paris confirme l'impossibilité de revendre des jeux vidéo au format digital (lefigaro.fr).

[35] A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de propriété littéraire et artistique,* Lexisnexis, 2012., n° 394.

[36] Il a été précisé que sur les quinze États membres de la CEDEAO, seuls le Burkina Faso et le Ghana étaient arrivés à instaurer un système fonctionnel et stable de copie privée : « Droit d'auteur : La ''Copie privée''

c'est la société Copie France qui perçoit ces droits sous forme de taxes sur tous les matériels de duplication des œuvres (flux financier des rémunérations pour copie privée atteignant 277 millions d'euros en 2018...). Elle pourrait constituer une véritable manne pour le BUTODRA. Il est très intéressant que la rémunération pour copie privée figure dans le projet de loi relative au droit d'auteur notamment aux articles 112 et suivants[37].

En outre, la durée de protection de l'œuvre a été revue dans le projet. De cinquante ans, elle est passée à soixante-dix ans *post mortem*[38]. Cette augmentation de la durée de protection est fidèle à l'esprit de la législation OAPI. Elle augure que de droit d'auteur togolais passera avec succès l'épreuve du temps de la protection désormais alignée sur la plupart des législations nationales[39]. Elle mérite d'être saluée comme l'une des innovations majeures dans la prochaine législation togolaise si cette disposition est adoptée telle quelle.

La législation togolaise est certes dépassée, mais la pendule pourrait être remise à l'heure avec le projet de loi toujours en gestation. En songeant à l'espace de démultiplication et le temps de de célérité que donne le spectacle du monde digital, puisque le temps y est particulièrement fuyant, le droit d'auteur dans ses vieux costumes des années 1990 se trouve malaisé et ainsi bousculé.

II. Un droit d'auteur bousculé

Le paradigme est défini le plus souvent en sciences sociales comme l'ensemble d'expériences, de croyances et de valeurs qui influencent la façon dont un individu perçoit la réalité et réagit à cette perception. Il s'agit bien évidemment de savoir dans le cas du droit d'auteur confronté à l'ère du numérique comment il doit être nouvellement perçu. Dans tous les cas, l'ancienne perception est fortement malmenée par la plaque tournante du Web et des plateformes, c'est-à-dire intrinsèquement par la « temporalité numérique ». Toutefois, il ne faut pas oublier que les problèmes sont parfois des opportunités d'ouverture pouvant permettre de repenser et d'explorer de nouvelles possibilités. Il doit en être le cas pour le droit d'auteur au plan national en s'inspirant parfois du cadre international. La révolution numérique révèle, selon une doctrine, trois grands axes qui bousculent le droit d'auteur. D'abord, l'augmentation du pouvoir des individus par le numérique ; ensuite, l'apparition de formes collectives nouvelles et, enfin, la redistribution du pouvoir et de la valeur[40]. Cette triple évolution atteste de l'importance d'une permanente adaptation à l'immatériel, car le monde digital est aussi un lieu où les droits subjectifs, au nombre desquels les prérogatives de l'auteur, « sont sans cesse méconnus »[41]. Les virtualités du digital révèlent un droit d'auteur bousculé autant dans sa structure (A) que dans ses finalités (B) que le projet togolais ne pourrait prendre en considération qu'avec mesure et prudence.

A. Dans la structure

Le droit d'auteur a perdu certains de ses repères sans que ne soient remis en cause, il faut bien le préciser, ses fondamentaux[42]. On notera à cet égard l'élargissement des œuvres

au centre d'une réunion régionale à Lomé » - News.aouaga.com (publié le mardi 29 octobre 2019). Il est important de rappeler que le Ghana fait partie de l'ARIPO (African Regional Intellectual Property Organization) qui regroupe principalement les pays anglophones du continent depuis l'Accord de Lusaka du 9 décembre 1976.

[37] Art. 113 : « *La rémunération pour copie privée est versée par le fabricant ou l'importateur des supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'œuvres fixées sur des phonogrammes, sur fixations audiovisuelles ou sur tout autre vidéogramme, lors de leur mise en circulation au Togo* ».

[38] Art. 41 du projet de loi.

[39] Elle est néanmoins plus dans certaines législations africaines comme celle du Bénin où elle a été portée à 99 ans *post-mortem*.

[40] M.-C. Piatti, « Commerce électronique et propriétés intellectuelles », *Revue du notariat* 2004, vol. 106, n° 3, p. 583.

[41] A.-M. Frison-Roche, *préc.*, p. 167.

[42] Les fondamentaux sont ici les prérogatives patrimoniales et extrapatrimoniales octroyées par le droit d'auteur. Ces derniers demeurent les mêmes.

protégeables par le droit d'auteur comme le premier indice de cette perte de repères. La protection du logiciel en a été le signe précurseur. En plus, ce mouvement a induit une complexification ou une « sophistication des droits de propriété intellectuelle »[43] du fait de la prise en compte des investissements, critère purement économique qui trahit l'essence romantique[44] reconnue à la matière, en même temps qu'il est éligible par ailleurs à une protection par le brevet d'invention dans certaines conditions[45]. Comme il a été souligné précédemment, les bases de données ont également participé aux grandes mutations du droit d'auteur avant finalement de faire l'objet d'une protection *sui generis*[46]. À l'origine, elles avaient été logées dans l'enceinte du droit d'auteur. Ces mutations ont eu pour conséquence principal l'effritement du romantisme devant le réalisme et la logique d'investissement, même si le caractère personnaliste a conservé sa place dans la relation intimiste entre l'auteur et son œuvre. Le droit d'auteur a été d'une manière ou d'une autre atteint dans sa structure.

L'exemple du droit européen traduit amplement cette réalité. En France, la loi du 24 juillet 2019 sur les droits voisins a accordé des droits voisins au profit des agences de presses et de l'éditeur de presse[47]. Évidemment, une nouvelle loi togolaise pourrait, pourquoi pas, prendre en compte une telle tendance du seul fait du statut spécial de l'Annexe VII de l'Accord de Bangui qui permet d'assurer une protection minimale du droit d'auteur. Toutefois, il faut bien mesurer les contours de l'octroi d'un tel droit aux éditeurs et les risques d'empiètement sur le régime particulier des œuvres journalistiques. Il est heureux que le projet de loi portant sur le droit d'auteur au Togo ne comporte pas de telles dispositions qui compliqueront les relations entre les journalistes et les éditeurs de presse dans un contexte de vulnérabilité permanente de la presse dans ce pays, en particulier et en Afrique, en général. En revanche, la liste des exceptions a été allongée, notamment avec l'ajout de celles bénéficiant aux personnes atteintes de déficience visuelle[48] et de la libre adaptation de programme d'ordinateur.

Au Togo comme d'ailleurs partout dans la plupart des pays dans le monde postmoderne, le droit d'auteur ne peut plus être envisagé de manière autarcique. La pensée du complexe[49] invite à appréhender de façon plus large la matière qui peut être considérée comme un rhizome, un droit en relation. Le droit d'auteur togolais ne peut éluder justement la relation avec le numérique dont les incursions dans son pré-carré sont inévitables tant dans l'appréciation de la création que dans l'exploitation des droits. Il doit être lu parfois en symbiose avec la loi n°2019-016 du 30 octobre 2019 sur le régime juridique applicable aux communications audiovisuelles au Togo. Dans cette situation, il paraîtrait loisible d'établir des contacts avec les principaux intermédiaires locaux que sont les fournisseurs d'accès internet (FAI)[50]. Il ne faut pas non plus négliger le rôle important

[43] T. Hassler, « La sophistication du droit de la propriété intellectuelle », *in La propriété intellectuelle dans un monde globalisé. Mélanges en l'honneur de J. Schmidt-Szalewski,* LexisNexis, 2012, pp. 193-204.

[44] Elle s'apprécie souvent à l'aune de l'originalité qui est elle-même difficile à définir et échappe aux créations par les programmes d'ordinateur si l'œuvre doit être considérée le miroir de la personnalité de l'auteur contrairement à l'apport intellectuel renvoyant « à l'individualisation de la structure » et à la logique d'investissement : P. Gaudrat et F. Sardain, *Traité de droit civil du numérique, op. cit.*, , p. 97 et p. 231.

[45] Sur la question : M. Dhenne et C. Geiger, *Les inventions mises en œuvre par ordinateur : enjeux, pratiques et perspectives,* Collection CEIPI, Lexisnexis, n° 67, 2019.

[46] P. Gaudrat et F. Sardain, *Traité de droit civil du numérique, op. cit.*, p. 503 et s.

[47] A. Lucas, « Le droit voisin de l'éditeur de presse dans la directive européenne du 17 avril 2019 et dans la loi française du 24 juillet 2019 », *Cahiers de propriété intellectuelle*, 2019, p. 151 et s.

[48] Article 29 du projet de loi.

[49] Cf. E. Morin, *Introduction à la pensée complexe,* Seuil ; coll. « Points d'essai », n° 534, 2014.

[50] G. Haas et O. de Tissot, « L'activité du fournisseur d'hébergement à l'épreuve du droit des tiers », CCE 2000, chr. N° 14 ; S. Albrieux, « La responsabilité du fournisseur de moyens de communication

des hébergeurs relativement au streaming, à titre d'illustration, dans le monde de la consommation numérique. Le numérique met en exergue finalement la question de la rémunération qui devient très fluctuante avec l'apparition de nouveaux auteurs amateurs qui peuvent, à dessein, créer et diffuser par internet et sur internet[51]. D'autres questions émergeront qui sont pour le moment en sourdine en Afrique relativement à la liberté d'expression, la protection de la vie privée et la liberté de création sur internet en lien avec le droit d'auteur. Ces questions sont laissées en suspens dans le projet de loi.

Ainsi, il faut demeurer conscient et vigilant, la loi ne peut pas tout prévoir[52]. Demain, les juges togolais doivent user de tous les moyens pour s'adapter aux urgences du droit d'auteur avec ses spécificités. Le droit de la propriété intellectuelle demeure un droit très spécial appelant l'application de règles également très spécifiques. Cela exigera de la part du juge togolais une culture de la propriété intellectuelle doublée d'une forte lucidité dans l'interprétation de ses règles, qu'il ne faut pas sacrifier aveuglément à une application radicale des canons du droit commun. Cette urgence apparaîtra nécessairement, par exemple, avec la question de la fonction sociale du droit d'auteur[53] en matière contractuelle[54] ou même dans la consistance des droits en pensant, à titre illustratif, à la liberté de création avec l'éligibilité de la photographie à la protection par le droit d'auteur[55] ou encore en matière de conflit du droit d'auteur avec d'autres droits fondamentaux tels que le droit à l'image ou la vie privée[56].

Autant dire qu'en dehors de la mouvance législative, le droit judiciaire, en tant que droit servant, doit impérativement suivre la cadence de la législation dans une logique interprétative dynamique et renouvelée pour un droit d'auteur à hauteur de sa technicité et de sa spécificité. C'est ainsi que les finalités seront également atteintes pour le plus grand bonheur des créateurs.

B. Dans les finalités

Quelles sont les finalités du droit d'auteur ? Cette question trouve sa réponse dans la logique de réservation et de l'exclusivité accordées à l'auteur par l'État sur sa création ou sur l'œuvre[57]. En effet, la finalité principale du droit d'auteur est de réserver à l'auteur la maîtrise et la jouissance de toutes les utilités économiques de son droit et de préserver le droit exclusif de l'auteur sur son œuvre[58].

L'exemple de la contrefaçon est largement illustratif des nouvelles donnes imposées par

électroniques à l'égard des auteurs et des ayants droit », *RIDA*, juil. 2205, p. 3. L'article 6 de la loi précitée définit le fournisseur d'accès internet comme une personne physique ou morale disposant de serveurs connectés à internet et qui permet à ses utilisateurs d'accéder aux services internet. Au Togo, ce sont principalement Togocom, Moov, Canal+, Teolis, GVA Togo…

[51] V. L. Benabou, « Liberté de création, concurrence des droits et partage de la valeur », *Légicom* 2017 p. 75.

[52] Portalis, *Discours préliminaire*, *in* Locré, t. 1, p. 258.

[53] C. Gaiger, « Les fonctions sociales des droits de propriété intellectuelle », *D.* 2010, p. 510

[54] A. Maffre-Baugé, « Libres propos autour de l'interprétation des contrats d'auteur », *in Mélanges Vivant*, p. 261 et s. ; voir les article 70 et s. du projet pour les contrats spéciaux de droit d'auteur.

[55] CJUE, chambre 3, 1er déc. 2011, aff.145/10, Eva Painer c/ Standard Verlag GmbH et autres : J.-M. Bruguière et J. Alvarez-Iberlucea, « Regards croisés sur la photographie, la liberté de création, le droit d'auteur et le droit à l'image », *Propr. Intell.* 81, p. 31 et s.

[56] Sans doute, il faut rappeler cette idée quelque peu ancienne du 17e siècle que le juge étant « celui qui dispose d'un pouvoir absolu d'interpréter les lois écrites ou orales est le véritable législateur » : Hoadly cité par Ph. Raynaud, in *Droits, Michel Troper*, PUF, n° 37, p. 10.

[57] Il est heureux que le projet de loi togolais du droit d'auteur le précise très bien en ses articles 14 et s. Plus précisément, l'article 21 énonce que « l'auteur d'une œuvre jouit sur son œuvre des droits patrimoniaux exclusifs dont les prérogatives lui permettent d'exploiter ou d'autoriser l'exploitation de son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire ».

[58] M. Vivant, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Françon*, Dalloz, 1995, p. 145.

le contexte du numérique. Ce délit est défini comme une atteinte à un droit de propriété intellectuelle valablement protégée principalement au plan économique dans le but de profiter sans bourse délier des retombées financières de l'exploitation de l'œuvre. Si pour la distribution des exemplaires physiques, la retenue d'office peut être mise en œuvre par les autorités douanières[59], le monde du numérique ignore complètement ces lignes imaginaires. Dans ce contexte, la contrefaçon peut avoir libre cours sans apparemment aucune barrière douanière. Le contrôle de la distribution des exemplaires numériques est largement plus contraignant et plus difficile. L'internet renforce encore plus le caractère non-rival des droits de propriété intellectuelle puisque la source de cette propriété se trouve uniquement dans l'immatériel dont la démultiplication et la consommation n'affectent pas la quantité[60]. Toutefois, malheureusement, le monde du numérique travestit cette réalité par un effet boomerang : cette circulation qui devrait profiter aux auteurs risque désormais d'être à somme nulle et de se retourner contre eux.

L'exclusivité conférée à l'auteur et aux droits voisins consiste ainsi dans la plupart des cas à empêcher les tiers de profiter indûment, sans bourse délier, des utilités économiques pouvant être tirées de l'œuvre. Or, chacun sait que le droit de reproduction et le droit de représentation constituent les poutres maîtresses du droit exclusif d'exploitation[61]. Ce sont ces droits qui sont les plus exposés entraînant le fait que les finalités du droit d'auteur soient mises à rude épreuve par le numérique, même si, de pure évidence, elles ne font pas l'objet d'une remise en cause. Aussi un sursaut de vigilance est-il requis pour justement mieux protéger les œuvres et continuer envers et contre tout de réserver la totalité des utilités économiques à l'auteur malgré les multiples outils tendant à l'ébranlement de la protection par la contrefaçon en mode numérique. Un effort constant d'interprétation des règles sera exigé des juges au vu des définitions classiques conservées dans le projet de loi togolais. En effet, les questions relatives à la mise à disposition[62] ou de communication au public ont évolué au gré de subtils raisonnements juridiques de la Cour de justice de l'Union européenne afin de tenir compte du phénomène de téléversement, par exemple, comme un droit de communication au public qui doit être réservé à l'auteur[63].

Sur internet et les réseaux sociaux, le droit d'auteur est confronté à de lourdes contradictions. Il faut relever le paradoxe de la diffusion des œuvres sur internet en corrélation avec le support électronique. Il entraîne la multiplication rapide ou le partage à l'infini des fichiers électroniques. Dans le même sillage, on ne manquera de relever la question de l'efficacité relative des mesures techniques de protection : coder, décoder et trouver la punition juste en cas de fraude telle est l'énigme de la révolution numérique[64]. La création en France d'une Haute Autorité pour la Diffusion des œuvres

[59] A. Johnson-Ansah, « Législation OAPI et le droit douanier de la propriété intellectuelle en Afrique le cas du Togo », *in Mélanges en l'honneur du Directeur général Edou Edou, Regards sur la propriété intellectuelle en Afrique*, Juriscope, LGDJ, 2017, pp. 97-114.

[60] F. Levêque et Y. Menière, *Economie de la propriété intellectuelle,* Ed. La Découverte, 2002, p. 8.

[61] Un arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence a pu souligner que le droit de suite, s'il fait bien partie des droits patrimoniaux de l'auteur, ne participe pas de la nature des droits d'exploitation : CA Aix-en-Provence, 1e et 9e ch. 28 octobre 2021, RG n° 20/12760, commenté par A. Lucas, *Propr. Intell.*, n° 81, p. 33 et s.

[62] P.-E. Moyse, « Phénoménologie de la propriété intellectuelle et le mythe de Sisyphe », préc., p. 891.

[63] CJUE, 17 juin 2021, aff. C-597/19, Mircom International Content & Consulting Limited c/ Telenet BVBA

[64] Le Professeur Ndiaw Diouf relevait déjà au début des années 200 la nécessité d'une harmonisation des législations qui serait toutefois vaine si « elle ne s'accompagnait pas d'un soutien aux États qui ne peuvent avoir, faute de moyens, recours aux nouvelles technologies s et sans un tel soutien, il y aurait simplement transfert de problèmes par la création de nouveaux paradis de fraudes dans le domaines des technologies » : N. Diouf, « Infraction en relation avec ls nouvelles technologies de l'information et procédure pénale : l'inadaptation des réponses nationales face à un phénomène de dimension internationale », *Revue sénégalaise de droits*

la Protection des œuvres sur Internet (HADOPI) a connu un échec partiel du fait des difficultés d'appréhension des manœuvres de l'internaute sur la toile, dès lors que ces dernières sont affranchies de tout but lucratif[65]. Aujourd'hui, c'est l'Autorité publique de régulation de communication audiovisuelle et numérique (ARCOM)[66] qui a pris le relais en attendant de voir comment cette nouvelle institution va pouvoir organiser la lutte contre cette contrefaçon particulière avec l'allégement des sanctions[67]. En tout état de cause, il y a une gêne profonde consistant par exemple à fulminer des peines (d'emprisonnement) pour des contrefaçons commises par des particuliers à des fins purement personnelles en même temps qu'on peut y voir une autorisation « à pirater jusqu'à ce qu'ils soient mis en demeure de cesser de le faire »[68]. Les lignes de partage sont brouillées : c'est le paradoxe de l'internaute contrefacteur[69].

Ces situations induisent un véritable changement de paradigme de tout le droit d'auteur qui est loin d'abdiquer face aux incursions manifestement perturbatrices du monde digital. Ces dernières ne constituent pas moins une grosse pierre dans son jardin de prédilection : la protection absolue de l'auteur à travers l'exclusivité de l'exploitation des droits. Dans cette situation, ce droit est obligé de faire sa mue pour s'adapter, c'est-à-dire de chercher de nouveaux repères. Il est surtout appelé à une vigilance accrue en s'imposant une veille permanente afin de dépister tous les actes et systèmes de prédation tendant à ruiner l'essence du droit d'auteur et des droits voisins. En ce sens, les fournisseurs d'accès internet ne peuvent pas être l'abri de soupçon de contrefaçon, notamment les hébergeurs[70]. En France, des dispositions très intéressantes sont à relever. Une obligation de redevance pour référencement d'images, visant les moteurs de recherche a été créée en 2016[71]. Le Code de propriété intellectuelle pose également un principe de gestion collective obligatoire des droits par des organismes agréés, avec lesquels les moteurs de recherche devront signer une convention afin de pouvoir reproduire les œuvres[72]. De telles dispositions ne se trouvent pas dans le projet de loi du gouvernement togolais. Le juge togolais, au cas où le projet de loi ne subira pas les modifications allant dans ce sens, aura certainement à pallier avec intelligence ce silence avec l'appréciation audacieuse des activités des GAFAM et Wikipédia lorsque des contentieux naîtront.

L'une des plus grandes difficultés est également de savoir comment contracter si possible avec les GAFAM (Google, Amazone, Facebook, Apple et Microsoft). Cette difficulté se pose partout dans le monde du

des affaires 2003-2004, , n° 2, pp. 59-83, précisément p. 83.

[65] La loi HADOPI I du 12 juin 2009 a énoncé la « riposte graduée » et HADOPI II tentera de renforcer cette sanction, presque en vain : M. Vivant, « Internet, piratage et contrefaçon », *D.* 2009, p. 1808.

[66] Elle résulte de la fusion de l'HADOPI avec Conseil supérieure de l'audiovisuel à partir du 1er janvier 2022.

[67] N. Blanc, « Les sanctions en droit de la propriété intellectuelle. L'exemple de la contrefaçon : le clair-obscur dans le droit des sanctions », *in* C. Chainais et D. Fenouillet, *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1, La sanction, entre technique et politique,* Dalloz, 2012, p. 299.

[68] A. R. Bertrand, *Droit d'auteur,* Dalloz Action, n° 212.38.

[69] N. Binctin, « Les sept familles de la propriété intellectuelle » *in La propriété intellectuelle dans un monde globalisé. Mélanges en l'honneur de J. Schmidt-Szalewsky,* LexisNexis, 2012, pp. 49-60.

[70] La qualité d'hébergeurs est reconnue aux « personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ».

[71] On entend par service de référencement d'images au sens de l'article L 136-1 du CPI « Tout service de communication au public en ligne dans le cadre duquel sont reproduites et mises à la disposition du public, à des fins d'indexation et de référencement, des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques collectées de manière automatisée à partir de services de communication au public en ligne ».

[72] La loi du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information en est un exemple en France.

fait de la digitalisation opérée notamment par l'internet et l'utilisation de la toile[73]. C'est dans ce cadre qu'une importante décision de l'Autorité de Concurrence a condamné le 9 avril 2020 Google à renégocier les accords d'exploitation des œuvres des éditeurs et agents de presse sur le fondement de l'abus de position dominante[74] ; ce qui a abouti à d'importants accords entre le géant américain et plus de trois cents éditeurs de presses de l'Union européenne en mai 2022[75]. Dans ce cas, il faut encourager les artistes, par exemple, à passer par le BUTODRA, l'organisme public de gestion collective, avant de mettre les œuvres en ligne et trouver de nouvelles pistes pour repenser la propriété intellectuelle et, encourager les presses togolaises et africaines à négocier de tels accords avec Google.

Les nouvelles perspectives offrent certes la possibilité de l'utilisation de la blockchain, mais il n'est pas garanti que la protection attendue soit performante. Tel est le dilemme des droits d'auteur et des droits voisins sur internet. En somme, il pose la question de l'avenir du droit exclusif de l'auteur et de la lutte contre des nouvelles formes de contrefaçon devenue pandémique. Une chose est d'octroyer les droits à travers une législation bien fournie et bien calée, mais une autre est de permettre l'exploitation efficace des droits par les titulaires et de les faire profiter aux véritables créateurs[76].

Dans tous les cas, il faut toujours se rappeler que le droit d'auteur est avant tout un droit exclusif. Dit différemment, cela signifie qu'il y a indubitablement une tension entre exploitation individuelle et gestion collective des droits. Toutefois, malgré l'apparence, une nuance doit être apportée à cet état de friction. En effet, un pan entier de l'exploitation individuelle peut rester lettre morte sans pouvoir être traduit efficacement et concrètement dans la réalité : la gestion collective apparaît alors comme une nécessité qui sert en réalité à une exploitation plus appropriée et plus globale de l'œuvre en faveur de l'auteur lui-même[77]. Toutefois, le numérique s'insère pour compliquer encore plus la situation des divers acteurs en présence dans ce contexte particulier d'une méfiance possible entre la gestion collective et l'exploitation individuelle. Il importe de faire attention à ne pas rénover pour rénover et suivre les sirènes d'un certain courant libertaire, celui de la privatisation de l'organisme public de gestion collective qui serait fatal au droit d'auteur togolais. Il faut absolument éviter cette piste périlleuse aux impasses insurmontables. Au contraire, si le choix d'un organisme public doit être maintenu, celle du renforcement des structures de cette institution qu'est le BUTODRA doit être privilégiée pour en faire un organisme de gestion collective efficace du droit d'auteur et des droits voisins au Togo et restaurer la confiance des auteurs

[73] Les déficits sur le plan contractuel en matière d'exploitation sont également induits par les difficultés de répression au plan pénal de sorte qu'on peut se croire tout permis dans l'univers du numérique : N. Diouf, « Infraction en relation avec ls nouvelles technologies de l'information et procédure pénale : l'inadaptation des réponses nationales face à un phénomène de dimension internationale », *préc.*, p. 83.

[74] Google a fait appel de cette décision et n'a pas eu gain de cause devant la cour d'appel de Paris, le 8 octobre 2020. Estimant que Google ne s'était pas conformé à la décision de condamnation, les titulaires saisirent à nouveau l'Autorité de la concurrence qui condamna à nouveau la firme américaine : E. Dérieux, « Droit voisin : L'Autorité de la concurrence condamne Google pour non-respect de ses injonctions », *Actu-juridique,* Lextenso www.actu-juridique.

[75] Ces accords ont eu lieu du fait de la consécration des droits de l'éditeur de presse comme des droits voisins : V. note 44.

[76] Il a même été précisé que « ce n'est que lorsqu'ils sont exercés par le titulaire lui-même que les droits d'auteurs peuvent être réellement des droits exclusifs qui sont définis dans toutes les législations nationales » *:* H. Cohen Jeroham, « Principes fondamentaux des sociétés de droit d'auteur », *Droit d'auteur* 1990, pp. 224 – 231.

[77] Il est évident que la phase de la perception serait tout à fait impossible à mettre en œuvre dans la plupart des cas par les auteurs individuellement/ Dans tous les cas, les difficultés de perception le prouvent très bien. A titre illustratif, ces décisions : TPI 1e classe de Lomé, 24 nov. 2003, ord. De référé sur assignation, n° 661/2003, *Aff. BUTODRA c/ Blue Night Club* (inédit) ; TPI 1e chambre correctionnelle, jugement n° 717/04 du 23 nov. 2005, *Aff. BUTODRA c/ Hôtel La Savoie* (inédit).

togolais en elle. En effet, les auteurs nourrissent une méfiance et une suspicion accentuées à l'égard de l'organisme de gestion collective. Tout en tenant compte de ce constat, il n'est pas pour autant loisible d'envisager la forme privée. Il est également très heureux que cette tendance ait été maintenue dans le projet de loi.

Conclusion

En guise de conclusion, il importe de retenir que la législation de 1991 n'a rien de spécial pour défier le temps du droit d'auteur. Celui-ci, certes, a conservé ses grands principes, mais il doit faire l'objet d'une profonde transfiguration afin de pouvoir véritablement faire face au changement de paradigme imposé par le monde numérique. Le droit d'auteur togolais trentenaire est dépassé par les enjeux du digital caractérisés par la vitesse dans la transmission des informations et la défrontièrisation propres au village planétaire qu'est devenu le monde de la toile. Il n'est pas a priori hostile au droit d'auteur, mais il n'est pas non plus une terre d'accueil qui lui serait absolument favorable. Ses forces naturelles penchent pour un regard vigilant, dépouillé de candeur et de naïveté.

Aussi le projet de loi, comme une révision jouant le rôle d'une véritable eau de jouvence pour la matière, doit-il être adopté le plus rapidement possible pour colmater les brèches d'une protection qui risque de s'affadir complètement face aux grandes mutations imposées par la révolution numérique à travers la déterritorialisation et le renforcement de l'ubiquité des droits dans ce monde nouveau. Il est désormais certain que le droit doit apprendre à s'adapter et à se réadapter aux défis d'une société devenue extraordinairement mouvante. Voilà qui constitue de bonnes raisons pour un activisme législatif persévérant qui peut se révéler utile pour appréhender les horizons nouveaux d'un droit d'auteur qui se complexifie au jour le jour. Il est vraiment temps que ce droit se dépouille des oripeaux de cette effrayante « stabilité » ou plutôt délirante passivité. L'adoption d'une nouvelle loi au Togo, déjà très attendue, sera certainement un symbole fort éloquent de la renaissance du droit d'auteur dans ce pays et le signe ultime d'un droit enfin vivant !

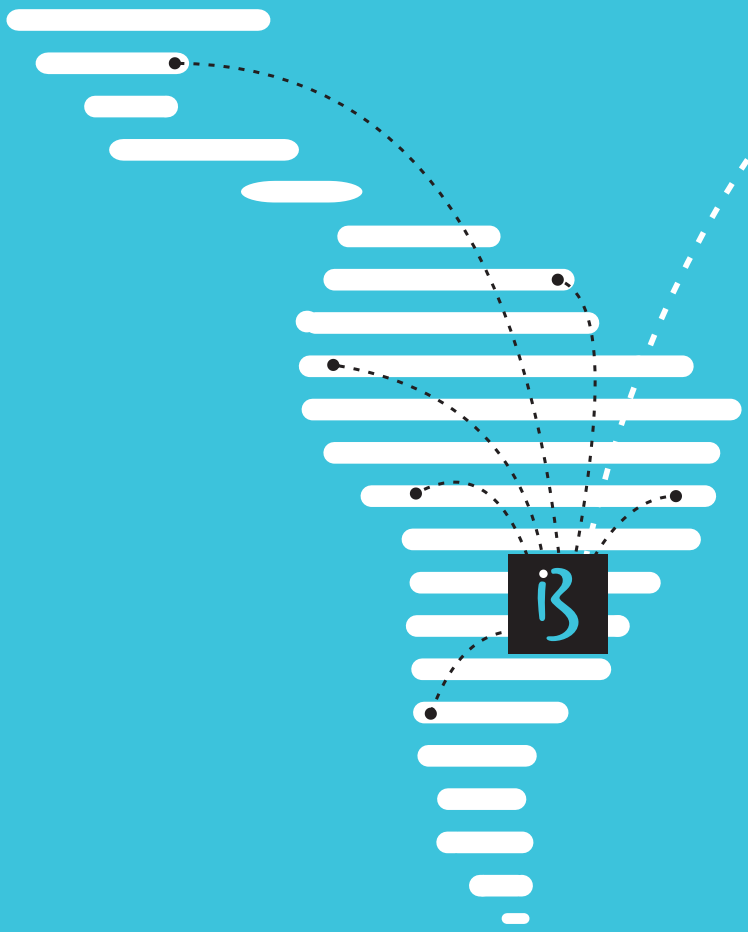
A. J.-A.

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

BERKEN IP

info@berkenip.com | www.berkenip.com

Inventions pharmaceutiques et biotechnologiques en Argentine

Pharmaceutical and biotechnological inventions in Argentina

Emilio BERKENWALD

Docteur en Ingénierie
Diplômé en Brevets et Marques, Dessins & Modèles du CEIPI
Ingénieur brevets chez BERKEN IP

L'examen de demandes de brevet devant l´INPI en Argentine peut s'avérer difficile pour des inventions dans le domaine pharmaceutique ou biotechnologique. Ceci est dû à des Directives très strictes, qui transposent des résolutions des ministères de l'Industrie et de la Santé datant de 2012, établissant des critères pour l'examen de demandes de brevet et visant à protéger la santé publique.

The examination of patent applications before the INPI in Argentina may prove to be challenging for inventions in the pharmaceutical or biotechnology field. This is due to very strict Guidelines, which transpose resolutions of the Ministries of Industry and Health dating from 2012, establishing criteria for the examination of patent applications and aiming to protect public health.

Introduction

L'Argentine est un pays de 45 millions d'habitants où environ 4000 demandes de brevet sont déposées chaque année, 80% d'entre elles provenant de déposants étrangers. Les demandes en chimie pharmaceutique ou en biotechnologie représentent 25% des dépôts dans les 35 domaines techniques existants dans la classification statistique de l'OMPI[1].

Au cours des dernières années, l'Office des brevets d'Argentine a modernisé et débureaucratisé la pratique des brevets. En effet, la résolution n° 27/2018 a allégé la charge bureaucratique et réduit le délai de requête d'examen sur le fond.

Bien qu'un processus moins bureaucratique soit avantageux pour les déposants, les exigences de fond en matière de brevetabilité n'ont pas été modifiées de manière significative depuis 2012, à l'exception de certains accords bilatéraux avec des offices étrangers pour établir un examen accéléré. En raison des directives d'examen particulières établies cette année pour des inventions dans des domaines techniques spécifiques, la pratique des brevets en Argentine présente plusieurs particularités par rapport à celle d'autres pays de la région, que l'on peut voire assimiler à des restrictions à la brevetabilité de certaines inventions. Si un demandeur de droits ne tient pas compte de ces restrictions, une requête en examen accéléré ou un autre mécanisme visant à obtenir une procédure plus rapide pourrait conduire à des résultats négatifs pour la stratégie brevets sur ce territoire.

Dans une première partie, cet article présente les aspects de la procédure de délivrance de brevets en Argentine (**I**), pour se focaliser sur ceux liés à l'examen au fond de demandes de brevets dans les domaines de la pharmacie (**II**) et de la biotechnologie (**III**).

[1] https://www3.wipo.int/ipstats/index.htm?tab=patent

I. La procédure de délivrance d'une demande de brevet en Argentine

En règle générale, l'Office des brevets de l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI) délivre des brevets aux inventions nouvelles, qui impliquent une activité inventive et qui sont susceptibles d'application industrielle.

L'office exerce donc un contrôle de la validité de la priorité, de la nouveauté et de l'activité inventive, etc.

A. La priorité

L'Argentine n'est pas un État contractant du PCT, une priorité pouvant être revendiquée conformément à la Convention de Paris. Ainsi, si le délai de priorité n'est pas respecté, aucun mécanisme de restauration n'est disponible, mais une demande peut être valablement déposée sans revendication de priorité si l'invention n'a pas été divulguée.

B. La nouveauté

L'état de la technique est composé des publications orales et écrites avant la date de dépôt en Argentine ou la date de priorité. Les « antériorité secrètes » ne sont pas prévues par la loi. Un délai de grâce existe pour des divulgations faites par l'inventeur, la nouveauté d'une invention n'étant pas affectée si la demande est déposée dans un délai d'un an à compter de la divulgation. Plus précisément, la divulgation doit être déclarée lors du dépôt de la demande en Argentine. Toutefois, une publication antérieure par un Office des brevets n'est pas considérée comme une divulgation faite par l'inventeur. Par conséquent, une demande de brevet publiée avant la date de dépôt ou de priorité antériorisera inévitablement la demande en Argentine.

C. L'activité inventive

Alors que l'activité inventive est souvent évaluée au moyen d'une approche problème-solution lors de l'examen, les examinateurs feront référence à l'évidence de l'invention et exigeront que la non-évidence de l'objet revendiqué soit démontrée par la demande. Les modifications après le dépôt, y compris des exemples supplémentaires pour argumenter en faveur d'une activité inventive, peuvent être acceptées tant qu'elles ne résultent pas en une extension de l'objet divulgué dans la demande telle que déposée.

D. L'étendue de la protection

L'étendue de la protection d'un brevet en Argentine est déterminée par la première et unique revendication indépendante ou principale, dont dépendent toutes les revendications restantes ou secondaires. Lorsqu'une revendication de produit comprend une référence à une revendication de méthode précédente, le produit doit être considéré comme limité par les caractéristiques de la méthode. De cette manière, l'ordre des revendications devient pertinent pour déterminer l'étendue de la protection conférée par le brevet, et les revendications ayant une portée plus large ou différente de la première revendication indépendante doivent faire l'objet de demandes divisionnaires.

E. Demandes divisionnaires

Ces demandes divisionnaires peuvent être déposées pendant que la *première* demande parente est en cours d'examen. Les demandes divisionnaires « en cascade » (c'est-à-dire, les demandes divisionnaires d'une demande divisionnaire, ou encore des divisionnaires de 2ème génération) sont acceptées, pourvu qu'elles soient déposées pendant cette période. Une décision d'admissibilité d'une demande est notifiée *a posteriori* (c'est-à-dire qu'aucune notification de l'avis de délivrer un brevet n'est délivrée), de sorte que la fin de cette période n'est définie qu'après l'acceptation ou le rejet de la demande. Pour cette raison, toutes les demandes divisionnaires (qu'elles soient de première ou de seconde génération) sont déposées avec ou tout de suite après la réponse à une dernière lettre officielle. Les demandes divisionnaires sont publiées et examinées plus rapidement que leurs demandes

parentes correspondantes. Des dispositions relatives à la double brevetabilité existent et interdisent le chevauchement de droits entre les demandes, qu'elles soient divisionnaires ou indépendantes. En général, une demande divisionnaire doit revendiquer un objet qui n'a pas été revendiqué dans une demande principale. En pratique, cela limite l'utilisation des demandes divisionnaires comme stratégie pour maintenir une demande de brevet en instance.

F. Accélération de l'examen

Un programme d'examen accéléré, similaire à un PPH (« *Patent Prosecution Highway* »), est disponible lorsqu'un brevet correspondant à la demande, ou revendiquant la même date de priorité, a été délivré par un Office des brevets étranger avec des critères de brevetabilité similaires, tels que l'USPTO et l'OEB. Mis à part des adaptations mineures des revendications à la pratique locale, le programme PPH s'est avéré être un moyen efficace d'obtenir un brevet délivré en Argentine. Cela est le cas, pourvu que l'invention n'appartienne pas aux domaines techniques de la pharmaceutique et de la biotechnologie.

II. Brevetabilité des inventions pharmaceutiques

Comme il a été indiqué précédemment, les inventions pharmaceutiques représentent une partie importante du paysage des brevets en Argentine. Avant l'Accord sur les ADPIC en 1996, la brevetabilité des produits pharmaceutiques était exclue par la loi sur les brevets promulguée en 1864. Les dispositions relatives à la protection par brevet de l'Accord sur les ADPIC ont été intégrées dans la loi n° 24.481, qui autorisait les inventions dans tous les domaines technologiques à partir de l'an 2000. Progressivement, l'Office a commencé à autoriser les demandes dirigées vers les produits pharmaceutiques et vers d'autres inventions connexes, y compris les inventions de seconde application ou utilisation thérapeutique.

En 2012, les résolutions ministérielles conjointes n° 118/2012, n° 546/2012 et n° 107/2012 ont été publiées par l'INPI, le ministère de l'Industrie et le ministère de la Santé[2], énonçant des directives d'examen pour l'Office des brevets avec des considérations spécifiques sur les inventions pharmaceutiques. D'après le préambule de ces résolutions, la motivation pour ces considérations est l'établissement de critères de brevetabilité qui protègent la santé publique, en évitant la prolifération de demandes de brevets visant à obtenir une protection sur des objets qui ne seraient pas des inventions en tant que telles, ou bien des « inventions marginales ». Les principales conséquences pratiques de ces considérations, qui sont actuellement suivies par les examinateurs de l'INPI, sont résumées ci-dessous.

A. Les ingrédients pharmaceutiques actifs

Un composé chimique qui est nouveau et inventif est un objet brevetable, à condition que ce composé soit illustré de manière adéquate et caractérisé dans la description de la demande de brevet, par exemple, avec des données de spectroscopie infrarouge (IR) ou résonance magnétique nucléaire (RMN), points de fusion/ébullition, etc.

Le niveau de suffisance de description requis est élevé ; les revendications « génériques » avec des formules de Markush sont généralement rejetées, à moins qu'un grand nombre de composés ne soient exemplifiés dans la demande, par exemple environ 800 composés[3]. Les examinateurs exigent souvent que les revendications soient limitées aux exemples contenus dans la description, aussi bien pour les produits que pour leurs méthodes de fabrication.

À l'opposé, une antériorité divulguant une formule chimique générale est considéré comme anticipant la revendication d'un composé spécifique, quelles que soient les

[2] https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolución-118-2012-196991

[3] AR 077292 B1.

propriétés différentes ou améliorées. En pratique, les inventions de sélection dans le domaine chimique sont sévèrement restreintes pour les produits pharmaceutiques.

Finalement, les sels, esters ou autres dérivés d'un composé connu sont considérés comme dépourvus de nouveauté. Lorsque des composés d'ingrédients actifs sont revendiqués, les examinateurs peuvent exiger au demandeur de supprimer des expressions telles que « et un sel ou un énantiomère de celui-ci ». Quelques brevets ont néanmoins été délivrés avec cette terminologie[4], mais il est à noter que les demandes correspondantes avaient été déposées avant 2012, soit avant les résolutions ministérielles.

B. Énantiomères

Les énantiomères isolés ne sont pas considérés comme nouveaux par rapport à un mélange racémique divulgué. Les méthodes d'obtention d'énantiomères peuvent être brevetables, à condition qu'il y ait une description écrite suffisante, par exemple des conditions de réaction, recettes détaillées, etc., et une caractérisation adéquate de l'énantiomère qui en résulte.

C. Formes solides (polymorphes, solvates, hydrates, etc.)

Les polymorphes de composés connus sont considérés comme évidents et sont ainsi dépourvus d'activité inventive, puisque le polymorphisme est considéré comme une propriété intrinsèque de l'état solide. Les procédés d'obtention de polymorphes sont considérés comme une expérimentation de routine dans le domaine pharmaceutique. Le même raisonnement s'applique aux pseudo-polymorphes, solvates, hydrates, co-cristaux, etc.

Une revendication dirigée vers une méthode de fabrication nouvelle et inventive d'un composé chimique peut être acceptée, mais une revendication dépendante spécifiant que le composé fabriqué est une forme solide spécifique est considérée comme non-inventive[5]. La présence de cette revendication dépendante peut également indiquer à l'examinateur qu'une protection est demandée pour un procédé de fabrication d'une forme solide d'un composé connu, ce qui peut conduire au rejet de la demande.

D. Compositions et formulations pharmaceutiques

Si l'ingrédient actif est connu dans l'état de la technique, toute composition pharmaceutique comprenant ce composé est généralement considérée comme évidente pour l'homme du métier. Pour démontrer une activité inventive d'une revendication de composition, une définition qualitative et quantitative de la composition est requise (c'est-à-dire en précisant la nature et la proportion de solvants, d'excipients, véhicules, etc.). Dans la description de la demande, il doit être démontré que la composition « résout un problème de longue date » selon les Directives, qui ne contiennent toutefois aucune précision sur la nature de ce problème ou des exemples concrets.

En général, un composé nouveau et inventif sera considéré comme brevetable, mais une revendication dépendante dirigée vers une composition pharmaceutique comprenant ce composé sera considérée comme évidente, bien que l'état de la technique pour la composition ne puisse pas, par définition, inclure le nouveau composé.

Ces dernières années, des brevets revendiquant des compositions ont été délivrés à condition que le demandeur accepte de renoncer à utiliser la composition pour le traitement d'êtres humains, par exemple en limitant la revendication à une composition vétérinaire. En raison de l'absence de jurisprudence, l'impact de cette limitation sur l'étendue de la protection accordée par la revendication n'est pas certain. Même si les Directives pour les inventions pharmaceutiques doivent également s'appliquer au domaine

[4] Par exemple, AR 072265 B1, AR 074822 B1, AR 078786 B1, AR 081919 B1.

[5] AR 083360 A1.

vétérinaire, des brevets pour des compositions vétérinaires ont été délivrés, par exemple un vaccin contre la diarrhée virale bovine[6].

Un autre exemple de l'effet restrictif des Directives est celui d'un brevet dont les revendications portent sur un procédé d'obtention d'une suspension colloïdale de nanoparticules antibiotiques. Accepté aux États-Unis[7] et devant l'OEB[8], le brevet argentin correspondant[9] a été délivré – à l'issue d'une très longue procédure - avec des revendications spécifiant que le procédé aboutit à une composition vétérinaire, à l'exclusion de son utilisation chez l'homme, et avec des paramètres de procédé limités à ceux du seul exemple contenu dans la description, y compris la taille des pores des filtres utilisés dans une étape de stérilisation.

E. Applications thérapeutiques

Les méthodes de traitement thérapeutique appliquées au corps humain ou animal sont exclues de la brevetabilité par la loi. Aucune disposition spécifique n'existe pour les produits utilisés dans ces méthodes de traitement, ou pour des revendications d'utilisation thérapeutique. Cependant, dans une revendication, le terme « utilisation », soit-elle thérapeutique ou pas, entraînera une objection par l'Office, les catégories acceptées pour les revendications étant généralement « produit » et « procédé ».

Les Directives précisent qu'une première ou une deuxième utilisation médicale ou application thérapeutique d'un composé connu n'est pas une caractéristique limitative de la brevetabilité et qu'une revendication portant sur une application thérapeutique doit être rejetée pour défaut de nouveauté par rapport au composé divulgué.

Des termes dans les revendications tels que « dosage », « posologie », « traitement », « thérapie », etc. feront l'objet d'une objection. Il sera rappelé au demandeur qu'un brevet portant sur un traitement thérapeutique est exclu par la loi, même si la revendication n'est pas dirigée vers la protection d'une méthode en tant que telle.

D'autres types d'inventions, telles que les thérapies combinées ou les *kits-of-parts* feront l'objet de ces mêmes considérations.

Le renoncement aux droits sur une utilisation thérapeutique peut également être demandé par les examinateurs pour des inventions dans d'autres domaines techniques, si l'objet de la revendication peut être utilisé dans une méthode de traitement thérapeutique. Tel est le cas d'une composition agricole comprenant des nanoparticules[10].

En raison de ces critères, l'examen des inventions pharmaceutiques en Argentine peut s'avérer difficile à surmonter. En pratique, cela équivaut à des « seuils » plus élevés pour évaluer la nouveauté, l'activité inventive et la suffisance de description dans le domaine pharmaceutique. En dehors des ingrédients actifs nouveaux et bien caractérisés et exemplifiés conformément au paragraphe i) ci-dessus, les demandes de brevet revendiquant un objet relevant des catégories des paragraphes ii) à v) sont rarement délivrées.

III. Inventions en biotechnologie

La Résolution n° 283/2015 énonça les critères actuellement applicables aux inventions biotechnologiques selon les Directives. Les principaux sont les suivants :

- Une séquence d'acides aminés ou de nucléotides qui est revendiquée doit être divulguée dans son intégralité dans la description. Les revendications qui incluent un pourcentage d'identité doivent être rejetées.
- Les anticorps ou autres molécules biologiques ne peuvent être revendiqués en termes de résultats à être obtenu (par exemple l'association à un antigène,

[6] AR 073249 B1.

[7] US 10 098 840 B2.

[8] EP 2 578 209 B1.

[9] AR 083628 B1.

[10] AR 102916 A1.

métabolite, etc.). Les anticorps doivent inclure les séquences de toutes les Régions déterminant la complémentarité (CDRs).

- Les végétaux et les animaux ne sont pas considérés comme des objets brevetables, même s'ils font l'objet d'un procédé de transformation. Les parties et composants de plantes et d'animaux modifiés tels que les graines, les cellules, les organites, etc. doivent être revendiqués comme *isolés de tout organisme* et comme *incapables de régénérer un organisme complet*.
- Une exclusion existe pour les procédés essentiellement biologiques pour la reproduction de plantes et d'animaux. En pratique, toute revendication comportant une étape de procédé essentiellement biologique peut être rejetée, même si elle porte sur la synthèse d'une biomolécule, sans qu'aucune plante ou aucun animal ne soit reproduit[11]. Les examinateurs souvent demandent l'inclusion dans la revendication de procédé d'une étape d'isolement ou de purification pour retirer l'objection.

Conclusions et perspectives

La procédure de délivrance de brevets en Argentine ne diffère pas sensiblement de celles des autres pays de la région, qui interprètent les critères de brevetabilité de manière assez homogène avec les offices de brevets étrangers tels que l'USPTO et l'OEB. De manière générale, si un brevet est délivré par l'un de ces offices, il est tout à fait possible d'obtenir un brevet délivré en Argentine.

Cependant, il existe des restrictions à la brevetabilité des inventions dans le domaine de la pharmacie, et dans une moindre mesure, dans le domaine de la biotechnologie, qui rendent cette délivrance moins probable.

En raison de ces restrictions, imposées par des résolutions ministérielles, les brevets revendiquant des composés d'ingrédients actifs nouveaux et inventifs ont la plus grande probabilité d'être délivrés, tandis que les brevets revendiquant des compositions pharmaceutiques ou des formes d'ingrédients dérivés, telles que des polymorphes ou des sels, seront probablement rejetées. Il en est de même pour des demandes revendiquant une première ou deuxième application thérapeutique.

Au-delà de la motivation des résolutions ministérielles qui ont instauré ces restrictions, jusqu'à présent il n'existe pas d'études qui montrent un lien entre la mise en place de ces Directives et l'accès aux médicaments, ou d'autres impacts sur la santé publique en Argentine.

Les litiges en matière de brevets en Argentine sont assez rares, mais quelques décisions récentes semblent montrer que les juges suivent aussi les Directives, en considérant par exemple que les revendications dirigées vers des polymorphes ne sont pas nouvelles, voire que les polymorphes ne peuvent pas constituer une invention[12].

Étant donné que les droits de propriété intellectuelle, y compris les brevets, sont garantis par la Constitution, la validité des résolutions ministérielles, et donc des Directives qui les ont transposées, est sérieusement contestée par les praticiens et certaines associations professionnelles. Les critères actuels peuvent donc évoluer, et cela arriverait peut-être si la question de la constitutionalité des résolutions ministérielles était portée devant la Cour Suprême.

E. B.

[11] AR 087330 A1.

[12] *Bayer Cropscience AG c. INPI*, Causa Nº5631/2015, CCCF, Salle 1.

Pfizer Products Inc. c. INPI, Causa Nº3753/2016, CCCF, Salle 1.

Analyse de la protection des marques dans le domaine de la publicité : L'état actuel de la publicité comparative en droit brésilien

Analysis of trademark protection in the field of advertising: The current state of comparative advertising in Brazilian law

Flavia MANSUR MURAD SCHAAL
Pedro VILHENA

Avocats au barreau de São Paulo, Brésil
Associés du Cabinet MANSUR MURAD IP

La publicité comparative oscille entre protection de l'intérêt supérieur du consommateur, libre concurrence et protection des biens immatériels des sociétés, autant d'intérêts concurrents qui en font une pratique bien difficile à réglementer et à appréhender par les juridictions en cas de litige. Cet article vise à apporter des éléments de réflexion quant à son appréhension droit brésilien.

Comparative advertising oscillates between the protection of the consumer's best interests, free competition and the protection of companies' intangible assets, all of which make it a difficult practice to regulate and to deal with by the courts in the event of a dispute. This article aims to provide some elements of reflection on its approach in Brazilian law.

Introduction

Cet article vise à donner une vision panoramique sur l'utilisation d'une marque d'un tiers concurrent dans la publicité d'un autre, selon le droit brésilien, l'objectif étant d'apprécier la licéité de l'usage d'une marque appartenant à des tiers dans le cadre de publicités, qu'elles soient comparatives ou informatives, ou, à l'inverse, s'il induit des actes invariables de concurrence déloyale. La présente contribution se propose également de déterminer si toute utilisation, ou si seulement certains types d'utilisation constituent une « déviation illicite » de la clientèle, si la publicité est trompeuse ou de nature à induire en erreur, ou s'il y a un parasitisme concurrentiel injuste[1].

Cet article analyse plus précisément les points suivants, notamment la thématique liée à l'évaluation de la licéité ou l'illégalité des actes publicitaires comparant des marques. Il sera répondu aux questions suivantes :

- La pratique de la publicité comparative est-elle licite en droit brésilien ?
- Quand la publicité comparative est-elle considérée comme un acte de contrefaçon de marques ou de concurrence déloyale ?

[1] On sait qu'en France le recours à la publicité comparative est fréquent et que le Code de la consommation le règlemente depuis 1993 (voir les articles L.121-8 à L.121-14, L.122-1 à L122-7 et L.132-35, selon l'Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016). Le non-respect des règles peut conduire à des lourdes sanctions.

- Quelles sont les justifications rendant l'utilisation de marques de tiers dans sa propre campagne publicitaire licite ?
- Quel est le cadre légal de la publicité comparative en droit brésilien ?

I. La protection des marques : est-elle absolue en droit brésilien ?

Au Brésil, le droit à la marque n'est pas absolu et la question est donc assez intrigante. Ce qui définit la légalité ou l'illégalité de l'utilisation de la marque du tiers dans la publicité est en fait la manière dont il en est fait usage dans la campagne publicitaire et le contexte de son utilisation.

Ces éléments d'analyse doivent être systématiquement être envisagés, car ils sont d'ordre constitutionnel (analysé dans la section II.A. ci-dessous), infra-constitutionnel (séparé entre les aspects relatifs au consommateur, dans la section II.B., et les aspects liés à la propriété industrielle, dans la section II.C. ci-dessous) et éthiques (voir la section II.D. ci-dessous).

A. L'ordre constitutionnel : libre initiative et libre concurrence

Le texte constitutionnel brésilien est le fondement le plus important, qui permet et réglemente l'activité économique au Brésil. La Constitution Fédérale, déjà dans son premier article, dispose que la valeur sociale de la libre entreprise est l'un des fondements de la République Fédérale du Brésil. Un pilier obligatoire.

Ainsi, l'interprétation des normes infra-constitutionnelles doit se faire en tenant compte du texte constitutionnel et, notamment des fondements de la République Brésilienne. En d'autres termes, les lois brésiliennes sont interprétées selon les piliers de la loi majeure, qui constitue une sorte de guide d'interprétation, et c'est là également où on trouve la restriction et la balance des droits.

La valorisation de la libre entreprise réapparaît plus loin dans le texte constitutionnel, dans le *caput* de l'article 170, comme fondement de l'ordre économique dont la libre concurrence est un principe. Alors que le fondement de la libre initiative établit la possibilité pour toute personne de participer à la vie économique sans avoir besoin de l'autorisation de l'État, le principe de la libre concurrence établit que tout agent économique peut exercer la concurrence de manière loyale et non restrictive. Il s'agit là de deux principes indispensables au développement du pays et au progrès de la société. C'est l'un des soutiens à l'ordre économique brésilien et au libéralisme économique visant au progrès de la société.

L'exercice de la publicité par les agents économiques est soutenu par ces éléments constitutionnels, de sorte que la publicité est devenue un outil essentiel de la logique de marché et de la promotion de la concurrence en tant que mécanisme pour assurer l'ordre économique, dans la mesure où la concurrence entre les agents économiques s'intensifie.

En outre, il est possible d'affirmer que l'activité publicitaire est également appuyée par deux autres éléments prévus par la Constitution : d'une part, par la liberté d'expression, contenue dans le point IX de l'article 5, dans la mesure où il s'agit d'une activité intellectuelle, de nature éminemment créative et qui ne devrait donc pas être limitée par la finalité essentiellement économique ; d'autre part, par la protection des consommateurs, qui est désormais un droit fondamental, comme à l'article 5, point XXXII), et qui est le principe directeur de l'ordre économique, conformément à l'article 170, paragraphe V.

Toutefois, l'exercice de ces libertés implique un degré élevé de responsabilité vis-à-vis des agents économiques. Comme tout État de droit démocratique, le Brésil ne garantit pas des droits absolus. Les prérogatives accordées par le système juridique aux citoyens doivent toujours être proportionnés de manière à éviter la création inutile de conflits sociaux.

Certaines frontières ont été tracées par le droit brésilien, afin que la liberté de chaque agent puisse être exercée sans abus, permettant aux concurrents de se

développer[2]. La protection de la propriété industrielle (également garantie à l'article 5, point XXIX, de la Constitution fédérale), les règles de répression de la concurrence déloyale et les règles imposées dans la réglementation de la profession du publicitaire sont précisément quelques-unes des limites imposées par l'État à l'exercice de ces libertés.

B. Prévisions infra-constitutionnelles : protection des consommateurs

Dans la sphère consumériste, la publicité est à la jonction du droit à l'information du consommateur et du devoir de transparence du fournisseur. Il s'agit d'une tension qui se répercute dans la mesure où le consommateur bien informé est en mesure de consommer plus et de manière plus récurrente, ce qui peut augmenter les revenus du fournisseur.

Ainsi, le consommateur a le droit d'obtenir des informations claires sur les caractéristiques du produit, d'identification immédiate des données techniques et de ce qu'il juge nécessaire pour pratiquer un bon choix d'achat. C'est la raison pour laquelle certains articles du code de la consommation brésilien (ci-après CDC) prévoient des dispositions relatives à l'activité publicitaire. En vertu des points II et IV de l'article 6 du CDC, les droits fondamentaux du consommateur sont (i) l'information sur ce qu'il acquiert et (ii) la protection contre la publicité trompeuse ou abusive (interdictions contenues dans les articles 37 et 38 du CDC).

En outre, le CDC établit des lignes directrices spécifiques pour l'activité publicitaire.

Le CDC ne réglemente pas directement la publicité comparative comme en France. Néanmoins, à la lecture du CDC, on extrait une série de règles qui régissent la tension entre le droit à l'information et le devoir de transparence, qui se manifeste de manière plus marquée dans l'activité publicitaire. Sur la base de ces règles, la doctrine consumériste a admis la publicité comparative, la légitimant à condition que les piliers fondamentaux de la publicité soient respectés dans les campagnes publicitaires et que l'annonceur suive les limites imposées par le droit de la consommation, interdisant tout type de publicité trompeuse ou abusive. Cela rejoint la pratique française, où la publicité ne doit pas être trompeuse ou de nature à induire en erreur, et qui prohibe les pratiques commerciales déloyales.

Enfin, il est curieux de noter que la publicité comparative, à travers le prisme consumériste, a déjà fait l'objet d'études par le Groupe du marché commun du MERCOSUR, devenu le Comité technique 7, qui a approuvé en 1996 (peu après l'adoption des fondations de la réglementation française de la publicité comparative) une série de résolutions sur la protection des consommateurs. Parmi ces résolutions, la Résolution n° 126/1996 nous intéresse particulièrement puisqu'elle règlemente la publicité comparative. Ainsi, depuis les années 1990, elle sert de référence pour l'analyse de cas spécifiques :

« Résolution n° 126/1996

III) La publicité comparative est autorisée lorsque les principes et limites suivants sont respectés :

a) elle n'est pas trompeuse ;

b) son objectif principal est de clarifier l'information du consommateur ;

c) elle a pour principe de base l'objectivité de la comparaison et non des données subjectives, de caractère psychologique ou émotionnel ;

d) la comparaison est vérifiable ;

e) elle n'est pas caractérisée comme une concurrence déloyale et désobligeante de l'image des produits, services ou marques d'autres sociétés;

f) elle ne crée pas de confusion entre les produits, services ou marques d'autres sociétés.

[2] A. L. C. De Silva, *Concurrence déloyale : actes de confusion*, São Paulo : Saraiva, 2013. p. 30/38

IV) La publicité comparative n'est pas autorisée lorsqu'elle a pour objet l'affirmation générale et indifférenciée de la supériorité d'un produit ou d'un service par rapport à un autre.

V) La charge de la preuve de la véracité et de la correction des informations ou des communications publicitaires incombera à l'annonceur. »

Tandis que la France impose de lourdes sanctions civiles et pénales, les brésiliens ne sont généralement pas soumis à une procédure judiciaire et, partant, sont rarement condamnés. On verra plus loin que le Conselho Nacional de Autorregulamentaçao Publicitaria (ci-après CONAR) (section II.D), qui n'est pas une instance administrative de l'État, peut analyser la pratique et demander la cessation de la publicité et infliger des amendes. Généralement les annonceurs emmènent l'affaire en justice pour avoir une confirmation étatique de la pratique illicite.

C. Propriété industrielle : le contexte comparatif des marques

Non seulement la Constitution Fédérale brésilienne[3], mais la Loi n° 9.279/96 sur la propriété industrielle réglemente les droits et obligations liés à la propriété et aux actifs incorporels. Plus précisément, la loi prévoit la protection de ces actifs par la délivrance de brevets et l'enregistrement de marques (dessins et modèles également), ainsi que par la répression de la concurrence déloyale. Ces actifs, dans le cadre du fonds de commerce, sont des actifs immatériels qui peuvent donner à l'entreprise un avantage concurrentiel substantiel. D'autre part, l'inhibition des pratiques commerciales déloyales fait partie des principes de la libre entreprise et de la libre concurrence, de manière à empêcher la concurrence malhonnête et l'augmentation arbitraire des bénéfices *et market share*[4].

Il convient de préciser les règles relatives à la protection des marques et à la loyauté concurrentielle, thèmes que nous examinerons successivement dans cette section.

i. Droit des marques

Dans le système juridique brésilien, les marques sont des signes utilisés pour distinguer un produit ou un service d'autres produits identiques, similaires ou apparentés, d'origine différente[5]. C'est par la perception de ce signe que le consommateur va distinguer l'origine d'un produit ou d'un service et c'est à partir de là que le consommateur va prendre une décision d'achat ou non.

La doctrine fait écho à la définition juridique de la marque d'une manière absolument claire, en mettant en valeur le caractère distinctif.

La protection de la marque est obtenue par son enregistrement accordé par l'Institut National de la Propriété Industrielle, conformément à l'article 129 de la loi sur la propriété industrielle[6]. Cette protection confère au titulaire la prérogative principale d'usage exclusif sur l'ensemble du territoire national, sans préjudice des prérogatives accessoires de cession, de licence et de protection de l'intégrité et de la réputation de la marque[7].

---

[3] Constitution fédérale du Brésil, article 5. Point XXIX.

[4] J. R. A. Gusmão, Annales du XIXe Séminaire national sur la propriété intellectuelle. Rio de Janeiro : ABPI, 1999.

[5] Brésil, LPI, Art. 123 : « Aux fins de la présente loi, sont considérés comme :

I– marque de produit ou de service : celle utilisée pour distinguer un produit ou un service d'un autre identique, similaire ou analogue, d'origine différente ; »

[6] Brésil, LPI, Art. 129 : « La propriété de la marque est acquise par l'enregistrement valablement délivré, conformément aux dispositions de la présente loi, étant assuré au titulaire son usage exclusif sur tout le territoire national, observées - en ce qui concerne les marques collectives et de certification – les dispositions des articles 147 et 148. »

[7] Brésil, LPI, Art. 130 : « Le titulaire de la marque, et le déposant ont également le droit de : I - céder son enregistrement ou sa demande d'enregistrement ; II - concéder sous licence son utilisation; III - assurer son intégrité matérielle ou sa réputation.

On a déjà dit que la propriété sur la marque n'est pas absolue lorsque sa fonction distinctive n'est pas exercée. Cela signifie que la simple mention de la marque par un tiers ne portera atteinte à son cadre de protection que si l'usage de la marque ait une finalité confusoire ou nuisible.

Cela nous amène à la conclusion que le titulaire d'un enregistrement de marque ne peut pas empêcher l'élément enregistré d'être utilisé dans son sens originel et ordinaire dans la vie quotidienne, au risque de dilater excessivement son droit exclusif et de porter atteinte au bien commun.

En outre, cette exclusivité est prévue à l'article 131 de la LPI, qui dispose : « la protection de la présente loi couvre l'usage de la marque sur papier, imprimé, publicité et documents liés à l'activité du titulaire ». Un tel droit, comme on l'a vu plus haut, est limité en soi en ce qui concerne l'objet (l'utilisation qui doit être unique). Toutefois, pour plus de clarté, le caractère relatif du droit sur la marque est mis en évidence dans l'article suivant :

« Article 132.

Le titulaire de la marque ne peut pas :

I - empêcher les commerçants ou les distributeurs d'utiliser des signes distinctifs qui leur sont propres, ainsi que la marque du produit, dans leur promotion et leur commercialisation ;

II - empêcher les fabricants d'accessoires d'utiliser la marque pour indiquer la destination du produit, à condition que les pratiques de concurrence loyale soient respectées ; (…) »

III - empêcher la libre circulation des produits mis sur le marché intérieur, par eux-mêmes ou par autrui sous consentement, sous réserve des dispositions des paragraphes 3 et 4 de l'article 68 ;

IV - empêcher la citation de la marque en discours, œuvre scientifique ou littéraire ou toute autre publication, sans connotation commerciale et sans préjudice de son caractère distinctif. »

Il existe donc, ou devrait exister, une corrélation entre l'étendue du droit qui est octroyé au titulaire d'un enregistrement de marque et sa fonction.

La doctrine brésilienne mentionne, au-delà de la fonction juridiquement protégée (le caractère distinctif), un certain nombre d'autres fonctions, telles que la fonction de garantie de la qualité, la fonction concurrentielle, la fonction de protection des consommateurs, la fonction sociale. Pour cet article, la fonction d'information ou de publicité est particulièrement importante[8] (la doctrine argentine s'insère bien dans ce contexte) :

« La fonction publicitaire des marques a plusieurs facettes. La première d'entre elles concerne la fonction essentielle des signes de marque, à savoir leur fonction distinctive. L'usage des marques permet d'informer le public que des produits qui sont extérieurement les mêmes, ou dont les qualités ne sont pas immédiatement distinguables, ont été identifiés différemment afin de distinguer leurs qualités et conditions respectives. (...) Une deuxième facette de la fonction publicitaire est liée à la consistance même du signe de la marque, c'est-à-dire aux éléments visuels qui le constituent. (...) Un troisième aspect de la fonction analysée ici est l'utilisation des marques pour faire connaître, par différents moyens et de manière directe et explicite, des informations sur les produits et services marqués. »

C'est dans le contexte de la fonction publicitaire, et non de la fonction distinctive, que l'utilisation et la mention de marques de tiers doivent être analysées dans la publicité comparative. Les auteurs opposés à cette pratique s'accrochent à la fonction distinctive absolue de la marque, comme nous le verrons plus loin. De l'autre, les auteurs qui perçoivent que l'analyse doit s'inspirer de la fonction publicitaire n'ont aucune difficulté à

[8] G. C. de las Cuevas, L. E. Bertone; *Derecho de Marcas, Marcas, Designaciones Y Nombres Comerciales.* 2e éd. Buenos Aires: Heliasta, 2003, p. 53.

trouver des raisons de reconnaître cette pratique licite.

Les auteurs qui défendent l'illégalité de la mention de marques de tiers dans la publicité ont pour pierre angulaire l'interprétation conjointe des articles 131 et 132 de la loi sur la propriété industrielle, en les superposant avec d'autres dispositions légales et éthiques régissant la matière. En ce sens, les enseignements de Lélio Denícoli SCHMIDT sont :[9]

« Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur la propriété, l'article 32 du Code brésilien d'autorégulation de la publicité élaboré par le « Conar » est entré en conflit avec son article 43 et avec l'article 132, IC, de la Loi 9.279 (la loi de Propriété Industrielle Brésilienne). Cet article 32 ne saurait légitimer une pratique actuellement soutenue par la législation en vigueur, puisque le Code publié par « Conar » n'a que la force de coutumes et n'admet pas la coutume *contre legem* ».

En outre, selon les auteurs de ce courant de pensée, aucune exception aux droits du titulaire en matière de publicité ne figurerait sur la liste de l'article 132. Ainsi, même si le titulaire est empêché d'exercer le droit exclusif sur sa marque dans les situations limitées et exceptionnelles prévues dans l'article 132, il serait toujours légitime à agir contre l'usage de sa marque dans le contexte de la publicité comparative.

Tout en défendant la position du professeur Lélio Denícoli SCHMIDT, José Roberto d'Affonseca GUSMÃO admet que son analyse juridique est mal alignée avec la pratique, dans un extrait intéressant d'une conférence donnée au XIXe Séminaire national sur la propriété intellectuelle[10]:

« Je note également que nous vivons à une époque où la publicité comparative au Brésil est une réalité ; ce n'est pas de la fantaisie et personne ici ne discute de la poursuite ou non d'une telle pratique. C'est déjà dans notre quotidien : c'est à la télévision, c'est dans les magazines, c'est partout. Reste savoir si tout cela est légal. Est-ce que tout cela est contraire à la loi ? Mon opinion modeste est en ce sens que la tendance sera d'admettre la publicité comparative sous certains paramètres. Cela ne signifie pas, d'autre part, qu'il est légal dans le système juridique brésilien ; à mon avis, selon la loi brésilienne, en particulier après l'édition de la nouvelle loi sur la propriété industrielle, toute publicité qui inclut une marque de tiers sans autorisation est illégale et expose l'annonceur aux sanctions de reproduction abusive et de réparation des dommages qui peuvent être constatés.

(...)

Ce sont des questions auxquelles je n'ai pas de réponse absolue. Ce que j'ai, c'est une position d'un point de vue juridique, que c'est illégal ! D'un autre côté, je remarque une donnée de réalité qui piétine un peu cette conclusion, ce qui est la façon habituelle dont cela s'est produit.

Il convient de noter que la compréhension de SCHMIDT et GUSMÃO est solidement ancrée dans le texte isolé compte tenu de la Loi de la propriété industrielle au Brésil et dans sa corrélation avec le Code brésilien d'autorégulation de la publicité. Il n'y avait aucune mention du caractère constitutionnel de la propriété industrielle, ni des principes qui enseignent la matière, éléments assimilés par la majorité et le courant contemporain. Par conséquent, l'interprétation restrictive ne mérite pas de prévaloir de nos jours.

S'agissant des auteurs qui ont adopté l'interprétation permissive de la loi sur la propriété industrielle et notamment la mention ou la citation de la marque d'un concurrent dans les pièces publicitaires d'un autre, le professeur Alberto CAMELIER souligne que la réalité est que la pratique de la publicité comparative et les règles éthiques qui traitent de ce sujet n'allaient pas à l'encontre des règles relatives à la propriété industrielle prévues par la loi 9279/96[11], et,

[9] L. D. Schmidt, « Publicité comparative à la lumière du droit de la propriété industrielle. » *Revue de l'ABPI*, n° 52, mai/juin 2001. p. 17. Dans le même sens, J. R. A. *GUSMÃO*, *op. cit*.

[10] J. R.. d'A. Gusmão, *op. cit*.

[11] A. L. C. De SILVA. « Publicité comparative et la loi de propriété industrielle 9.279/96 ». *Revue de l'ABPI*, n° 45, mars/avr, 2000.

en particulier, des règles d'utilisation de la marque.

Compte tenu des conditions des autres points ou du caractère loyal de la citation qui ne dénigre pas la fonction distinctive de la marque concurrente, il faut conclure que la publicité comparative au Brésil est autorisée, soit au niveau constitutionnel, soit au niveau infra-constitutionnel.

ii. Des règles de répression à la concurrence déloyale

En droit brésilien, les règles sur la concurrence déloyale découlent directement des préceptes constitutionnels de la libre concurrence et de la libre entreprise. Ils visent à assurer le maintien d'un environnement concurrentiel sain, permettant aux entrepreneurs d'attirer leurs clients sans recourir à des mécanismes douteux, capables d'influencer l'équilibre naturel des forces du marché. Ainsi, le concurrent le plus rapide a tendance à gagner sur le plus lent ; le plus compétent sur le moins compétent ; le plus zélé sur le moins zélé ; et ainsi de suite, selon les intérêts de la clientèle.

Pour assurer un plus grand bien collectif, les règles de répression des conflits déloyaux protègent des intérêts particuliers sous l'aspect du comportement loyal du commerce et « qualifient les actes qui, indépendamment de leur objet ou de leur effet sur le marché, contredisent les règles et les usages honnêtes de toute branche de l'activité économique ».[12]

La publicité comparative y figure, dans la mesure où des comparaisons abusives, désobligeantes et mensongères de la part d'un concurrent peuvent constituer un avantage concurrentiel déloyal et non conforme aux usages de ce marché de niche.

C'est la raison d'être de la règle, de sorte qu'ils ne peuvent supprimer toute déloyauté que lorsqu'ils sont vérifiés dans le cadre d'une relation concurrentielle, bien comme en France. Pour vérifier la concurrence déloyale, il est nécessaire (i) qu'il existe un rapport de concurrence entre les parties et (ii) que l'une des parties agisse de manière malhonnête en matière industrielle ou commerciale.

En droit brésilien, les actes de concurrence déloyale sont sanctionnés par la loi sur la propriété industrielle en matière pénale (article 195) et en matière civile (article 209[13]). Parmi les comportements expressément qualifiés d'actes de concurrence déloyale, le conflit s'articule autour de celui prévu au point III, reproduit ci-après :

« 195. Commet un délit de concurrence déloyale celui qui :

III - emploie des moyens frauduleux pour détourner, pour son propre bénéfice ou celui d'autrui, la clientèle d'autrui ; »

Du point de vue subjectif, l'article mentionne l'expression « la clientèle d'autrui ». Cet « autre », la victime, doit donc être un homme d'affaires, car seuls ceux qui se consacrent à l'activité commerciale peuvent avoir une clientèle. De même, le détournement de clientèle devrait provenir de quelqu'un qui, par conséquent, a une activité entrepreneuriale. Enfin, nous savons que les produits et/ou services doivent être remplaçables, sans lesquels la clientèle de l'un ne profiterait pas à l'autre.

Ainsi, le sujet actif doit être un concurrent, puisque le litige n'est pas seulement une condition préalable à l'infraction, mais un élément intégral de son type juridique. Le non-rival peut commettre un acte déloyal qui ne soit pas un acte de concurrence déloyale. En raison de la même exigence – une rivalité – l'assujetti doit également être un concurrent. Ce sont donc des crimes à part entière, ceux de la concurrence malhonnête, puisque seul le concurrent peut les commettre ; ce sont aussi des crimes à part

[12] M. M. Silva, *Droit de la concurrence*. Lisbonne : AFDL Editora, 2018. p. 32/44.

[13] Brésil, LPI, Art. 209 : « La partie lésée se réserve le droit de demander des dommages-intérêts en réparation des préjudices causés par des actes d'atteinte aux droits de propriété industrielle et des actes de concurrence déloyale non prévus par la présente loi, tendant à porter atteinte à la réputation ou aux affaires d'autrui, à créer une confusion entre des établissements commerciaux, industriels ou prestataires de services, ou entre des produits et services mis sur le marché. »

entière, car les auteurs et les offensés doivent avoir à la fois la capacité criminelle et la qualité particulière des concurrents.

En outre, pour caractériser l'illicite, les moyens employés pour détourner la clientèle doivent être frauduleux. Ainsi, pour vérifier la subsomption du comportement analysé nous devons nous demander si l'imitation ou la reproduction d'un signe d'autrui est un moyen frauduleux. Bien que, en principe, l'usage de la marque d'autrui tende à être frauduleux, il est nécessaire d'analyser le contexte de cet usage, puisqu'il existe à la fois dans le texte juridique et dans les coutumes, une série d'utilisations légitimes possibles de la marque d'autrui[14].

Enfin, la qualification du délit dépend de l'existence d'une clientèle à détourner illégalement. Ainsi, sans clientèle, il n'y a pas de délit, même si l'acte a été commis de mauvaise foi. Selon la description légale, le délit à l'étude exige qu'il y ait une clientèle, de sorte que l'entrepreneur qui n'a pas de clientèle ne pourra pas invoquer la concurrence déloyale, pour quelque raison que ce soit.

D. Prévisions extrajudiciaires : éthique publicitaire

En 1977, parallèlement aux commandements législatifs et au traitement de la question dans les tribunaux nationaux, inspirés par les modèles d'autorégulation étrangère, le marketing brésilien et les spécialistes se sont réunis pour éditer le Code national d'autorégulation de la publicité (ci-après CBAP), résultat d'une initiative visant à réglementer l'activité publicitaire dans le pays et à guider les normes éthiques attendues dans le domaine. En bref, le Conseil national pour l'autorégulation de la publicité (CONAR) a été constitué en une organisation non gouvernementale chargée de faire appliquer le code, d'établir des procédures éthiques de bureau ou d'application liées aux annonces publiées sur le marché brésilien.

Les dispositions du CBAP n'ont pas force de loi, et les chambres et l'assemblée plénière du CONAR se limitent à recommander la suspension ou la modification des pièces publicitaires en désaccord avec leurs critères éthiques établis. Cependant, le code se présente comme une source subsidiaire importante d'interprétation normative[15], comparable aux lois et coutumes. À tel point que les décisions judiciaires abondent en respectant les dispositions du CBAP et les décisions du CONAR, y compris celles rendues par la Cour Supérieure (la troisième instance de recours au Brésil, ici dit « STJ », ou *Superior Tribunal de Justiça*).

Comme nous l'avons mentionné, les dispositions du CBAP, qui ne sont pas encore l'expression d'une autorité législative, ont été jugées suffisantes par l'assemblée plénière de la Cour de cassation brésilienne pour réglementer la question en l'absence de loi fédérale spécifique. Il s'agit d'un traitement unique dans le système juridique brésilien.

Conformément à ces préceptes fondamentaux, le CBAP admet, expressément, comme éthique la figure de la publicité comparative, mais non sans réserve. Le libellé de l'article 32 du code précise que cette acceptation dépend de la survenance concomitante d'au moins huit exigences, comme indiqué ci-après :

« Compte tenu des tendances mondiales modernes – et de celles auxquelles répondent les normes pertinentes du Code de la propriété industrielle, la publicité comparative sera acceptée, à condition

[14] En France, c'est clair qu'il est supposé qu'il existe une situation de concurrence entre les opérateurs dont les produits ou services sont comparables. Au contraire les tribunaux français ne considèrent même pas la publicité comparative. Au Brésil cette situation n'a pas été analysée très clairement dans la jurisprudence.

[15] CBAP, article 16 : Bien qu'il soit essentiellement conçu comme un instrument d'autodiscipline de l'activité publicitaire, ce Code est également destiné à l'usage des autorités et des tribunaux avec le document de référence et la source subsidiaire dans le cadre de la législation sur la publicité et d'autres lois, décrets, ordonnances, règles ou instructions qui affectent directement ou indirectement ou sont affectés par la publicité.

qu'elle respecte les principes et limites suivants :

a) son objectif principal est la clarification, sinon la protection des consommateurs ;

b) avoir comme principe de base l'objectivité dans la comparaison, puisque les données subjectives, de fond psychologique ou émotionnel, ne constituent pas une base valable de comparaison avec le consommateur ;

c) la comparaison alléguée ou effectuée est sujette à preuve ;

d) dans le cas de biens de consommation, la comparaison est faite avec des modèles fabriqués au cours de la même année et la comparaison entre produits de saisons différentes est répréhensible, à moins qu'il ne s'agisse d'une référence pour démontrer une évolution, qui doit être caractérisée dans ce cas ;

e) il n'y a pas de confusion entre les produits et les marques concurrents;

f) la concurrence déloyale, la dépréciation de l'image du produit ou de la marque d'une autre entreprise n'est pas caractérisée ;

g) l'image de marque ou le prestige de tiers n'est pas utilisé de manière injustifiée ;

h) lorsqu'une comparaison est effectuée entre des produits dont le prix n'est pas du même niveau, cette circonstance est clairement indiquée par la publicité.

II - Application des normes par la Cour Supérieure (le STJ, ou *Superior Tribunal de Justiça*) - les cas concrets

La complexité du cadre en la matière entraine l'intervention continue de la plus haute juridiction brésilienne. Les tribunaux de grande instance et les cours d'appel au Brésil rendent régulièrement des décisions contradictoires. Ainsi, il incombe à la Cour supérieure de justice brésilienne (mentionnée ici avec l'acronyme STJ – la dernière instance pour les questions infra-constitutionnelles) l'harmonisation des précédents. Deux arrêts du STJ sont d'intérêt particulier en matière de publicité comparative, comme nous étudierons ci-après.

A- Cas concret 1 : NESVITA et ACTIVIA

En octobre 2014, le STJ a statué en dernier recours sur l'affaire NESVITA c. ACTIVIA, dans laquelle le fabricant d'ACTIVIA a discuté la légalité de la publicité comparative promue en 2007 par le fabricant de NESVITA. De manière plus incisive que la pratique publicitaire en vigueur jusque-là, la vidéo publicitaire susmentionnée plaçait explicitement des produits concurrents côte à côte dans les rayons d'un supermarché tandis que deux femmes parlaient des qualités du produit de l'annonceur :

VOIX (1) : Intestin paresseux, non ?

VOIX (2) : Salut ?

VOIX (1) : Venez ici. Avez-vous comparé le tableau nutritionnel de Nesvita à celui-ci ?

VOIX (2) : Qu'est-ce que ça fait ?

VOIX (1) : Uniquement comparé. Nesvita, en plus d'aider au fonctionnement de l'intestin, contient 18% moins de calories et 26% moins de matières grasses et, en outre, contient 2 fois plus de calcium. En dehors de cela, c'est le seul qui combine actifibras et probiotiques. Et c'est délicieux.

ANIMATEUR : Nesvita de Nestlé est le seul qui combine des actifibras et des problotics qui aident au fonctionnement de l'intestin. Essayez Nesvita, prenez 2 et payez 1 pour sentir la différence.

S'appuyant sur l'information des consommateurs et confirmant la décision de la Cour d'Appel de São Paulo, le STJ a cristallisé la tendance des tribunaux du pays à admettre la publicité comparative,

conformément à l'évolution du dynamisme du langage marketing et à la consolidation des prémisses audacieuses de la publicité[16] :

« 1. La publicité comparative est une forme de publicité qui identifie explicitement ou implicitement les concurrents de produits ou de services connexes et qui, en fait, se déclasse en tant qu'instrument de prise de décision du public consommateur.

2. Bien qu'il n'existe pas de loi interdisant ou autorisant expressément la publicité comparative, le sujet est influencé par les lois sur la consommation et la propriété industrielle, tant dans le cadre que dans le contexte de la concurrence.

3. La publicité comparative n'est pas encadrée par le code de la protection du consommateur, à condition qu'elle obéisse au principe de la véracité de l'information, qu'elle soit objective et non abusive.

4. Afin de violer le droit de marque du concurrent, les marques doivent être sujettes à confusion ou la référence de la marque doit être cumulée avec un acte dérogatoire de l'image de son produit / service, provoquant une dégénérescence et une déviation conséquente de la clientèle.

5. Comme nous l'avons souligné dans d'autres arrêts de la Cour, la protection de l'usage des marques - garanti par l'article 5, XXIX, de la Constitution de la République et réglementé par l'article 129 de la LPI - a un double objectif: d'une part, les protéger contre l'usurpation, les avantages économiques parasitaires et la déviation déloyale des clients d'autrui et, d'autre part, éviter que le consommateur ne soit confus quant à l'origine du produit (art. 4, VI, cdc) (Appel spécial 1.105.422/MG, Cour supérieure de justice, troisième chambre, Rapporteur Mme le Ministre Nancy ANDRIGHI, jugé le 18/05/2011 et Appel spécial 1320842/PR, quatrième chambre, Rapporteur M. le Ministre Luis Felipe SALOMÃO, jugé le 01/07/2013).

6. La publicité comparative illégale est une publicité qui induit le consommateur en erreur, en provoquant une confusion entre les marques, de manière à déprécier la marque du concurrent, avec pour conséquence une déviation de sa clientèle, fournissant des informations fausses et non objectives. »

L'annonce publicitaire commentée, dont la régularité a été confirmée par la décision, n'était pas détonante ou particulièrement cinglante par rapport à la règle de langage adoptée dans plusieurs autres campagnes, des annonceurs les plus variés qui ont été divulgués par la suite.

B- Cas concret 2 : RAYOVAC et DURACELL

Deux ans et demi plus tard, le STJ a publié une nouvelle décision sur le sujet, jugeant cette fois la controverse sur la campagne publicitaire lancée en 2010 pour divulguer les batteries RAYOVAC utilisant directement les piles DURACELL pour comparer les produits et déduire un rapport coût-bénéfice supérieur aux batteries annoncées (« même durée, prix le plus bas »).

Le STJ a confirmé la légalité de la comparaison, selon les arguments suivants[17] : « (...)

2- L'objet du recours est de définir si la stratégie marketing déployée par la défenderesse, fondée sur la publicité comparative, a violé le droit de marque détenu par les requérantes.

(...)

5- Malgré l'absence d'une approche juridique spécifique en la matière, la publicité

[16] Appel spécial 1.377.911/SP, Cour supérieure de justice, quatrième chambre, Rapporteur M. le Ministre Luís Felipe Salomão, jugé le 02/10/2014.

[17] Appel spécial 1.668.550/RJ, Cour supérieure de justice, troisième classe, Rapporteur Mme le Ministre Nancy Andrighi, jugé le 23/05/2017.

comparative est acceptée par le système juridique brésilien, à condition de respecter certaines règles et certains principes liés au droit de la consommation, au droit des marques et au droit de la concurrence, et d'interdire la publication de publicités commerciales trompeuses ou abusives qui dénigrent l'image de la marque comparée, ou qui constituent une concurrence déloyale ou provoquent une confusion chez les consommateurs.

6- En l'espèce, selon les prémisses factuelles établies par la juridiction d'origine - qui a été souveraine dans son examen des preuves -, la publicité comparative diffusée par la défenderesse n'a pas violé les préceptes de la bonne foi, a été réalisée à des fins d'information et au bénéfice du consommateur, et aucun acte de concurrence déloyale n'a été constaté, ni aucun acte dénigrant la marque ou l'image des produits des requérantes.

7- Appel spécial rejeté.

Il se trouve que, outre la protection juridique susmentionnée, la discipline du droit des marques est également soumise aux principes constitutionnels applicables à la propriété intellectuelle, tels que la libre concurrence, la liberté d'expression des activités de communication, le droit d'accès à l'information, entre autres.

En outre, il convient de noter que la CF/88 prévoit que la loi doit protéger la propriété des marques « en tenant compte de l'intérêt social et du développement technologique et économique du pays » (art. 5, XXIX). Comme le souligne BARBOSA, il s'agit d'une clause spécifique et finaliste qui particularise l'engagement général en faveur de l'utilisation sociale de la propriété (BARBOSA, Denis Borges. An introduction to intellectual property. 2nd ed. Lumen Juris, 2003, p.118).

Il existe donc une tension évidente entre les règles assurant la protection de la marque et celles qui garantissent la libre concurrence, la liberté d'expression et l'accès à l'information, de sorte que, aux fins de l'évaluation de la licéité de la publicité comparative, les droits garantis par la LPI doivent être mis en balance avec les principes et les objectifs énoncés par la Constitution, l'interprète de la loi étant chargé d'examiner les circonstances spécifiques du cas concret afin de parvenir à une conclusion sur la licéité ou non de la publicité.

(...)

En ce qui concerne les publicités comparatives, la Cour d'origine a estimé qu'elles n'étaient pas diffusées de manière à "dénigrer ou attribuer un caractère péjoratif à la marque [des appelants], ou à créer une confusion chez le consommateur, il n'y a que des informations sur la situation de fait que l'annonceur juge pertinentes en sa faveur. »

En guise de conclusion sur l'évolution des décisions, nous pouvons dire qu'il y a une acceptation progressive et constante, déjà solidifiée par le STJ, des pratiques de publicité comparative en tant que mécanismes légitimes d'information des consommateurs et de promotion des produits et services, indépendamment de la référence ou de la représentation expresse de la marque d'autrui dans le message publicitaire véhiculé, à condition que les limites des pratiques loyales de concurrence et les prémisses de l'information publique soient respectées.

Des exemples péjoratifs ou des images de publicité condamnée n'ont pas été apportés à cet article parce qu'ils sont tous hors d'accès par les canaux de consultation, ayant fait l'objet d'une ordonnance judiciaire de cessation.

III - Conclusions

On peut conclure que la réglementation de la publicité comparative, du droit de la consommation, de la protection des marques et des règles de répression de la déloyauté concurrentielle constituent un réseau complexe de protection juridique des investissements (il est clair que l'interprétation de la publicité comparative doit se faire de manière systématique). Chaque cas est particulier, tel qu'il ressort des questions analysées.

Ainsi, on peut répondre aux questions de la manière suivante :

La pratique de la publicité comparative est-elle licite en droit brésilien ?

Oui, avec des restrictions comme mentionné ci-après.

Quand la publicité comparative est-elle considérée comme un acte de contrefaçon de marques ou de concurrence déloyale ?

La publicité comparative est licite en droit brésilien. Néanmoins, elle est soumise à certaines conditions. Lorsqu'il existe un risque de modification du caractère distinctif utilisé par des sociétés concurrentes, un risque de *dépréciation du signe ou de son titulaire* ou *lorsque le caractère de l'usage n'est pas informatif, lorsque le concurrent manipule ou supprime des données indispensables et touche à des pratiques abusives : on voit clairement les actes illicites de la publicité comparative.*

Quelles sont les justifications rendant l'utilisation de marques de tiers dans sa propre campagne publicitaire licite ?

Les cas d'utilisation licite des marques de tiers en publicité peuvent être de plusieurs façons. La liberté d'expression et le principe de libre initiative, l'usage informatif et référentiel transforme *la publicité licite même dans le cadre d'utilisation de marques comparées. Cela doit avoir lieu de manière non abusive et ne doit pas porter atteinte au* caractère *distinctif, il faut que l'usage soit loyal et ait pour objectif d'informer le consommateur.*

Quel est le cadre légal de la publicité comparative en droit brésilien ?

Le Groupe du Marché commun du MERCOSUR, dans sa Résolution n° 126/1996, a publié des règles visant à protéger les consommateurs. Le CONAR, conjointement avec le Code national d'autorégulation de la publicité (CBAP), expose des règles protectrices qui servent généralement de guide de conduite pour le marché publicitaire en général, les annonceurs, la communauté brésilienne de la propriété intellectuelle et les juges.

F. M. M. S. et P. V.

Les Systèmes Nationaux de Science Technologie et Innovation et de Propriété Intellectuelle : un levier pour le développement et la construction d'une économie de connaissances en Colombie

The National System of Science Technology and Innovation and Intellectual Property: a lever for the development and construction of a knowledge economy in Colombia

Natalie A. PIÑEROS FIGUEROA

Chargée d'affaires juridiques
Service de la Recherche Partenariale et de la Propriété Intellectuelle - Ecole Polytechnique
Avocate colombienne

A. Leonardo BONILLA LOZANO

Juriste Recherche et Innovation - CHU Lille
Avocat colombien

Un écosystème propice pour l'innovation permet le développement des nouvelles technologies, matière première des actifs intangibles qui seront protégés et valorisés par des droits de propriété intellectuelle. Dans les pays latino-américains l'investissement en activités de R&D reste un sujet peu prioritaire et de faible promotion par les États, ce qui a un impact direct dans la production de biens et services innovants. Afin d'avancer sur ces points d'importance vitale au XXI siècle, certains pays, comme la Colombie, ont décidé de réviser leur politique nationale en matière de recherche et de repenser leur système national de science et technologie pour avancer dans l'économie de l'innovation.

A favorable ecosystem for innovation allows the development of new technologies, the raw material of intangible assets that will be protected and valorized the intellectual property rights. In Latin American countries, investment in R&D activities is still not a priority and is poorly promoted by governments, which has a direct impact on the production of innovative goods and services. In order to move forward in these issues of vital importance in the 21st century, some countries, such as Colombia, have decided to revise their national research policy and rethink their national science and technology system to move forward in the innovation economy.

Introduction

L'objectif de cet article est de présenter le Système National Science, de la Technologie et de l'Innovation (SNSTI) en Colombie à partir d'une approche latino-américaine et française en tant que pays membres de l'OCDE. Il s'agit de mettre en évidence l'importance d'intégrer des mécanismes de valorisation et de protection des actifs immatériels comme outil de capitalisation et de protection de l'innovation.

Les difficultés de mise en œuvre d'un système de propriété intellectuelle qui fonctionne réellement et qui protège les biens immatériels seront analysées. Ceci en tenant compte de la réticence des différents acteurs du système national de la propriété

intellectuelle (« PI ») à les utiliser, de l'absence de communication et de connaissances des fonctionnaires ayant des fonctions liées à la PI, du manque de capital humain dans les tâches STI/IP, du manque général de connaissances de la population colombienne sur les STI et encore plus sur ce qu'est la propriété intellectuelle et son utilité, montrant ainsi que les initiatives concernant l'appropriation culturelle des connaissances et le respect des différents acteurs des mécanismes de PI seront essentielles dans le processus d'innovation et de valorisation de la PI.

Pour y remédier, l'État colombien reflète son intérêt pour ces questions dans la proposition et l'exécution de politiques publiques orientées vers la PI pour le développement et le renforcement du SNST en comprenant les nécessités relevées.

Dans la première partie, le contexte du SNSTI sera abordé pour ensuite présenter les différents acteurs qui interviennent dans l'écosystème de la R&D. Il conviendra également de présenter les problématiques qui empêchent la mise en place d'une politique d'innovation en Colombie et les efforts réalisés par le gouvernement pour dynamiser le système. La partie finale permettra d'identifier les solutions retenues en Colombie et dans d'autres pays latinoaméricains pour avancer en science, technologie et innovation.

Dans une deuxième partie, nous envisagerons la politique en matière de propriété industrielle, ainsi que l'approche du nouveau gouvernement colombien pour l'établissement des missions et la projection des systèmes en STI et PI.

I. Le Système National de Science, Technologie et Innovation (SNSTI) : Structuration et problématiques

A. Définitions et structuration du SNSTI

i. Contexte

La structuration de la politique de la recherche et de l'innovation en Colombie a été récemment revue par le Gouvernement afin de doter le pays d'un nouveau système qui répondra aux nouveaux enjeux de l'économie à horizon 2030.

C'est en 2019 qu'une mission internationale dite « Misión de Sabios »[1] a réunit quarante-sept experts nationaux et internationaux afin d'identifier les défis et opportunités pour la construction et l'implémentation de la politique colombienne d'éducation, de science, de technologie et d'innovation.

Quatre axes de travail ont été définis :

1) Doter d'autonomie le Système National de Science, Technologie et Innovation (SNSTI)[2] à partir de la restructuration des institutions existantes et la création d'un ministère de science et technologie ;
2) Augmenter le financement de 0,2% du PIB à 1,2% du PIB d'ici 2028 ;
3) Augmenter la couverture de l'éducation et diversifier l'offre de programmes universitaires, notamment en sciences fondamentales ; et
4) Concrétiser une politique d'innovation orientée par missions[3] qui consiste à définir des objectifs spécifiques et centraliser les efforts en

[1] Gobierno de Colombia, « Misión de Sabios 2019 » , ou mission des sages en français, site accessible à l'adresse suivante :

https://minciencias.gov.co/sites/default/files/libro_mision_de_sabios_digital_1_2_0.pdf. Consulté le 26 septembre 2022.

[2] Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SNCTI), en français « Système national des sciences, des technologies et de l'innovation ».

[3] M. Mazzucato, Penna CCR. The Age of Missions. Addressing Societal Challenges Through Mission-Oriented Innovation Policies in Latin America and the Caribean. Washington DC: Inter-American Development Bank; 2020.

recherche et innovation dans les secteurs qui sont d'intérêt pour le pays.

Ainsi, la Loi n°2162 de 2021[4] a créé le Ministère de Science Technologie et Innovation (STI) en charge de la direction et la structuration de la politique du SNSTI. Ces missions sont définies à l'article 5 à partir de cinq objectifs généraux : i) formuler la politique publique ii) définir la stratégie pour la consolidation d'une société du savoir, iii) promouvoir le développement scientifique et technologique et l'innovation de la nation colombienne, iv) garantir les conditions nécessaires pour le développement scientifique et technologique et v) veiller pour la consolidation et le renforcement du SNSTI.

Les lignes directrices des politiques publiques sont définies en Colombie depuis 1958 à partir des avis du Conseil National de la Politique Économique et Social (CONPES). Ce conseil rédige la feuille de route qui sera reprise par le Gouvernement pour atteindre les objectifs de développement envisagés. Dans le secteur de la R&D, le CONPES 3582 de 2009 a été révisé en 2021, afin d'adapter la politique nationale aux recommandations de la Mission et de définir la stratégie pour faire de la Colombie l'un des trois pays leaders en Amérique latine en Science, Technologie et Innovation et d'augmenter l'investissement en R&D par rapport au PIB.

Le nouveau CONPES 4069 concernant la politique de STI 2022-2031 prévoit trois grandes missions pour développer sa politique de R&D : (i) la biodiversité, (ii) la production, (iii) et la soutenabilité et l'équité sociale.

En matière de biodiversité « Colombie Bio-Diverse »[5], l'objectif est d'identifier et de profiter de la biodiversité culturelle et naturelle du pays afin d'impulser la bioéconomie et l'économie créative. Il s'agit de changer du système d'exploitation extractiviste de ressources naturelles comme le pétrole, le charbon ou l'or (dans un secteur d'activité primaire de l'économie) pour développer une économie basée sur l'économie du savoir et la production de nouvelles connaissances. Dans cette perspective, le projet à 2030 est d'explorer les avantages en matière de ressource comme l'eau ou la diversité biologique et/ou culturelle pour créer des intangibles[6].

Une approche écologique est fixée dans le deuxième objectif, priorisant le développement industriel et technologique à partir de l'économie circulaire et les impacts de l'innovation dans l'amélioration des conditions de vie des colombiens et la réduction de la fracture sociale.

ii. La structure du SNSTI

Le décret n°1666 de 2021[7] établit le SNSTI en Colombie. Le décret définit le SNSTI ainsi :

« un système ouvert auquel font parties les politiques, stratégies, programmes, méthodologies et mécanismes pour la gestion, promotion, financement, protection et divulgation de la recherche scientifique et l'innovation technologique, ainsi que les organisations publiques, privées ou mixtes avec des activités scientifiques, technologiques ou d'innovation ».

[4] República de Colombia, « Ley 2161 de 2021 por medio de la cual se crea el ministerio de ciencia, tecnología e innovación y se dictan otras disposiciones », Loi 2161 de 2021 portant création du ministère de la science, de la technologie et de l'innovation et promulguant d'autres dispositions en français, accessible au lien suivant : Ley 2162 de 2021 - Gestor Normativo - Función Pública. Consulté le 29 septembre 2022.

[5] Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SNCTI), en français « Système national des sciences, des technologies et de l'innovation » p. 24.

[6] Gobierno de Colombia "CIENCIA Y TECNOLOGÍA: FUNDAMENTO DE LA BIOECONOMÍA. Propuestas del Foco de Biotecnología, Bioeconomía y Medio Ambiente Volumen 3"https://minciencias.gov.co/sites/default/files/upload/paginas/ciencia_y_tecnologia_sabios_vol_3.pdf. Consulté le 10 octobre 2022.

[7] República de Colombia, « Decreto 1666 de 2021 por el cual se modifica el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación » Decreto 1666 de 2021. Consulté le 7 octobre 2022.

L'article 4 du décret énumère les éléments qui composent le SNSTI et l'article 5 présente les acteurs du système, lesquels sont :

i) le ministère de STI comme recteur de la politique publique et du SNSTI ;

ii) les agences nationales et internationales de financement et de promotion des sciences, des technologies et de l'innovation ;

ii) le secteur productif privé, public ou mixte ;

iv) les établissements universitaires ;

v) les entreprises ;

vi) la société civile ; et

vii) les instituts et centres d'investigation et développement technologique ou tout autre acteur générateur des connaissances, technologies et innovations.

Sur ce dernier point, le gouvernement a été très strict dans l'encadrement des institutions qui font de la recherche. Par exemple, la Résolution 1479 de 2016 portant la politique d'acteur du SNSTI[8] définit les rôles de chacun des acteurs du SNSTI à partir de l'identification de leurs activités principales, leurs activités complémentaires et leurs principaux résultats attendus selon l'échelle de TRL. Ces informations sont présentées afin de clarifier les conditions de chaque acteur, mais aussi pour le contrôler à partir d'un système d'agrément.

Malgré la structure existante depuis de nombreuses années, le SNSTI colombien n'a pas pu se mettre en place afin d'établir une politique publique centrée dans l'innovation et le développement.

A. Les difficultés pour l'implémentation d'un SNSTI en Colombie

Les problématiques identifiées par la « Mision Sabios »

La *Mision Sabios* a identifié les problématiques suivantes pour la mise en place d'un SNSTI en Colombie et les a résumées en sept axes problématiques[9] :

i) le développement insuffisant des vocations dans les domaines de la science, de la technologie, de l'ingénierie, des arts et des mathématiques (STEAM), formation et mise en relation d'un capital humain hautement qualifié ;

ii) un environnement peu propice à la recherche ;

iii) une faible utilisation, adoption et transfert des connaissances générées ;

iv) une faible appropriation sociale des connaissances ;

v) une utilisation insuffisante des potentiels régionaux, sociaux et internationaux dans la génération et l'utilisation des connaissances ;

vi) une faible dynamisation de la SNSTI ; et

vii) un volume, une efficacité et une évaluation insuffisants du financement de la STI.

D'autres problématiques identifiées : approche depuis un contexte général en Amérique Latine appliqué au cas de la Colombie.

Rentrer dans une dynamique autour de la science, de la technologie et de l'innovation est un outil pour faire face aux enjeux actuels, ainsi que pour prévoir de nouvelles stratégies scientifiques et innovantes pour anticiper des futures possibles crises.

L'année 2020 a laissé présent ce sentiment d'incertitude globale par rapport aux crises à venir : crises sanitaires, limitation des déplacements, digitalisation et transformation entrepreneuriale vers le digital, le changement climatique et les crises énergétiques, entre autres. Ces éléments permettent de souligner l'intérêt et le besoin pour les nations de se mettre à la pointe de la science, de la technologie et plus précisément

[8] COLCIENCIAS; Documento N° 1602 Actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación;https://minciencias.gov.co/sites/default/files/upload/reglamentacion/politiciadeactores-snctei.pdf . Consulté le 3 octobre 2022.

[9] Mision de Sabios. Propuestas de la Misión Internacional de Sabios. Gobierno de Colombia; 2019.https://minciencias.gov.co/sites/default/files/libro_mision_de_sabios_digital_1_2_0.pdf . Consulté le 26 septembre 2022.

de disposer de solutions innovantes concernant les problématiques d'actualité[10].

La connaissance et le développement de capital humain (formé pour travailler sur ces questions), sont un des piliers de la transformation de la plupart des nations en sociétés de connaissances, pour lesquelles l'intérêt sera de structurer et de créer le cadre légal nécessaire pour les activités de R&D. L'objectif est de transformer les nations avec des modèles productifs focalisés dans l'éducation, la science et la technologie, qui vont dynamiser l'économie et améliorer les conditions sociales des territoires, permettant ainsi d'être compétitif au niveau global.

Dans le cas latino-américain, un continent composé majoritairement de pays en voie de développement, avec des caractéristiques économiques, politiques, institutionnels et sociétaux propres, les questions, les besoins et les enjeux autour de l'importance de la R&D et de la propriété intellectuelle (PI) sont aussi particuliers.

Dans une approche historique, l'Amérique latine a vu arriver les différents processus d'industrialisation, le capitalisme, ainsi que la deuxième révolution industrielle dans la région latino-américaine de façon tardive[11]. Les conséquences pour le continent sont notamment le retard technologique par rapport au reste du monde, en raison du manque d'infrastructure (accentué par les particularités géographiques de la région) ; la faiblesse des institutions étatiques dans la plupart des pays ; et l'insuffisance d'investissements étrangers[12].

Ce contexte explique la raison d'être des modèles économiques et productifs en Amérique Latine, sans la moindre spécialisation dans le développement technologique ou la production des nouvelles connaissances, mais plutôt dans des systèmes et modèles économiques et productifs tournés vers le secteur primaire de l'économie à partir de l'exploitation des ressources naturelles.

Ce modèle n'est pas pertinent pour le développement et le positionnement face aux problématiques actuelles et explique également la situation déficitaire en sciences, en technologie et en innovation dans la région latino-américaine.

Ainsi, les pays latino-américains sont déjà confrontés aux besoins de R&D. Dans le cas particulier de la Colombie, comme vu précédemment, depuis les années 90 le gouvernement a ouvert le débat en établissant une commission d'experts dans différents domaines. La mission d'experts de 1996 (précédant la "Mision de Sabios de 2019"), a eu comme objectif de tracer une ligne directrice (organisation étatique, politique publique et économique) à proposer au gouvernement afin d'aider le pays à sortir du sous-développement. L'objectif étant de pouvoir s'insérer à l'économie globale et de pouvoir être un pays compétitif.

La conclusion générale des experts est le besoin immédiat de travailler dans les domaines de l'éducation, de la science, de la technologie, du développement et de la transformation du modèle productif du pays[13].

Les problématiques identifiées et toujours présentes sont la quasi inexistence de R&D dans le pays, le peu de capital humain spécialisé dans la R&D, les problèmes dans le système d'éducation (rendant inaccessible pour une grande partie de la population les connaissances), le manque d'appropriation culturelle de ces connaissances, la très faible utilisation des droits de propriété intellectuelle et le non-respect de celle-ci, notamment.

[10] América Latina y el Caribe: opciones de desarrollo en el nuevo contexto. Banco Interamericano de Desarrollo; 2021.

https://blogs.iadb.org/innovacion/es/america-latina-y-el-caribe-opciones-de-desarrollo-en-el-nuevo-contexto/ . Consulté le 5 octobre 2021.

[11] C. Botella, I Suárez, Innovación para el desarrollo en América Latina. Una aproximación desde la cooperación internacional, Madrid: Fundación Carolina; 2012. P. 8.

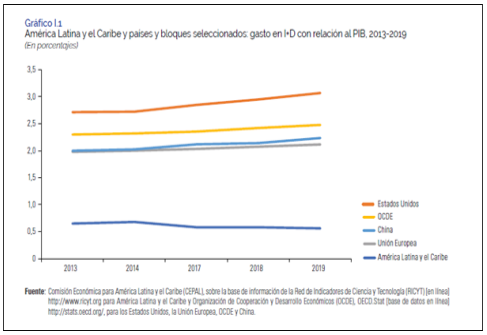
[12] L. Y. BÉRTOLA, J.A. OCAMPO, Desarrollo vaivenes y desigualdad. Una historia económica de América Latina desde la Independencia, SEGIB, Madrid, 2010

[13] Presidencia de la República de Colombia. Informe: Colombia al filo de la oportunidad. 1996.

L'un des indicatifs les plus révélateur des problèmes au niveau de la R&D est le niveau de dépenses dans ce domaine rapporté au PIB, en Colombie, comme en Amérique latine.

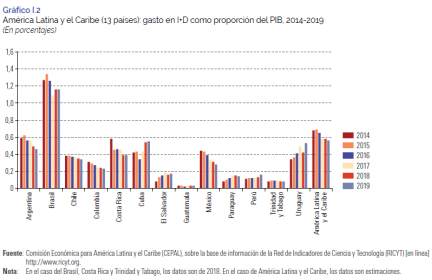
En comparant la moyenne des dépenses de R&D dans les pays de l'OCDE (2,4 %) et dans les principales puissances mondiales (graphique n°1), nous pouvons ainsi observer que l'Amérique latine, dont fait partie la Colombie, n'a pas un niveau d'investissement en R&D proportionnel à sa population et à la taille de son territoire.[14]

Graphique n°1[15]



Nous constatons également la régression des dépenses de R&D en Colombie, de 2014 à 2019. Ainsi, seulement 0,23% du PIB est investi en R&D en 2019, contre presque 0,40% en 2014 (Graphique No.2). En comparaison, la France (comme d'autres pays de l'OCDE), consacre en 2019 2,19% de son PIB aux activités de R&D. [16] Ces éléments démontrent que les efforts économiques de la Colombie dans le domaine de la R&D sont encore dérisoires en comparaison avec les autres États de l'OCDE.

Graphique n°2[17]



En plus du manque de soutien de la part de l'Etat dans l'investissement en R&D, le pays présente également une faible participation privée (seulement 30% d'investissements privés en R&D, contre 50% en Europe et 60% aux Etats-Unis[18]) dans la recherche collaborative, ainsi que dans la production de nouvelles inventions. Le désintérêt du secteur privé pour la recherche, le manque de crédibilité dans la recherche publique, ainsi que le peu d'avantages fiscaux pour les entreprises peuvent justifier l'inaction du secteur privé.

Ces éléments expliquent deux des plus grands problèmes de développement des nouveaux biens intellectuels susceptibles d'être valorisables :

- un manquement notable de financement et une méconnaissance du potentiel économique dans la production des inventions ;
- l'absence d'un portefeuille de PI qui capitalise les connaissances générées par les acteurs économiques afin d'augmenter la compétitivité et la productivité dans la région.

La propriété intellectuelle sera un outil qui permettra la mise en valeur de l'innovation, la capitalisation des nouvelles connaissances

[14] Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Innovación para el desarrollo: la clave para una recuperación transformadora en América Latina y el Caribe. Naciones Unidas; 2022.

[15] Graphique I.1 « Amérique latine et caraïbes et pays sélectionnés. Dépenses en R&D par rapport au PIB 2013-2019" – Commission économique pour l'Amérique latine (CEPAL) sur la base des informations du Réseau des indicateurs en science et technologie (RICYT).

[16] MESRI. État de l'Enseignement supérieur, de la Recherche et de l'Innovation en France n°15 https://publication.enseignementsup-recherche.gouv.fr/eesr/FR/T923/1_effort_de_recherche_et_developpement_en_france/. Consulté le 12 octobre 2022.

[17] Graphique I.2, « Amérique latine et caraïbes (13 pays): dépenses en R&D par rapport au PIB, 2014-2019 » - Commission économique pour l'Amérique latine (CEPAL) sur la base des informations du Réseau des indicateurs en science et technologie (RICYT).

[18] Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Innovación para el desarrollo: la clave para una recuperación transformadora en América Latina y el Caribe. Naciones Unidas; 2022.

et la protection de ces droits pour aider la Colombie dans la transformation en une société du savoir, prête à s'insérer dans les dynamiques de science et de technologies actuelles.

II. La propriété intellectuelle en tant qu'outil principal dans la société de la connaissance

A. Les enjeux dans la mise en place du Système National de la Propriété Intellectuelle (SNPI)

En Colombie, depuis 1991, la propriété intellectuelle constitue un droit social, économique et culturel protégé par la constitution[19] dans laquelle est mentionnée l'obligation de l'État de protéger la PI et de constituer le cadre normatif pour que cela soit possible. Ce contexte normatif, l'ouverture économique globale, (adoption des accords ADPIC en 1994 par la Colombie,) et l'intérêt de développer des connaissances, des recherches et des inventions propres, vont constituer les bases de l'adoption des politiques publiques propres à la PI. Ces points ont pour objectif de constituer un système pour la protection et la mise à disposition de la PI au bénéfice des acteurs économiques afin de valoriser leur capital intellectuel.

L'intérêt de constituer des politiques publiques en innovation, en conformité avec celles de PI, est lié au caractère de bien semi-publique de l'innovation. Pour cela, ces politiques publiques devront permettre la constitution d'un environnement institutionnel et macroéconomique qui permettra la génération et la diffusion de l'innovation[20] .

En Colombie, de façon connexe à la politique de R&D (CONPES 4069 STI 2022 - 2031)[21], l'État a réalisé une analyse des différentes problématiques et solutions autour des questions de PI depuis 2008[22]. D'abord, en constituant un Système National de Propriété Intellectuelle (SNPI) et une Commission Intersectionnelle de la Propriété Intellectuelle (CIPI). Ces deux instances de coordination ont pour objectif de mettre en place différentes initiatives, actions étatiques et privées pour la protection, l'utilisation et la promotion de la Propriété Intellectuelle. L'autre problématique traitée depuis 2008 est l'importance de la protection des connaissances traditionnelles (sujet qui sera aussi étudié de façon programmatique dans les différents documents de politique publique postérieurs).

Le développement et le suivi de la politique publique se poursuivront en 2016[23], en concluant en la faible utilisation de la propriété intellectuelle et ses conséquences directes sur l'innovation et l'entreprenariat.

Une nouvelle politique est publiée en 2021[24], avec de nombreuses similitudes par rapport aux problématiques mentionnées par le passé, mais dans un cadre plus récent et avec de possibles solutions détaillées ci-après.

L'une des premières problématiques générales trouvée dans les politiques publiques de recherche, de développement et de propriété intellectuelle est la discontinuité temporelle dans la constitution des objectifs de ces politiques, ainsi que la faible articulation de l'écosystème national de l'innovation et de la recherche avec les acteurs du Système de la Propriété Intellectuelle. Cette discontinuité et cette déconnexion expliquent les faibles résultats et l'absence de changements structuraux dans ces deux systèmes.

[19] República de Colombia. Constitución Política de Colombia1991.

[20] *Ibidem* 10. p. 19.

[21] Consejo Nacional de Política Económica y Social. Política Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación 4069 STI 2022-2031. Departamento Nacional de Planeación; 2021.

[22] Consejo Nacional de Política Económica y Social. Política Nacional de Propiedad Intelectual No. 3533. Departamento Nacional de Planeación; 2008.

[23] Consejo Nacional de Política Económica y Social. Política Nacional de Propiedad Intelectual No. 3866 Departamento Nacional de Planeación; 2016.

[24] Consejo Nacional de Política Económica y Social. Política Nacional de Propiedad Intelectual No.4062. Departamento Nacional de Planeación; 2021.

Entre les problématiques et les diagnostics réalisés, les principaux points à soulever sont les suivants :

i. La faible capacité de production et de gestion de la propriété intellectuelle

En Amérique latine, la baisse du niveau de productivité et d'innovation, en raison du peu de production en création de connaissances et de produits créatifs, explique pourquoi la Colombie est également submergée dans les mêmes proportions. Dans ce sens, la gestion et la production de PI demeurent fortement limitées, malgré l'augmentation de la protection de biens intellectuels au niveau mondial (par exemple, le nombre de brevets déposés dans le monde entre 2010 et 2020 a augmenté de 64%[25]). En Amérique latine, cette croissance n'existe pas et le nombre de demandes, en plus d'être insuffisant, présente d'autres difficultés.

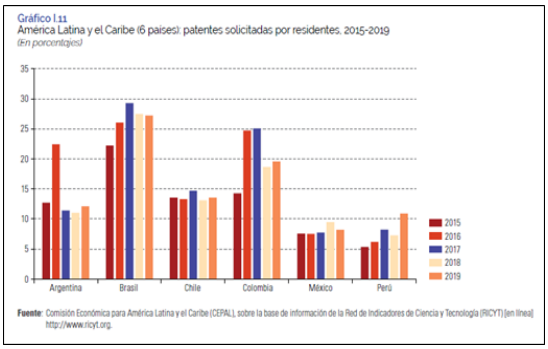
Graphique n°3[26]

Region	Nombre de demandes		Participation des résidents (en pourcentage)		Participation dans le total (en pourcentage)	
	2010	2020	2010	2020	2010	2020
Afrique	12.700	16.400	15,7	20,7	0,6	0,5
Asie	1.028.700	2.183.400	73,5	82,9	51,5	66,6
Europe	343.300	357.900	64,8	57,8	17,2	10,9
Amerique latine et caraibes	55.400	52.200	11,7	16,3	2,8	1,6
Amerique du nord	525.700	631.700	46,9	43,4	26,3	19,3
Oceanie	31.600	35.100	12,7	7,7	1,6	1,1
Monde	1.997.400	3.276.700	61,9	70,3	100	100

Les demandes de brevets en Amérique Latine, dont le nombre se réduit, sont principalement faites par des non-résidents, ce qui signifie que les mécanismes de protection sont majoritairement utilisés par des étrangers (essentiellement des ressortissants européens et des États-Unis).

Nous pouvons constater ci-dessous que le pourcentage de demandes de brevets réalisé par des résidents colombiens est seulement de 20% en 2019, en diminution par rapport aux années 2016 et 2017.

Graphique n°4[27]



Le diagnostic réalisé conclu que les principales conséquences de cette problématique sont également :

- le peu d'investissement, privé comme étatique, en R&D. Les fonds publics investis sont utilisés dans plusieurs programmes pour la recherche, qui ne sont pas articulés entre eux, ou qui n'ont pas de connexion avec les enjeux du pays, ce qui produit l'atomisation et l'absence de cohérence dans l'investissement fait par l'État pour la recherche publique.
- des mécanismes et des incitations limités pour la création et l'utilisation de la PI. Il est constaté que les universités et centres de recherche concentrent leurs activités dans la recherche fondamentale et dans la production des publications scientifiques. L'Etat ne prévoit pas d'incitation pour la création de la recherche appliquée ou pour des innovations de rupture. De plus, le manque de politiques et de documentations relatives à la PI dans des Institutions Créatrices de Connaissances (ICC), limitent la gestion stratégique de la propriété intellectuelle, ayant comme conséquence la faible génération de spin-off universitaires.[28]

[25] Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Innovación para el desarrollo: la clave para una recuperación transformadora en América Latina y el Caribe. Naciones Unidas; 2022.

[26] Tableau I.1 « Demandes de brevets, 2010 et 2020 (en nombre des demandes et en pourcentage) »- OMPI

[27] Graphique I.11 « Amérique latine et caraïbes (6 pays): brevets demandés par des résidents, 2015 – 2019 » - Commission économique pour l'Amérique latine (CEPAL) sur la base des informations du Réseau des indicateurs en science et technologie (RICYT) »

[28] Congreso de la República de Colombia. Ley 1838 de 2017.

- la déconnexion entre l'offre et la demande de PI. Lorsque les entreprises ont besoin d'une solution technique, elles ne se tournent pas vers les ICC, car elles ne connaissent pas les prestations proposées par celles-ci. De plus, les faiblesses des institutions de support (OTRI/OTT[29]), devant mettre en relation l'offre et la demande de solutions technologiques, accentuent cette difficulté.

ii. Faiblesses dans l'utilisation de la propriété intellectuelle à travers des instruments de protection

L'obsolescence de certains éléments du cadre réglementaire de la propriété intellectuelle limite l'utilisation des instruments de protection. D'une part, la Colombie n'as pas complètement intégrée dans le corp législatif les différents accords internationaux déjà ratifiés. D'autre part, certains traités internationaux n'ont pas encore été ratifiés par le pays (par exemple, le traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles ou le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation).

iii. Faible défense des droits de PI

Le pays présente différentes difficultés liées à l'application des droits de PI. D'abord, un niveau élevé d'infractions à la propriété intellectuelle (par exemple, une hausse notable du nombre de contrefaçons de semences représentant une perte de 300 millions de USD pour le secteur agricole[30]) lié à la méconnaissance des mécanismes qui facilitent l'identification des infractions.

De plus, le système de protection de la propriété intellectuelle a des faiblesses dans ses enquêtes sur les infractions en matière de PI. Les capacités relativement limitées au niveau institutionnel ne permettent pas une réponse adaptée au niveau juridictionnel.

En effet, les différentes institutions du SNPI, chargées du suivi et de l'instruction des procès, n'ont pas de connaissances spécialisées en propriété intellectuelle. Quelques institutions, comme la "fiscalia" (équivalent du Parquet en France) ont subi des restructurations internes entraînant la dilution de la fonction exclusive du suivi des délits relatifs à la PI et la réassignation de certains dossiers à des procureurs non spécialisés sur le sujet.

En conclusion, le pays a un problème structurel dans la formation en propriété intellectuelle de son personnel chargé de contrôler et de suivre les droits de PI dans les différentes institutions.

iv. Faible connaissance de l'existence et des avantages de la PI

En Colombie, il n'y a pas de guide, ni de documentations, concernant l'existence et l'utilisation des droits de la propriété intellectuelle, destiné spécialement aux différents acteurs du SNCTI et du SNPI.

La Colombie est également confrontée à des faiblesses culturelles relatives au respect de la PI. Ainsi, les différentes enquêtes indiquent que les droits de PI sont généralement perçus par les utilisateurs comme des obstacles au libre exercice des activités commerciales (COLIPRI II, 2020)[31], plutôt que comme des mécanismes de valorisation et de capitalisation.

Enfin, nous constatons une faible capacitée d'exploitation et de gestion de la propriété intellectuelle dans les PME et ETI. Cela a pour effet une plus grande méconnaissance des possibles avantages procurés par la protection des résultats de la propriété intellectuelle et de leurs retombées économiques[32].

[29] OTRI et OTT, « Bureau de transfert des résultats de la recherche ».

[30] *Ibidem* 20 p. 33.

[31] *Ibidem* 20 p. 34.

[32] *Ibidem* 20 p. 34

v. Fragmentation institutionnelle dans le Système National de Propriété Intellectuelle (SNPI)

Le SNPI en tant que mécanisme d'articulation devrait normalement travailler en lien étroit avec tous les acteurs. Cependant, malgré les efforts réalisés, il est évident que depuis sa création le système présente des problèmes de conception et de constitution.

Le SNPI présente donc des difficultés dans la planification stratégique et le suivi de ses missions. Il apparait essentiel de travailler pour proposer des changements nécessaires à son bon fonctionnement.

Les entités du système ne disposent pas des informations pour le développement et le suivi des programmes et des actions de politique publique. Il est donc nécessaire d'améliorer les systèmes d'information et de recollection des données autour des droits de propriété intellectuelle : ne pas disposer de ces informations (ou d'outils de suivi, de contrôle et d'évaluation) entrave la prise de décision fondée sur des preuves[33].

B. Les solutions en cours pour l'articulation de la propriété intellectuelle au SNSTI : commentaires et autres annotations

Le gouvernement colombien suivant son approche d'innovation par missions a opté pour définir les axes qui détermineront la politique de STI des années à venir. Les objectifs principaux sont l'exploitation du potentiel colombien en matière de biodiversité, la transition énergétique et la réduction de l'inégalité à partir de l'éducation et de l'innovation.

Un point d'actualité dans la discussion du SNSTI et le paradigme qui sera adopté par le nouveau gouvernement colombien. En effet, un débat sur les finalités de la recherche et de la science et sa vision hégémonique.

La nouvelle politique pourrait chercher à rompre avec la « politique hégémonique » de la connaissance particulièrement centrée dans la vision européenne des activités de R&D, mais qui ne prend pas en compte les réalités des pays latinoaméricains.

Avec ce changement de paradigme, une question principale peut guider la politique du SNSTI « Qu'elle est l'objectif de la science ? ». L'objectif du gouvernement est de se servir de l'écosystème de l'innovation pour la réduction des inégalités. Une activité de R&D centrée sur l'innovation sociale.

Dans ce sens, la recherche et le développement nés en Amérique Latine se caractérisent par l'adaptabilité aux contextes et aux besoins des pays en développement. Dans de nombreux cas, elle se distingue par la frugalité des produits ou services proposés, en accord avec les contraintes de ressources mondiales en développement[34].

Cette particularité dans l'innovation en Amérique Latine, propre à un nouveau phénomène (*reverse innovation*), démontre que l'innovation n'est maintenant pas un sujet ou une discipline exclusive aux pays développés. En ce sens, les réalités et les processus propres d'Amérique latine vont être la porte d'entrée pour de nouvelles innovations et un nouveau marché non exploré dans la science et la technologie.

Le contexte national et international a poussé l'État colombien à trouver les outils pour initier le changement de modèle de production et économique, en accord avec les processus d'innovation.

Comme déjà vu précédemment dans l'articulation des différentes solutions pour booster la R&D, l'État a marqué un intérêt prononcé dans la protection et la capitalisation des bien intellectuels, si bien qu'il a déjà réalisé différents changements qui ont permis le progrès et la transformation du système. Il reste encore des problématiques que l'Etat doit résoudre, en l'occurrence à travers des moyens tels que :

- le développement de fonds pour financer le potentiel d'innovation et

[33] Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Start-up latin america 2016. Building an innovation future. Paris: OECD Publishing

[34] *Ibidem* 10. p. 19

les technologies protégeables, en destinant plus de fonds publics à la R&D (augmentation des dépenses en R&D en pourcentage du PIB) ;

- le développement d'une stratégie visant à fortifier l'offre des services en PI et la couverture des programmes de promotion de la PI ;
- le développement de guides et de documents pour les secteurs des entreprises concernant la commercialisation des droits de PI et le transfert de technologies ;
- l'identification au travers des différents acteurs publics qui ont un impact sur l'utilisation et la gestion de la propriété intellectuelle et sont invités à identifier et à structurer une stratégie visant à renforcer la connaissance de la PI, ainsi que la commercialisation, l'exploitation, l'enregistrement et la protection des actifs de propriété intellectuelle ;
- faire une identification générale dans le SNPI, concernant les lacunes en matière de capital humain dans les activités liées à R&D et la PI ;
- concevoir et mettre en œuvre une stratégie visant à renforcer les portefeuilles de propriété intellectuelle, la veille technologique, le conseil en matière de processus d'entreprise et les stratégies de commercialisation et marketing des actifs de la propriété intellectuelle. Pour cela, la Direction nationale de la planification, le Ministère de STI, et le Ministère du Commerce doivent réaliser une stratégie visant à « rendre visibles les technologies disponibles ayant un potentiel de transfert, afin de contribuer à la commercialisation de la propriété intellectuelle entre les entités publiques et le secteur privé »[35] ;
- effectuer les analyses sur la pertinence de l'adhésion et de la nécessité de ratifier les différents traités internationaux ;
- améliorer les mécanismes d'identification et de surveillance des atteintes aux droits de propriété intellectuelle. Les institutions d'instruction et d'enquête des délits ou infractions à la propriété intellectuelle sont appelées à former les personnels liés à ces processus. De plus, le gouvernement doit insister auprès de l'école judiciaire de formation des juges et des magistrats pour qu'ils suivent des formations dédiées à la PI ;
- exécuter des politiques à travers les différents ministères pour favoriser la connaissance, la formation, l'appropriation et la culture de la propriété intellectuelle, afin de promouvoir une culture de respect des droits de propriété intellectuelle ; et
- sensibiliser et former les PME sur l'importance et le besoin de la propriété intellectuelle.

Dans le cadre des différentes solutions proposées dans la politique publique de la propriété intellectuelle, il est intéressant de constater que la plus grande inquiétude et l'effort à réaliser par le Gouvernement est la sensibilisation et la formation de la population (ces sujets étant malheureusement méconnus de la population). De plus, le secteur entrepreneurial et les différents acteurs du Système de sciences technologie et innovation qui sont concernés n'ont pas les informations et les directives de l'État pour être plus compétitives dans ces problématiques.

Au moment d'effectuer cette analyse comparative des différents écosystèmes, tant sur l'innovation et la recherche, que sur la propriété intellectuelle, il est assez intéressant de voir comment les différents pays de l'Amérique latine veulent acquérir un système se rapprochant le plus possible de

[35] *Ibidem* 20, p. 45.

l'Europe. Cependant, dans cet effort, ils oublient les particularités propres de leurs territoires et le suivi nécessaire afin d'obtenir des résultats, sans devoir continuer à travailler sur les mêmes problématiques pendant des années.

Ainsi, la coopération internationale et le travail en relation avec des experts ou des institutions spécialisées peuvent être une meilleure stratégie que la simple copie des politiques étrangères.

N. A. P. F. et A. L. B. L.

Asie

Comité Régional Asie

Shujie FENG
Professeur de droit, Unversité Tsinghua (Pékin)

Makoto NAGATSUKA
Professeur à l'Université Hitotsubashi

Aso TSUKASA
Maître de conférences à l'Université de Kyushu

La législation du droit de suite en Chine : l'échec temporaire et l'espoir dans l'avenir *

*Resale right legislation in China: temporary failure and hope for the future***

Zhe DAI

Maître de conférences à la faculté de droit de Jinan Université (Guangdong, Chine)

Xin GUAN

Assistante de recherche à la faculté de droit de Jinan Université (Guangdong, Chine)

Lors de la dernière révision de la loi sur le droit d'auteur, le législateur chinois a envisagé d'introduire le droit de suite. Cependant, cette tentative législative a finalement échoué en raison de l'opposition des acteurs du marchés de l'art et de la vente aux enchères, de la négligence de la communauté des artistes et de la controverse parmi les chercheurs. Cet échec n'est toutefois que temporaire, car la Chine n'a pas bien compris le fondement théorique et le mécanisme de mise en œuvre du droit de suite. Une fois que les artistes et les universitaires chinois auront mieux appréhendé ce droit, il est probable que l'introduction du droit de suite en Chine soit une réussite.

During the last amendment of the Copyright Law, the Chinese legislator considered introducing the resale right. However, this legislative attempt ultimately failed due to opposition from theof the art and auction market players, neglect by the artist community and controversy among scholars. This failure is only temporary, however, because China did not fully understand the theoretical basis and implementation mechanism of resale right. Once Chinese artists and scholars have a better understanding of the resale right, it is likely that the introduction of the resale right in China will be successful.

Introduction

Le droit de suite est, à l'origine, une notion du droit français. Il existe depuis plus de cent ans, étant né en 1920. En France, ce droit est actuellement envisagé à l'article L.122-8 du Code de la propriété intellectuelle.

L'Union européenne a également unifié sa législation en matière de droit de suite. Selon

* Cet article est l'un des résultats du projet de recherche intitulé « Recherche sur la construction du système de droit de suite des œuvres d'art dans la loi chinoise sur le droit d'auteur », financé par le fonds national chinois des sciences sociales, numéro du projet :20CFX054. De plus, nous voulons remercier Monsieur Bernard Navio pour ses suggestions et relectures précieuses, et nous tenons également à remercier les étudiants qui ont participé à l'enquête des artistes chinois concernant le droit de suite, notamment Zeng Hanwen, Tan Xinjie, Cen Yu, Zeng Tiansheng, Zhang Yuqian, Nie Jingyi, Jia Qingyuan, Liu Yilin.

** This article is one of the results of the research project entitled "Research on the Construction of Resale Right System of Art Works in Chinese Copyright Law", funded by the Chinese National Social Science Fund, project number 20CFX054. In addition, we would like to thank Mr. Bernard Navio for his valuable suggestions and proofreading, and we would also like to thank the students who participated in the survey of Chinese artists regarding resale right, especially Zeng Hanwen, Tan Xinjie, Cen Yu, Zeng Tiansheng, Zhang Yuqian, Nie Jingyi, Jia Qingyuan, Liu Yilin.

la Directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale, il s'agit d'un droit d'essence frugifère qui permet à l'auteur-artiste de percevoir une rémunération au fur et à mesure des aliénations successives de l'œuvre.

Aujourd'hui, le droit de suite est de plus en plus accepté, non seulement par les pays du système de droit d'auteur, mais aussi par ceux du système anglo-saxon de « copyright ». En 1992, selon les statistiques de l'Office de droit d'auteur des États-Unis, 36 pays dans le monde avaient mis en place le système du droit de suite[1]. En 2013, ce même office a publié une étude révélant que 79 pays avaient créé le droit de suite[2], parmi lesquels 28 pays européens, 13 pays d'Amérique latine, 16 pays africains, ainsi que l'Australie, les Philippines et divers autres. Le système du droit de suite s'est donc répandu dans le monde entier.

Toutefois, la loi chinoise sur le droit d'auteur ne comprend pas encore de disposition concernant le droit de suite. Dans ce contexte, des juristes chinois ont proposé d'introduire le système du droit de suite en Chine. En mars 2011, Zhang KANGKANG, vice-président de l'Association des écrivains chinois, a soumis une proposition d'introduction du droit de suite des œuvres d'art visuel lors de la troisième session du 11ème Comité national de la Conférence consultative politique du peuple chinois. C'est en juillet 2011 que la troisième révision de la loi chinoise sur le droit d'auteur a été officiellement lancée[3]. Dans des projets d'amendement de la loi chinoise sur le droit d'auteur, le droit de suite a été inséré dans les quatre premiers projets. Cependant, la loi, finalement votée en 2020, l'a supprimé.

L'échec de cette tentative législative a laissé vains les efforts de nombreux artistes et universitaires, ainsi que certaines organisations internationales qui promeuvent activement la législation sur le droit de suite dans le monde entier, car l'ampleur du marché de l'art chinois a longtemps occupé la deuxième place dans le monde[4], juste derrière les États-Unis. Si la Chine adopte la législation du droit de suite, elle donnera une impulsion pour d'autres pays. Par exemple, dans le rapport fait par le Conseil fédéral suisse sur le droit de suite, il a spécifiquement analysé l'avancée législative du droit de suite en Chine[5]. Dans ce contexte, des questions émergent : pourquoi la législation du droit de suite en Chine n'avance-t-elle pas ? Sera-t-il encore possible pour la Chine d'introduire cette notion à l'avenir ?

Nous examinerons donc la raison pour laquelle cette tentative législative a échoué (**I**). Nous constaterons que l'échec de l'insertion du droit de suite n'est que temporaire et qu'il existe encore un grand espoir pour qu'il soit introduit à l'avenir (**II**). Enfin, nous analyserons la disposition relative au droit de suite dans les projets d'amendement de la loi chinoise sur le droit d'auteur et nous proposerons des suggestions d'amélioration appropriées (**III**).

[1] Voir U.S. Copyright Office, Droit de suite: the artist's resale royalty, at ii.(Dec. 1992), accessible au lien suivant : http://www.copyright.gov/history/droit_de_suite.pdf, visité le 20 mars 2019.

[2] Voir U.S. Copyright Office, Resale Royalties: An Updated Analysis, app. E (2013), accessible au lien suivant : http://www.copyright.gov/docs/resaleroyalty/usco-resaleroyalty.pdf, visité le 25 mars 2019.

[3] Après la fondation de la République populaire de Chine en 1949, ce n'est qu'en 1990 que la Chine a promulgué sa première loi sur le droit d'auteur, qui a été révisée en 2001 et 2010 respectivement.

[4] Le marché de l'art chinois se développe rapidement au cours des dernières années. Selon les statistiques d'Artprice, le marché de l'art chinois a dépassé celui des États-Unis en 2020, Voir son rapport de 2021 sur le marché de l'art, p.9, accessible au lien suivant : https://imgpublic.artprice.com/pdf/the-art-market-in-2021.pdf, visité 28 août 2022.

[5] Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Luginbühl 13.4083 « Droit de suite pour les artistes suisses » du 05.12.2013, p.13, accessible au lien suivant : https://www.ejpd.admin.ch/dam/ejpd/fr/data/aktuell/news/2016/2016-05-11/ber-br-f.pdf.download.pdf/ber-br-f.pdf, visité 15 novembre 2022.

I. La raison de l'échec de l'introduction de droit de suite en Chine

L'échec de l'introduction du droit de suite en Chine découle des controverses sur la légitimité de ce droit (A), des inquiétudes, voire des objections quant à l'introduction d'une telle législation, notamment celles des praticiens industriels du marché de l'art (B). De plus, la plupart des artistes chinois ne connaissaient pas le droit de suite et n'ont pas soutenu activement la révision (C). L'applicabilité du droit de suite en Chine a été également remise en question en raison de l'absence d'une organisation efficace de gestion collective des œuvres d'art en Chine (D).

A. Les controverses quant à la légitimité du droit de suite

Par rapport aux plus de 100 ans d'histoire de la recherche sur le droit de suite à l'étranger, la recherche sur le droit de suite en Chine a commencé très tard. La première personne en Chine à proposer le droit de suite fut M. Wu ZUOREN（吴作人）, l'ancien président de l'Association des artistes chinois. Le 17 septembre 1990, dix jours après l'adoption de la loi sur le droit d'auteur en Chine, M. Wu a mentionné l'absence du droit de suite dans la loi lors d'un séminaire organisé par l'Office nationale chinois du droit d'auteur. Il a également proposé solennellement d'étudier le droit de suite. Cependant, entre 1990 et 2011, seuls quelques chercheurs en Chine avaient fait des recherches sur le droit de suite. Ainsi, ce n'est que lorsque l'Office nationale chinois du droit d'auteur a publié le premier projet de révision de la loi sur le droit d'auteur en mars 2012 que les universitaires chinois ont commencé à s'intéresser à l'étude du droit de suite. Par conséquent, la connaissance du droit de suite en Chine était insuffisante au début de cette révision. La plupart des chercheurs chinois ont utilisé des théories dépassées pour justifier le droit de suite, ce qui a suscité des controverses, voire des oppositions.

L'exemple le plus typique est la doctrine des « artistes affamés » ("*starving artist*"). Parmi les premiers chercheurs en Chine à avoir étudié le droit de suite, beaucoup pensent que ce droit existe pour éliminer le phénomène des « artistes affamés ». C'est le cas du professeur Guo SHOUKANG, qui exerce une grande influence en Chine, et qui a fait sienne cette théorie en 1991[6]. Toutefois, dès lors que les opposants à cette théorie prouvent qu'il n'existe pas de phénomène d' « artistes affamés », la légitimité du droit de suite est remise en cause. Ainsi, après avoir mené une recherche sur les artistes chinois en 2013, le professeur Zhou LIN a constaté que la situation des « artistes affamés » n'existe pas en Chine. Par conséquent, il a indiqué que l'introduction du droit de suite ne se justifiait pas[7]. En outre, si les « artistes affamés » ont besoin d'aide, il nous semble raisonnable que les musiciens et écrivains « affamés » soient également être protégés par le droit de suite.

Un autre exemple typique est la doctrine de la « valeur intrinsèque ». Cette théorie soutient que les œuvres d'art ne reflètent pas souvent leur véritable valeur lorsqu'elles sont commercialisées pour la première fois. Ce n'est qu'après quelques années que le marché attribuera à ces œuvres leur vraie valeur. De ce fait, lorsque les artistes vendent des œuvres d'art, ils les vendent souvent à un prix inférieur à leur valeur. Afin de rémunérer l'artiste, il est nécessaire de lui permettre de bénéficier de la plus-value de

[6] Voir Guo Shoukang(郭寿康), « Le droit de suite des œuvres d'art »（《谈美术作品的追续权》）, *beaux-arts*（《美术》）1991, No.3, p.42. Cette théorie vient de l'étranger. Voir *Commission, Proposal for a European Parliament and Council Directive on the Resale Right for the Benefit of the Author of an Original Work of Art, Explanatory Memorandum*, COM(96) 97 final, p. 2. M. E. Price, "Government Policy and Economic Security for Artists: The Case of the Droit de Suite", 77 *Yale L.J.* 1333, p. 1334-1336 (1968).

[7] Voir Z. LIN（周林）, « Rapport d'étude sur la faisabilité de la législation et la mise en œuvre du droit de suite »（《追续权立法及实施可行性调研报告》）, accessible au lien suivant : http://www.cssn.cn/fx/fx_zscqfx/201404/t20140409_1061911.shtml, visité le 8 octobre 2015.

l'augmentation du prix de son œuvre[8]. Cette théorie vient aussi de l'étranger, notamment d'Albert VAUNOIS qui est le premier à avoir proposé le concept de droit de suite des œuvres d'art, et a fondé le droit sur la théorie de la valeur[9]. Cependant, cette théorie n'est pas convaincante. Selon certains opposants, une fois que les artistes ont transféré les œuvres originales, les risques et les avantages ont été transférés et ils n'ont pas le droit de revendiquer les intérêts ultérieurs du prix augmenté[10]. De plus, les opposants estiment que l'appréciation des œuvres d'art est dominée par de multiples facteurs. En conséquence, si la contribution des artistes à l'augmentation du prix doit être compensée, alors les collectionneurs, les acheteurs et même les maisons de vente aux enchères, qui y ont également contribué, devraient également profiter du partage des bénéfices[11]. À l'étranger, il existe également des points de vue similaires d'objections et certains chercheurs s'interrogent même : « Pourquoi les artistes auraient-ils le droit de partager les bénéfices du prix augmenté de la revente d'art sans indemniser les collectionneurs lorsque le prix de l'art baisse ? »[12].

Dès lors, le droit de suite est-il vraiment injustifiable ?

Il s'avère que les deux théories ci-dessus ne constituent pas une base raisonnable pour justifier le droit de suite.

D'une part, en ce qui concerne la théorie des « artistes affamés », bien que ce phénomène reflète les conditions de vie de certains artistes au moment de la création du droit de suite au début du XXe siècle[13], il ne s'agit pas de la raison pour laquelle le législateur envisage la création du droit de suite. Aujourd'hui, les principaux législateurs du droit de suite ont explicitement nié qu'il existe un lien entre le phénomène des « artistes affamés » et le système du droit de suite. Comme l'a souligné la Commission européenne, « Cette justification sociale peut sembler dépassée dans certains États membres de l'Union européenne compte tenu du niveau des prix, des subventions et des prestations de sécurité sociale qui y sont pratiqués »[14].

D'autre part, en ce qui concerne la doctrine de la « valeur intrinsèque », la France, premier pays à avoir créé le système du droit de suite, a clairement rejeté cette doctrine. Selon Léon Bérard, l'un des rapporteurs de la loi française sur le droit de suite de 1920, même si la première personne (Albert VAUNOIS) qui a introduit la notion de droit de suite dans le domaine de l'art entendait essentiellement la construire sur la base de l'augmentation de valeur de l'œuvre, la législation sur le droit de suite sous cette notion est incomplète. Il existe, par ailleurs, des défauts dans sa mise en œuvre[15]. Certains pays ont certes adopté cette théorie à ses débuts, comme l'Italie, la Pologne et l'Uruguay, mais ils n'ont pas réussi à mettre en pratique le droit de suite.

---

[8] Voir L. Chunxin（卢纯昕), « Controverses et motions législatives du droit de suite »（《追续权的争议点与立法动议》）, *Sciences du droit du Hebei*（《河北法学》）, 2014, No.8, p.159. Voir également G. Weijun（葛伟军）, « L'œuvre d'art en tant qu'objet de la réglementation du droit de l'art »（《作为艺术法规制对象的艺术品》）, *Revue de l'université de Shanghai*（《上海大学学报), 2019, n°1, p.119.

[9] Voir J. L. Duchemin, *Le droit de suite des artistes*, Sirey, 1948, p.35.

[10] Voir J. Hui（景辉）, « Droit de suite : propositions mensongères selon la perspective de l'analyse de marché »（《追续权:伪命题——基于市场分析的视角》）, *Technologie et droit*（《科技与法律》), 2013年第4期，第38-40页。

[11] Voir Z. Lin（周林）, « Rapport d'étude sur la faisabilité de la législation et la mise en œuvre du droit de suite »（《追续权立法及实施可行性调研报告》）,
URL: http://www.cssn.cn/fx/fx_zscqfx/201404/t20140409_1061911.shtml, visité le 8 octobre 2015.

[12] J. Backer Laird, "Comments Submitted in Response to U.S. Copyright Office's", Sept. 19, 2012 Notice of Inquiry at 7 n.4 (Dec. 3, 2012).

[13] Par exemple, François Miller et ses descendants vivaient dans la pauvreté.

[14] Voir *Commission, "Proposal for a European Parliament and Council Directive on the Resale Right for the Benefit of the Author of an Original Work of Art,Explanatory Memorandum"*, COM(96) 97 final, p. 2.

[15] Voir *Journal Officiel, Chambre des Députés, Documents parlementaires*, 3, Annexe 6794, Session de 1919, Séance du 2 Septembre 1919.

Par conséquent, ils ont également abandonné cette théorie et ne ciblent plus le droit de suite sur la partie relative au prix augmenté dans la revente des originaux d'œuvres.

Ainsi, nous pouvons constater que les chercheurs chinois ont adopté des théories inappropriées lorsqu'il s'agissait de justifier l'introduction du droit de suite en Chine. Par conséquent, il est naturel de tirer la conclusion que le droit de suite n'est pas légitime. Cette conclusion n'est cependant que temporaire. Une fois que d'autres théories auront été choisies afin de démontrer la rationalité du droit de suite, la conclusion pourrait être toute autre.

B. L'inquiétude quant à l'impact négatif du droit de suite sur le marché

La majorité des professionnels chinois du marché de l'art s'est opposée à l'introduction du droit de suite. Selon l'enquête réalisée en 2013 par le Professeur Zhou LIN, 71,43% des praticiens chinois du marché de l'art sont inquiets de l'introduction du droit de suite. De plus, parmi des maisons de vente aux enchères interrogées, 52,38% estimaient que le droit de suite aurait un impact négatif sur le marché de l'art. Seules 28,57% des maisons pensaient que le droit de suite aurait un effet positif sur le marché[16].

En 2012, certains dirigeants de grandes maisons de vente aux enchères ont soulevé publiquement des objections quant à l'introduction du droit de suite. Selon Gan XUEJUN, le directeur général de la société de vente aux enchères de Huachen, si cette introduction réussit, « les intérêts des commerçants et l'enthousiasme des transactions seront freinés, et les intérêts et la passion des artistes seront également freinés »[17]. Liu SHANGYONG, le directeur général de la société de vente aux enchères de RONGBAO, a également souligné que « le droit de suite pourrait nuire au marché de l'art, de la photographie et des manuscrits, puis entraîner le retrait de ces produits du marché public »[18]. De plus, Ji TAO, le directeur général de la société de vente aux enchères de Tianwen, estime qu'« il y a des centaines d'échanges lors de chaque vente aux enchères. Une fois le droit de suite mis en œuvre, une vente aux enchères impliquera la répartition des intérêts d'un grand nombre de titulaires, ce qui conduira au chaos sur le marché des enchères »[19].

À la fin de 2012, Li WEIDONG, secrétaire général de l'Association chinoise d'enchères, s'est rendu à l'Office nationale du droit d'auteur pour exprimer l'opposition de l'association au droit de suite. Selon l'Association, la mise en œuvre du droit de suite aurait un impact négatif sur l'ensemble du marché du commerce de l'art. Elle aurait également un impact négatif sur les artistes chinois[20]. Outre les praticiens du marché de l'art, Zhang ZHONGYI, un représentant de l'Association chinoise des collectionneurs, s'est également opposé à l'introduction du droit de suite. Selon lui, le droit de suite augmenterait considérablement le coût d'achat pour les collectionneurs et porterait indûment atteinte à la liberté du propriétaire de l'original de l'œuvre d'art[21].

Cependant, nous pouvons également constater que certains praticiens du marché

[16] Voir Z. Lin（周林）, « Rapport d'étude sur la faisabilité de la législation et la mise en œuvre du droit de suite »（《追续权立法及实施可行性调研报告》）, accessible au lien suivant : http://www.cssn.cn/fx/fx_zscqfx/201404/t20140409_1061911.shtml, visité le 8 octobre 2015.

[17] Cité dans « À qui le droit de suite porte-t-il atteinte ? »（追续权动了谁的奶酪？）, accessible au lien suivant : http://art.china.cn/market/2012-11/29/content_5535298.htm, visité 19 août 2022.

[18] *Ibid*.

[19] *Ibid*.

[20] Voir « l'association chinoise d'enchères présente des suggestions sur le système de droit de suite dans le troisième projet d'amendement de la loi sur le droit d'auteur »（《中拍协对著作权法"三稿""追续权"制度提出建议》）, accessible au lien suivant : http://finance.sina.com.cn/roll/20121108/134113616516.shtml, visité 19 août 2022.

[21] Voir L. Hua（刘韡）, « Résumé du séminaire sur les questions juridiques liées au droit de suite »《追续权相关法律问题研讨会综述》）, accessible au lien suivant : http://ipr.ruc.edu.cn/article.asp?id=361, visité 20 août 2022.

de l'art ont exprimé leur soutien au droit de suite. Par exemple, Wang FENGHAI, l'ancien secrétaire général adjoint de l'Association chinoise d'enchères, ne s'est pas opposé à l'établissement du droit de suite. Il admet également qu'il est impossible de satisfaire toutes les parties du marché de l'art[22]. Un tel avis de soutien est toutefois encore trop faible par rapport aux avis s'opposant au droit de suite.

L'opinion des acteurs du marché de l'art a profondément influencé le processus législatif du droit de suite en Chine. Nous pouvons constater qu'après que le projet final de révision de la loi sur le droit d'auteur ait supprimé les dispositions relatives au droit de suite, l'Association chinoise d'enchères a déclaré que ce résultat était en grande partie dû à ses efforts. Elle avait, en effet, soumis à plusieurs reprises son avis concernant le droit de suite à l'Office nationale du droit d'auteur et au Conseil d'État. Selon elle, son argumentaire a finalement été soutenu par ces institutions[23].

C. La négligence du droit de suite par la majorité des artistes chinois

Même s'il s'agit d'un droit qui protège des artistes, la plupart des artistes en Chine ne connaissent pas cette tentative de législation sur le droit de suite. Selon l'enquête réalisée en 2013 par le Professeur Zhou LIN, les artistes chinois interrogés ne connaissent généralement pas le droit de suite : 66% d'entre eux n'en ont jamais entendu parler. Seuls 34% ont entendu parler du droit de suite, mais aucun d'entre eux ne le connaît très bien[24]. En revanche, la plupart des sociétés d'enchères en ont conscience et, selon les recherches du professeur Zhou LIN, 72% des sociétés d'enchères interrogées connaissent le droit de suite, 14% d'entre elles en sont très conscientes et seulement 14% des sociétés d'enchères ne connaissent rien de ce droit[25].

De plus, cette législation sur le droit de suite n'est pas basée sur des propositions de la communauté des artistes. Bien que Wu ZUOREN, l'ancien président de l'Association des artistes chinois, ait préconisé de faire une étude sur le droit de suite en 1990, il n'a pas formulé de proposition législative depuis lors. En fait, c'est Zhang KANGKANG, vice-président de l'Association des écrivains chinois, qui a d'abord fait la proposition législative d'établir le droit de suite en mars 2010. Bien que l'Association des artistes chinois ait également convoqué des réunions pour soutenir cette législation en 2012[26], elle n'a pas fait assez d'efforts au niveau législatif. Lorsque l'introduction du droit de suite a de nouveau été débattue devant l'Assemblée populaire nationale chinoise, seule Wu BIXIA, professeure de musicologie et représentante de l'Assemblée populaire nationale, a préconisé une nouvelle fois l'instauration de ce droit lors de la tenue de l'Assemblée en 2016. Elle a proposé de l'accorder aux auteurs dès que possible et, par conséquent, nous pouvons constater que le groupe d'artistes chinois n'a quasiment pas participé à la discussion législative sur le droit de suite.

Alors, pourquoi le groupe des artistes chinois est-il resté relativement passif dans la législation sur le droit de suite ? Il existe, à

[22] Cité dans W. Linjiao（王林娇）, Duan Wei（段维）, « Intérêts contradictoires : la polémique sur l'introduction par la Chine du « droit de suite » des œuvres d'art »（《矛盾利益体：中国引入艺术品"追续权"之争》）, accessible au lien suivant : https://mp.weixin.qq.com/s/xWlzVqjRgQULz7qdxtSDwQ, visité 20 août 2022.

[23] Voir l'association chinoise d'enchères（中拍协）, « Quels sont les événements majeurs de l'industrie des enchères en 2020 ? »（《2020年，拍卖行业有哪些大事？》）, accessible au lien suivant : https://mp.weixin.qq.com/s/lVoqE1jhuvUFF9EJiHBIvQ, visité 20 août 2022.

[24] Voir Z. Lin（周林）, « Rapport d'étude sur la faisabilité de la législation et la mise en œuvre du droit de suite »（《追续权立法及实施可行性调研报告》）, accessible au lien suivant : http://www.cssn.cn/fx/fx_zscqfx/201404/t20140409_1061911.shtml, visité le 8 octobre 2015.

[25] *Ibid*.

[26] Voir T. Quin（陶勤）, L. Yanfeng（吕岩峰）, « La nécessité de la protection du droit d'auteur des œuvres d'art sous une perspective internationale comparative »（《美术作品著作权保护应当具有比对的国际视野》）, *Beaux-Arts*（《美术》）, 2012, No.6, p.14-15.

notre avis, deux raisons principales. D'un côté, l'Association des artistes chinois, créée en 1949, lors de la fondation de la République populaire de Chine, n'est pas une organisation née spontanément par la volonté des artistes, mais une organisation de gestion d'artistes sous la direction du gouvernement chinois. Par conséquent, l'Association n'est généralement pas désireuse de créer de nouveaux droits pour les artistes, mais vise à mener à bien certains travaux de gestion des artistes pour le compte du gouvernement. D'un autre côté, les artistes chinois sont peut-être trop optimistes quant à l'aboutissement de la législation sur le droit de suite, de sorte qu'ils n'ont pas fait de campagne de lobbying auprès du législateur. En fait, dans tout le processus législatif de ce droit, même si l'Association chinoise d'enchères a soulevé des objections, l'opinion générale dans le domaine de l'art estimait que ce n'était qu'une question de temps avant que les législateurs chinois n'établissent le système du droit de suite[27]. Cependant, un tel optimisme est également normal eu égard aux précédents antérieurs en Chine : lorsqu'un nouveau système apparaît dans le projet de révision de la loi sur le droit d'auteur élaboré par le Conseil d'État, rares sont les cas où ce système est supprimé par l'Assemblée populaire nationale.

D. Les doutes sur l'efficacité de la mise en œuvre du droit de suite

Les praticiens du marché de l'art chinois ont également remis en question l'applicabilité du système après l'introduction du droit de suite. Selon l'avis de l'Association chinoise d'enchères, la mise en œuvre du droit de suite en Chine ne serait pas opérationnelle[28]. Zhang ZHONGYI, un représentant de l'Association chinoise de collectionneurs, estime également que l'efficacité de la mise en œuvre du droit de suite en Chine est discutable[29]. Leurs opinions sont principalement fondées sur les raisons suivantes.

Premièrement, certains professionnels ont indiqué qu'il existe beaucoup de faux tableaux, de fausses œuvres en circulation dans le marché de l'art en Chine et que cela entraverait la mise en œuvre du droit. Ainsi un héritier d'un artiste bien connu a témoigné qu'en raison du nombre excessif de faux tableaux, même si des plus-values sont générées lors des reventes, il n'oserait pas accepter les avantages du droit de suite[30]. Inversement, certains craignent que les peintres ou leur famille reconnaissent les reventes des faux tableaux pour percevoir plus de rémunérations issues du droit de suite. Par conséquent, cela affecterait le bon fonctionnement du marché de l'art[31]. Cependant, ce phénomène de faux tableaux ne constitue pas un fondement raisonnable pour s'opposer à l'instauration de ce droit. Nous pouvons constater que ce phénomène

[27] Voir L. Hu（李虎）, « L'absence de suspense dans l'introduction du droit de suite dans la loi sur le droit d'auteur »（《"追续权"入法无悬念》）, accessible au lien suivant : https://finance.ifeng.com/a/20130306/7737632_0.shtml, visité 20 août 2022.

[28] Voir « l'Association chinoise d'enchères présente des suggestions sur le système de droit de suite dans le troisième projet d'amendement de la loi sur le droit d'auteur »（《中拍协对著作权法"三稿""追续权"制度提出建议》）, accessible au lien suivant : http://finance.sina.com.cn/roll/20121108/134113616516.shtml, visité 19 août 2022.

[29] Voir L. Hua（刘韡）, « Résumé du séminaire sur les questions juridiques liées au droit de suite »（《追续权相关法律问题研讨会综述》）, accessible au lien suivant : http://ipr.ruc.edu.cn/article.asp?id=361, visité 20 août 2022.

[30] Voir Z. Lin（周林）, « La législation du droit de suite de revente d'œuvres d'art doit être reportée »（《转卖艺术品且慢规定"提成费"》）, accessible au lien suivant : http://ip.people.com.cn/n/2015/0625/c136655-27206120.html, visité 21 août 2022.

[31] Voir J. Tao（季涛）, « L'inapplicabilité du droit de suite aux conditions nationales actuelles de la Chine »（《目前我国国情不适用追续权》）, accessible au lien suivant : https://amma.artron.net/observation_shownews.php?newid=285377, visité 21 août 2022.

existe également dans les marchés de l'art d'autres pays depuis longtemps. De plus, selon l'expérience étrangère, le droit de suite est rarement ou peu affecté par le phénomène des faux tableaux. Par exemple, selon Reema SELHI, responsable du département politique et international de DACS[32], sa mise en œuvre au Royaume-Uni rencontre rarement des problèmes de faux[33].

La deuxième raison est qu'il n'existe pas, actuellement, d'organisation de gestion collective du droit d'auteur dans le domaine de l'art en Chine[34], ainsi, certains praticiens craignent que le droit de suite ne puisse être appliqué. Cependant, ce point de vue n'est pas raisonnable à notre avis. Les praticiens et les artistes chinois ont proposé depuis longtemps la création d'une telle organisation. Pour autant, pourquoi cette institution n'a pas été établie depuis ? Selon Duan YUPING, directeur adjoint du Département de l'administration du droit d'auteur de l'Office nationale du droit d'auteur,

« les organisations de gestion collective de droit d'auteur d'œuvres d'art à l'étranger visent principalement la gestion du droit de suite [...] Cependant, il n'existe aucune disposition concernant le droit de suite en Chine. Ainsi, il est difficile d'établir une telle organisation en Chine »[35].

Par conséquent, nous pouvons constater que la raison pour laquelle la Chine n'a pas établi cette organisation est liée à l'absence de préexistence du droit de suite. Une fois qu'il existera, la Chine établira définitivement cette institution. Il y a une corrélation directe entre les deux. En effet, au cours du processus législatif du droit de suite, l'Office national chinois du droit d'auteur a changé d'attitude en exprimant son soutien à la création de cette institution[36]. De plus, en 2014, la Fédération chinoise des cercles littéraires et artistiques a également exprimé son soutien à la création d'organisations de gestion collective du droit d'auteur dans l'art, la calligraphie et d'autres catégories artistiques.

II. Le maintien d'un espoir quant à l'introduction du droit de suite en Chine

L'échec de la législation sur le droit de suite n'implique pas que la Chine n'introduira jamais ce dispositif. Nous pouvons constater que cette tentative d'intégration du droit de suite a permis l'approfondissement de la recherche sur le droit de suite en Chine et de nouveaux chercheurs ont commencé à trouver la théorie adéquate pour justifier le droit de suite (A). De nombreux artistes chinois ont également compris l'intérêt du droit de suite grâce à cette législation et, par conséquent, de plus en plus d'artistes expriment leur soutien à la législation sur le droit de suite (B). Étant donné que le nombre pays ayant créé leur droit de suite s'accroit, la pression augmente sur le législateur chinois (C). De plus, le marché de l'art chinois est strictement réglementé par diverses institutions, ce qui facilite l'obtention d'informations sur les transactions en dehors du territoire et apporte un soutien

[32] Nous avons communiqué avec des organisations étrangères de gestion collective par email, DACS a été l'une des organisations qui nous a répondue. DACS est une organisation de gestion des droits des artistes visuels au Royaume-Uni.

[33] Ses propos originaux étaient les suivants : "*On the rare occasion that DACS is informed by the artist or their estate that the work sold was not an authentic work, DACS would not collect a royalty. If the royalty has been collected already, DACS would return the royalty to the auction house, gallery or art dealer who paid it*".

[34] Il existe cinq organisations de gestion collective des droits d'auteur en Chine, à savoir l'Association chinoise du droit d'auteur sur la musique, l'Association chinoise du droit d'auteur sur l'écriture, l'Association chinoise de gestion collective de l'audiovisuel, l'Association chinoise du droit d'auteur photographique et l'Association chinoise du droit d'auteur sur les films.

[35] Cité dans Z. Yameng（张亚萌）, « Comment protéger collectivement les droits et intérêts des artistes ? » （《美术家的权益如何集体保护？》）, accessible au lien suivant : http://www.cflac.org.cn/zgysb/wqxd/200906/t20090616_1696.html, visité 21 août 2022.

[36] L'Office national chinois du droit d'auteur a déclaré en 2017 qu'« il faut faire une recherche pour créer une organisation de gestion collective des droits d'auteur des arts »., accessible au lien suivant : https://www.chinanews.com.cn/cul/2017/02-17/8152118.shtml, visité 21 août 2022.

considérable à la mise en œuvre du droit de suite (D).

A. L'adoption d'une théorie raisonnable pour justifier le droit de suite

La raison pour laquelle la Chine ne soutient pas la légitimité du droit de suite, en grande partie, ne réside pas dans un défaut du droit de suite lui-même, mais dans le fait que les chercheurs chinois n'ont pas trouvé la justification adéquate. La racine de ce problème réside dans le fait qu'ils ont commencé très tardivement à étudier le droit de suite. Cependant, au cours de la discussion et de la controverse législative entourant le droit de suite, les universitaires chinois ont également commencé à l'étudier activement et en profondeur. Selon le site de CNKI[37], avant l'introduction du droit de suite dans les projets d'amendements à la loi sur le droit d'auteur en 2012, il existait seulement 24 articles concernant le droit de suite, publiés entre 1991 et 2011 en Chine. Après 2012, ce sont plus de 150 articles liés à ce dernier qui ont été publiés en moins de dix ans. Il s'agit de l'état normal de la recherche juridique en Chine. Les chercheurs ont généralement une tendance à se concentrer sur les points « chauds » et les questions que le législateur chinois ignorent sont souvent impopulaires auprès des universitaires.

Toutefois, ces nouvelles études ont rapidement approfondi la compréhension du droit de suite dans la communauté académique chinoise. Certains chercheurs ont commencé à abandonner la théorie des « artistes affamés », ainsi que la doctrine de la « valeur intrinsèque » qui dominaient à ce sujet pendant des longues années en Chine. Ils ont commencé à se concentrer sur une doctrine de l'équité[38]. Cette doctrine soutient que les artistes se trouvent dans une position défavorable par rapport aux écrivains et aux compositeurs dans le droit d'auteur, et qu'il serait nécessaire de changer cette situation en introduisant le droit de suite.

Nous pouvons constater qu'en vertu de la loi chinoise actuelle sur le droit d'auteur, bien que les artistes jouissent des droits de reproduction, de distribution, de diffusion publique et d'adaptation des œuvres comme les autres auteurs, ces droits sont peu utiles pour l'artiste, car ils sont principalement établis en fonction des caractéristiques des œuvres écrites et des œuvres musicales. Néanmoins, les œuvres d'art sont spéciales. Elles ne peuvent souvent être conservées que sur les supports originaux. Généralement, seules les œuvres d'art appliqués à l'industrie peuvent être reproduites en grand nombre. Ainsi, la valeur pratique des droits de reproduction, de diffusion et de communication au public pour les artistes est bien inférieure à celle des écrivains et des musiciens. Même si la loi chinoise sur le droit d'auteur accorde spécialement aux artistes le droit d'exposition, ils ne jouiront plus de ce droit sur les originaux des œuvres une fois que les artistes auront vendu les originaux[39]. En conséquence, les artistes ne peuvent généralement réaliser un profit qu'en vendant les originaux des œuvres et les avantages économiques que le droit d'auteur peut procurer aux artistes sont très limités. Le droit de suite devient ainsi un droit destiné à donner aux artistes le même statut économique que les autres créateurs.

[37] Le site de CNKI a été conçu avec la globalité de China Integrated Knowledge Resources System, incluant les journaux, les dissertations doctorales, les thèses de masters, les séminaires, les journaux, les livres annuels, les livres statistiques annuels, les ebooks, les brevets, les standards et ainsi de suite.

[38] Voir par exemple T. Bin（田冰雅）, La construction du système du droit de suite en Chine : commentaire et analyse de l'article 14 du projet d'amendement de loi sur le droit d'auteur （《追续权制度在我国的构建——对《著作权法（修订草案送审稿）》第14条的评析》）, *Revue de la propriété intellectuelle du sud-ouest*（《西南知识产权评论》）, 2020, No.1, p. 171. DAI Zhe（戴哲）, « La légitimité de la mise en place du système du droit de suite dans notre pays » （《论我国创设追续权制度的正当性》）, *Sciences juridiques du Nord*（《北方法学》）, 2020, No.4, p. 50-51.

[39] Selon l'article 20 de la loi chinoise sur le droit d'auteur, « le droit d'exposition des originaux d'œuvres d'art et de photographie appartient au propriétaire des originaux ».

Cette théorie a été introduite en Chine dès 1995[40], mais elle n'a pas été prise au sérieux dans le processus législatif du droit de suite dans ce pays. Heureusement, au cours de ces dernières années, de plus en plus de chercheurs chinois appellent à l'adoption de cette théorie. Contrairement à la théorie des « artistes affamés » et à la doctrine de la « valeur intrinsèque » mentionnées précédemment, cette théorie de l'équité est celle qui justifie réellement le droit de suite. En remontant dans l'histoire, on constate que la loi française sur le droit de suite de 1920 est dérivée de la proposition faite par André HESSE en 1911. L'objectif initial de la proposition était de donner aux artistes une protection similaire à celle des écrivains, garantissant une juste rémunération de leur travail[41]. Plus tard, lors de l'examen du projet de loi sur le droit de suite au Congrès français, le rapporteur Abel FERRY a estimé que la légitimité du droit de suite réside dans le fait que la loi sur le droit d'auteur ne protège pas suffisamment les artistes en raison des attributs essentiels des œuvres artistiques[42]. Aujourd'hui, les chercheurs français adhèrent encore à cette théorie, comme Wladimir Duchemin, l'ancien secrétaire général de la SPADEM[43], en indiquant, notamment, que « par rapport aux autres créateurs, les représentants des arts figuratifs sont défavorisés »[44]. L'Union européenne a également adopté cette théorie dans la Directive du droit de suite[45]. Récemment, l'Office de droit d'auteur des États-Unis a souscrit à cette théorie dans son dernier rapport sur le droit de suite en 2013 et a exprimé son soutien à une législation sur ce droit sur ce fondement[46].

Par conséquent, nous pouvons raisonnablement supposer que lorsque le législateur chinois finira par adopter activement cette théorie, l'introduction du droit de suite s'en trouvera facilitée. Et ce d'autant plus que les chercheurs chinois ont une tendance à adopter aussi cette théorie.

B. Le soutien croissant des artistes chinois

Après l'échec de l'introduction du droit de suite en Chine, nous avons mené une nouvelle enquête auprès des artistes de mars à juin 2022, afin d'étudier leurs connaissances actuelles sur ce droit. Le résultat de cette enquête est encourageant. Parmi les artistes interrogés, bien que 51,88% des artistes ne le connaissent toujours pas, 47,37% en ont entendu parler, et 0,75 % d'entre eux le connaissent très bien. De plus, 93,23% des artistes sont favorables à l'introduction du système de droit de suite en Chine. 75,19% de ces derniers pensent que l'avantage issu du

[40] Le professeur Leonard D. Duboff a adopté cette théorie dans son livre « Art Law In a Nutshell », qui a été traduit et publié en Chine en 1995. Voir Leonard D. DuBoff, « Art Law In a Nutshell », traduit par Z. Lin（周林）, R. Yunzheng（任允正） et Gao Hongwei（高宏微）, la presse chinoise de science sociale（中国社会科学出版社）, 1995, p.162.

[41] Cited in Bureau International de l'Union pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Du droit de participation des artistes aux plus-values de leurs œuvres, Le Droit d'Auteur, 1911, p.68-69, accessible au lien suivant : http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/120/wipo_pub_120_1911_05.pdf, visité 22 janvier 2017.

[42] Voir Journal Officiel, Parliamentary Documents, Chamber of Deputies, Ordinary Session, second sitting of January 23, 1914, Annex 3423 at 150 (1914). Quoted in Rita e. Hauser, The French Droit de Suite: The Problem of Protection for the Underprivileged Artist under the Copyright Law, 11 Copyright L. Symp. 1,5(1959).

[43] La Société de la Propriété Artistique des Dessins et Modèles en France.

[44] W. Duchemin, « Le Droit de suite », *Revue internationale du droit d'auteur*, 1974, No.4, p.5.

[45] Directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale, récital 3 : « Le droit de suite vise à assurer aux auteurs d'œuvres d'art graphiques et plastiques une participation économique au succès de leurs créations. Il tend à rétablir un équilibre entre la situation économique des auteurs d'œuvres d'art graphiques et plastiques et celle des autres créateurs qui tirent profit des exploitations successives de leurs œuvres ».

[46] Voir U.S. Copyright Office, Resale Royalties: An Updated Analysis, p.36 (2013), accessible au lien suivant : http://www.copyright.gov/docs/resaleroyalty/usco-resaleroyalty.pdf, visité 20 août 2016.

droit est important pour eux et seuls 24,81% se désintéressent des bénéfices apportés par le droit en question. En ce qui concerne la prévision de l'application du système du droit de suite, seuls 6,77% des artistes sont pessimistes, estimant qu'il est impossible de mettre en place le droit de suite dans l'industrie de l'art à l'heure actuelle.

Les nouvelles données montrent que, par rapport à la dernière enquête organisée par le professeur Zhou LIN en 2013, neuf ans plus tard, la communauté des artistes a progressivement approfondi la compréhension du droit de suite. Ainsi, plus nombreux sont les artistes qui choisissent de soutenir l'introduction de ce droit et nous avons également constaté que les artistes sont prêts à participer à l'application de ce système. Au cours de notre enquête, nous avons demandé aux artistes s'ils étaient disposés à enregistrer leurs œuvres, en supposant que la mise en place du droit de suite ait besoin de l'enregistrement des œuvres d'art. À notre grande surprise 90,98 % des artistes interrogés ont indiqué être prêts à enregistrer leurs œuvres pour soutenir le fonctionnement efficace du système en question.

Ainsi, bien que l'introduction du droit de suite en droit chinois ait échoué, cette tentative a joué un rôle très positif dans la diffusion de la connaissance de ce droit parmi les artistes chinois. Nous pouvons déjà affirmer qu'au moment de la nouvelle tentative législative sur le droit de suite à l'avenir, il y aura plus d'artistes chinois qui seront conscients de ce droit. Une nouvelle tentative d'introduction du mécanisme obtiendra, à n'en pas douter, le soutien et la coopération de la grande majorité des artistes. Dans ce contexte, la future tentative de législation sur le droit de suite seront probablement couronnées de succès en Chine.

C. Le besoin de protection des artistes chinois au niveau international

En vertu de l'article 14*ter* de la Convention de Berne[47], le droit de suite est soumis au principe de réciprocité. Il s'agit d'une exception au principe de traitement national adopté par la Convention. Ainsi, si la Chine ne prévoit pas le droit de suite, les artistes chinois ne pourront pas bénéficier des avantages issus de ce droit à l'étranger. Cela a causé de grandes pertes aux artistes chinois. Au cours de ces dernières années, la valeur des transactions à l'étranger portant sur des œuvres créées par des artistes chinois a connu une grande ascension. Par conséquent, les chercheurs chinois préconisent l'établissement d'un droit de suite sur la base du principe de réciprocité. Comme le professeur Guo SHOUKANG, un célèbre spécialiste en matière de droit d'auteur en Chine, l'a souligné en 1991 :

« Avec la mise en place de la politique de réforme et d'ouverture en Chine, les originaux des peintures, calligraphies et autres œuvres d'art chinoises sont vendues en grande quantité à des pays étrangers. Étant donné qu'il n'y a pas encore de disposition sur le droit de suite dans la loi chinoise sur le droit d'auteur, même si la Chine adhère à la Convention de Berne, les œuvres artistiques créées par des auteurs chinois ne peuvent pas bénéficier du droit de suite selon les lois à l'étranger, quelle que soit la flambée des prix. C'est évidemment un grand désavantage pour les auteurs d'œuvres d'art chinois »[48].

Ce point de vue est également soulevé par certains chercheurs chinois pendant le parcours législatif sur le droit de suite. Par exemple, Selon Xu CHAO, ancien directeur adjoint du Département de l'administration du droit d'auteur dans l'Office nationale chinois du droit d'auteur, « les œuvres d'art chinoises mises aux enchères en Europe ne

[47] Le paragraphe 2 de l'article 14ter prévoit : « La protection prévue à l'alinéa ci-dessus n'est exigible dans chaque pays de l'Union que si la législation nationale de l'auteur admet cette protection et dans la mesure où le permet la législation du pays où cette protection est réclamée ».

[48] G. Shoukang（郭寿康）, « Le droit de suite des œuvres d'art »（《谈美术作品的追续权》）, *beaux-arts*（《美术》）1991, n° 3, p. 43.

peuvent pas percevoir de redevances, car la Chine n'a pas créé le droit de suite. Cela n'est pas approprié pour encourager les artistes à s'engager dans le travail créatif »[49].

Cependant, ce point de vue n'a pas joué un rôle important dans la dernière tentative législative sur le droit de suite, car en raison du manque de connaissance profonde du droit de suite, de nombreux chercheurs et praticiens chinois ont pensé que le droit de suite n'était qu'un droit spécial prévu dans très peu de pays. Par exemple, l'Association chinoise des enchères a souligné en 2012 que « le système de droit de suite n'est pas un système couramment adopté par les pays du monde entier. Même dans les pays développés, peu de pays ont créé le droit de suite »[50]. De plus, Qiu ANMAN, ancien directeur général de l'Association chinoise du droit d'auteur sur la musique, a indiqué en 2014 que le droit de suite n'était pas populaire au niveau international[51]. Sur cette base, les avantages que les artistes chinois peuvent obtenir à l'étranger grâce aux droits de suite n'apparaissaient pas importants.

Mais ces affirmations ne sont pas exactes. En réalité, selon l'enquête du professeur Sam RICKETSON, 81 pays au niveau international avaient créé un système de droit de suite en 2015[52]. Nous avons procédé, à la fin de l'année 2021, à une nouvelle étude. Celle-ci a révélé qu'il existe plus de 90 pays qui ont établi des dispositions concernant le droit de suite[53]. Ce que les artistes chinois ont perdu au total, c'est une grosse somme. En effet, en juillet 2007, lorsque l'Association chinoise du droit d'auteur photographique s'est rendue en France pour visiter l'ADAGP[54], la Directrice générale de l'ADAGP avait déjà souligné l'importance de l'introduction de droit de suite en Chine. Selon elle, de nombreuses œuvres créées par les artistes chinois ont été mises aux enchères sur le marché de l'art européen, mais en raison de l'absence de protection du droit de suite en Chine, l'ADAGP ne peut pas percevoir de tels droits pour les artistes chinois[55]. Ainsi, nous pouvons constater que les organisations étrangères de gestion collective des droits d'auteur sont disposées à faire leur part pour protéger les artistes chinois, tandis que les législateurs chinois ne font rien.

À mesure que de plus en plus de pays créent des droits de suite à l'étranger, les artistes chinois perdront de plus en plus d'intérêts. Cependant, il existe encore de l'espoir, car le législateur chinois ne reconnait pas encore la gravité de la position défavorisée des artistes chinois à l'étranger. Lorsqu'il prendra conscience du nombre précis de pays qui ont créé le droit de suite dans le monde, il est probable qu'il changera d'attitude pour soutenir les artistes chinois au niveau international.

---

[49] X. Chao（许超）, « L'introduction du droit de suite est un élément important de la promotion de la culture chinoise à l'étranger »（《增加追续权是"文化走出去"的重要环节》）, accessible au lien suivant : http://culture.people.com.cn/n1/2015/1214/c172318-27925302.html, visité 23 août 2022.

[50] Voir « l'Association chinoise d'enchères présente des suggestions sur le système de droit de suite dans le troisième projet d'amendement de la loi sur le droit d'auteur »（《中拍协对著作权法"三稿""追续权"制度提出建议》）, accessible au lien suivant : http://finance.sina.com.cn/roll/20121108/134113616516.shtml, visité 19 août 2022.

[51] Voir L. Hua（刘韡）, « Résumé du séminaire sur les questions juridiques liées au droit de suite »（《追续权相关法律问题研讨会综述》）, accessible au lien suivant : http://ipr.ruc.edu.cn/article.asp?id=361, visité 20 août 2022.

[52] Voir S. Ricketson, « Proposed International Treaty on Droit De Suite/Resale Royalty Right for Visual Artists », *Revue Internationale du Droit D'Auteur*, n° 245, juillet 2015, p. 3.

[53] Voir l'annexe de cet article.

[54] La Société des Auteurs dans les Arts graphiques et plastiques en France.

[55] L. Tao（林涛）, Proposition de modification de la loi sur le droit d'auteur dans la 4e session du 11e Comité national de la Conférence consultative politique du peuple chinois (《解读：全国政协十一届四次会议<关于修改著作权法的建议>提案》), accessible au lien suivant : http://www.icsc1839.org.cn/detail_news_50297.html, visité 23 août 2022.

D. La gestion efficace des informations sur les transactions dans le marché d'art

Pour la plupart des pays, la plus grande difficulté dans la mise en œuvre du droit de suite réside dans l'impossibilité d'obtenir efficacement des informations sur les transactions dans les marchés de l'art. Comme le professeur Gerhard PFENNIG, l'ancien directeur exécutif de la société de gestion collective allemande VG Bild-Kunst, l'a souligné, « la condition préalable à l'exercice effectif du droit de suite est que l'artiste bénéficiaire reçoive des informations sur la procédure de vente »[56]. Dans la pratique, il y a eu de nombreuses législations du droit de suite qui n'ont que peu ou même pas de pratique. Prenons l'exemple du système de droit de suite californien aux États-Unis. En raison de l'impossibilité d'obtenir des informations sur les transactions, la pratique du droit de suite de la Californie n'a pas été couronnée de succès[57].

Cependant, ce problème très complexe n'existe pratiquement pas en Chine. Il existe un système efficace de rassemblement d'informations sur les transactions dans le marché chinois de l'art. L'industrie chinoise des enchères est principalement contrôlée par le ministère du Commerce. Conformément aux prescriptions de l'article 43 des « Mesures administratives des enchères », le Ministère du commerce est chargé d'établir le système de supervision des enchères et de statistiques des enchères. Pour accomplir cette tâche, le ministère du Commerce a mis au point un système national de gestion de l'information sur l'industrie des enchères. Avant l'enchère, les sociétés d'enchères doivent enregistrer l'information concernant les articles d'enchères dans le système, y compris le nom de l'article, le type d'article, les informations sur le client, le prix de réserve et d'autres informations. Une fois la transaction terminée, les sociétés doivent déclarer les informations de confirmation de la transaction, comprenant le nom de l'article, l'acheteur, le montant de la transaction et d'autres informations.

Par conséquent, une fois que le système de droit de suite sera introduit en Chine, tant que les données de ce système seront partagées, le système de droit de suite pourra être mis en œuvre de manière très efficace dans ce pays. Par rapport aux pays étrangers, la Chine présente certains avantages dans la mise en œuvre du droit de suite. Ceci est déterminé par les caractéristiques du système politique global du pays. Après la mise en place de la politique de réforme et d'ouverture en 1978, la Chine a abandonné la plupart des règles formulées pendant la période d'économie planifiée. S'agissant la gestion de l'industrie, la Chine conserve cependant une certaine « coloration » d'économie planifiée, sa gestion étant plus stricte que celle des pays de pure économie de marché.

D'ailleurs, selon les exigences du ministère du Commerce, ces données sont actuellement confidentielles et ne peuvent être utilisées uniquement qu'à des fins d'analyse statistique gouvernementale[58]. Toutefois, ce problème n'est pas très important. Il peut être résolu si la prochaine législation sur le droit de suite prévoit spécifiquement une règle de partage des données.

III. Les suggestions sur la construction d'un système de droit de suite en Chine

Au cours du processus de révision de la loi chinoise sur le droit d'auteur, les quatre premiers projets prévoyaient le droit de suite. Il comprenait trois projets rédigés par l'Office nationale du droit d'auteur et un projet rédigé

[56] G. Pfennig, "The resale right of artists (droit de suite)", *Copyright Bulletin* 1997. Vol.31, No.3, p. 20.

[57] V. Lewis, D. Solomon, L. V. Gill, "Federal and State Resale Royalty Legislation: What Hath Art Wrought ?", 26 UCLA L. Rev. 322, 335 (1978).

[58] Voir la Notification du bureau général du ministère du commerce concernant le lancement de la nouvelle version du système national d'information sur la gestion de l'industrie des enchères（《商务部办公厅关于启用新版全国拍卖行业管理信息系统的通知》）.

par le Conseil d'État[59]. Bien que ces projets de législation aient finalement échoués, ils ont également fourni une expérience utile pour la future législation chinoise sur le droit de suite. Le législateur suivra probablement certaines de ces dispositions, de sorte qu'une recherche sur ces projets est nécessaire à notre avis. Nous allons d'abord comparer les dispositions essentielles du droit de suite dans ces quatre projets révisés, qui sont présentées dans le tableau qui figure en annexe 1.

Bien que le législateur chinois ait fait d'énormes efforts, le contenu de ces projets n'est pas parfait et il est encore nécessaire d'en modifier certaines dispositions. Premièrement, il est nécessaire de limiter les types d'œuvres auxquelles s'applique le droit de suite (A). Deuxièmement, il faut modifier la base de calcul du droit de suite. (B). Troisièmement, il est nécessaire d'élargir les types de transactions auxquelles s'applique le droit de suite (C).

A. La restriction des types d'œuvres auxquelles s'applique le droit de suite

Ces quatre projets ont tous choisi d'appliquer le droit de suite aux manuscrits d'œuvres littéraire et musicales, et même aux originaux d'œuvres photographiques. Cette disposition n'est pas raisonnable à notre avis. L'objet du droit de suite devrait être limité aux œuvres d'art. L'objectif législatif de l'établissement du droit de suite est de permettre aux artistes de bénéficier de la revente des originaux de leurs œuvres. Il repose sur le caractère d'unicité du support de l'œuvre artistique. Lors de l'examen du projet de loi sur le droit de suite par le Congrès français en 1914, le rapporteur Abel FERRY estimait que le droit de suite ne devait s'appliquer qu'aux œuvres qui n'avaient qu'un seul support[60]. Cette vue n'est pas dépassée aujourd'hui, comme l'a dit le professeur Monroe Edwin PRICE aux États-Unis, « le droit de suite concerne principalement les œuvres d'art qui ne peuvent être matérialisées que sur un seul objet »[61]. En revanche, les auteurs d'œuvres littéraires, musicales et photographiques peuvent tirer de nombreux avantages économiques de la reproduction de leurs œuvres et de la communication de leurs œuvres au public. Ils n'ont donc pas besoin de la protection du droit de suite. Si ces œuvres étaient incluses dans l'étendue de la protection du droit de suite, cela détruirait la base de protection du droit de suite. Par conséquent, le législateur chinois devrait limiter l'objet du droit de suite à ce principe dans la future législation.

B. La modification de la base du calcul des bénéfices issus du droit de suite

Les deux premières versions du projet de droit de suite en Chine n'ont pas précisé la base de calcul de ce droit. Les deux derniers projets ont utilisé l'augmentation des prix pendant le processus de revente comme base de calcul. Toutefois, cette règle n'est pas appropriée à notre avis.

En fait, selon les règles antérieures de pays qui ont créé le droit de suite, il existe principalement deux méthodes pour déterminer la base de mesure du droit. La première méthode est basée sur la valeur ajoutée. Elle permet aux artistes à retirer un certain pourcentage de l'augmentation du prix de la revente. Si le prix de l'original de l'œuvre n'augmente pas à la revente, l'artiste concerné ne jouit pas du droit. De nombreux pays ont utilisé cette disposition dans le passé, comme la loi italienne sur le droit

[59] En mars 2012, juillet 2012 et octobre 2012, l'Office nationale du droit d'auteur a publié les premier, deuxième et troisième projets de loi sur le droit d'auteur. Depuis lors, le Conseil d'État a rendu public un quatrième projet de révision le 6 juin 2014. Cette section compare les dispositions relatives au droit de suite dans les quatre projets révisés au moyen d'une liste.

[60] *Journal Officiel, Chambre des Députés*, Documents parlementaires, Annexe 3423, Session de 1914, Séance du 23 janvier 1914.

[61] M. E. Price, "Government Policy and Economic Security for Artists: The Case of the Droit de Suite", 77 *Yale L. J.* 1333,1351 (1968).

d'auteur de 1941[62], la loi polonaise sur le droit d'auteur de 1935[63], la loi uruguayenne sur le droit d'auteur de 1937[64] et la loi tchécoslovaque sur le droit d'auteur de 1926[65]. Pour autant, très peu de pays utilisent actuellement cette méthode, comme le Chili, le Brésil et la Turquie, etc. La seconde approche est basée sur le prix total de revente. Cela signifie que même si le prix de revente n'augmente pas, le titulaire du droit de suite peut partager le bénéfice de la revente. Cette approche est maintenant utilisée par la grande majorité des pays. Qui plus est, après que la directive européenne sur le droit de suite ait adopté cette méthode[66], tous les pays de l'UE l'ont adopté.

Entre ces deux méthodes, la Chine devrait adopter la seconde. D'une part, la première méthode est influencée par la doctrine de la « valeur intrinsèque ». Or, cette théorie est dépassée, comme nous en l'avons déjà évoqué. En effet, le créateur du droit de suite a également choisi la seconde méthode. Lors de l'examen du projet de loi sur le droit de suite à la Chambre des députés française, toujours selon le rapporteur Abel FERRY, la loi sur le droit de suite s'applique quelle que soit l'appréciation ou la dépréciation de l'œuvre artistique[67]. D'autre part, d'un point de vue pratique, la première méthode augmente considérablement la difficulté de mise en œuvre, car cette dernière nécessite de connaître à la fois le prix de revente de l'original de l'œuvre et le prix auquel l'original a été vendu auparavant. Par conséquent, les pays qui ont utilisé cette méthode n'ont presque jamais mis en œuvre le droit de suite, comme l'Italie avant l'harmonisation de l'UE sur le droit de suite, le Brésil, l'Uruguay, la République Tchécoslovaquie et d'autres pays[68]. En revanche, le modèle basé sur le prix total de revente est simple, facile à mettre en œuvre et a été couronné de succès dans la pratique à l'étranger[69]. Par conséquent, en général, la deuxième méthode est plus facile à réaliser.

C. L'élargissement des types de transactions auxquelles s'applique le droit de suite

Les trois derniers projets ont limité l'application du droit de suite aux enchères publiques. Cette règle était raisonnable au moment de la rédaction, mais à ce jour, elle a trop restreint l'application du droit de suite. Avant 2013, les maisons de vente aux enchères en Chine ne pouvaient que mener des ventes aux enchères et ne pas s'engager dans des transactions privées impliquant les professionnels des maisons de vente aux enchères. Selon l'article 8 de la règle chinoise de surveillance et d'administration des enchères promulguées en 2001, les maisons de vente aux enchères ne sont pas autorisées à organiser de transactions en dehors de la procédure d'enchère. En 2013, cette règle a été supprimée. Cela signifie que les maisons de vente aux enchères chinoises peuvent promouvoir désormais les transactions directes entre les collectionneurs et les investisseurs en organisant des expositions, des transactions privées, etc. Dès lors, nous pouvons envisager d'élargir les types de transactions auxquelles s'applique le droit de suite. Cependant, ces types de transaction doivent toujours être limités, en ce que les

[62] Italie, Loi du 22 avril 1941, Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, arts. 145.

[63] Pologne, Loi du 22 mars. 1935 modifiant celle du 29 mars 1926 relative aux droits d'auteur, art. 29.

[64] Uruguay, Loi n° 9.739 du 17 décembre 1937 sur le droit d'auteur, art. 9.

[65] Tchécoslovaquie, Loi relative au droit d'auteur sur les œuvres littéraires, artistiques et photographiques du 24 novembre 1926, art 35.

[66] Voir l'article 4 (1) de la Directive 2001/84/CE relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale.

[67] Journal Officiel, Chambre des Députés, Documents parlementaires, Annexe 3423, Session de 1914, Séance du 23 janvier 1914.

[68] Voir U.S. Copyright Office, "Droit de suite: the artist's resale royalty », p.153.(Dec. 1992), accessible au lien suivant :http://www.copyright.gov/history/droit_de_suite.pdf, visité le 20 mars 2019.

[69] *Ibid*.

informations sur les transactions purement privées sont souvent difficiles à saisir.

Par conséquent, la manière de délimiter raisonnablement les transactions concernées devient un problème difficile. À cet égard, la Directive de l'UE sur le droit de suite peut servir de référence au législateur chinois. Selon l'article 1 de la directive, le droit de suite s'applique à tous les actes avec l'intervention des professionnels du marché de l'art[70]. Cette règle focalise la participation des praticiens du marché. Elle garantit non seulement la possibilité d'obtenir des informations, mais maximise également la portée potentielle d'application du droit de suite. Nous pourrions envisager d'adopter des règles similaires dans la législation ultérieure sur ce droit. De plus, cette règle peut servir à faire progresser cette législation en Chine. Lorsque les projets d'amendements limitaient les types d'application du droit de suite aux enchères publiques, il y avait une forte opposition issue de l'industrie des enchères, car les sociétés d'enchères estimaient que ce droit était mené contre elles. L'adoption d'une telle disposition permettrait à d'autres professionnels du marché de l'art, tels que les galeries, de participer à la mise en œuvre du droit de suite, ce qui suffirait à apaiser l'opposition des maisons de vente aux enchères.

Conclusion

Bien que la législation chinoise sur le droit de suite ait échoué, il y a encore de bonnes chances qu'elle réussisse dans la prochaine tentative d'amendement de la loi sur le droit d'auteur. Cela dépend de nombreux facteurs, mais tant que la communauté des artistes chinois pourra activement demander au législateur d'introduire le droit et que les chercheurs chinois pourront établir la légitimité du droit, cette législation ne sera pas loin d'aboutir. Nous espérons également que les organisations de gestion collective à l'étranger pourront activement faire des suggestions à l'Association des artistes chinois, afin qu'elle accorde de plus en plus d'attention à la question du droit de suite.

Z. D. et X. G.

[70] « Le droit visé au paragraphe 1 s'applique à tous les actes de revente dans lesquels interviennent en tant que vendeurs, acheteurs ou intermédiaires des professionnels du marché de l'art, tels les salles de vente, les galeries d'art et, d'une manière générale, tout commerçant d'œuvres d'art ».

ANNEXE 1

Projet d'amendement	Transactions concernées	Objet du droit	Base de calcul du droit	Pourcentage de calcul du droit	Collecte des bénéfices des droits
1er projet[1]	Chaque revente	Originaux d'œuvres d'art ou photographiques, ou manuscrits d'écrivains et de compositeurs	À préciser par le Conseil d'État	À préciser par le Conseil d'État	À préciser par le Conseil d'État
2ème projet[2]	Revente aux enchères	Originaux d'œuvres d'art ou photographiques, ou manuscrits d'œuvres littéraires ou musicales	À préciser par le Conseil d'État	À préciser par le Conseil d'État	À préciser par le Conseil d'État
3ème projet[3]	Revente aux enchères	Originaux d'œuvres d'art ou photographiques, ou manuscrits d'œuvres littéraires ou musicales	Plus-value issue de la revente de l'original ou du manuscrit	À préciser par le Conseil d'État	Par l'organisation de gestion collective
4ème projet[4]	Revente aux enchères	Originaux d'œuvres d'art ou photographiques, ou manuscrits d'œuvres littéraires ou musicales	Plus-value issue de la revente de l'original ou du manuscrit	À préciser par le Conseil d'État	Par l'organisation de gestion collective

[1] Le paragraphe 13 de l'article 11 du premier projet prévoit : « Le droit de suite, désigne le droit selon lequel l'auteur ou de ses héritiers ou légataires peuvent partager le bénéfice de chaque revente d'originaux d'œuvres d'art ou de photographies, ou de manuscrits d'écrivains et de compositeurs. Le droit de revente ne sera ni cédé ni abandonné. [...] Les règles détaillées pour la protection du droit de suite sont précisées ultérieurement par le Conseil d'État ».

[2] L'article 12 du deuxième projet a prévu : « Après le premier transfert d'un original d'une œuvre d'art ou photographique, ou d'un manuscrit d'une œuvre littéraire ou musicale, l'auteur ou ses héritiers ou légataires ont le droit de partager le bénéfice de la revente aux enchères de l'original ou du manuscrit issu de son propriétaire. Ce droit ne peut être ni cédé ni abandonné. Les règles détaillées pour la protection du droit de suite sont précisées ultérieurement par le Conseil d'État ».

[3] L'article 12 du troisième projet prévoit : « Après le premier transfert d'un original d'une œuvre d'art ou photographique, ou d'un manuscrit d'une œuvre littéraire ou musicale, l'auteur ou ses héritiers ou légataires ont le droit de partager la part du prix augmenté de la revente aux enchères de l'original ou du manuscrit issu de son propriétaire. Ce droit ne peut être ni cédé ni abandonné. Les règles détaillées pour la protection du droit de suite sont précisées ultérieurement par le Conseil d'Etat ».

[4] L'article 14 du quatrième projet prévoit : « Après le premier transfert d'un original d'une œuvre d'art ou photographique, ou d'un manuscrit d'une œuvre littéraire ou musicale, l'auteur ou ses héritiers ou légataires ont le droit de partager la part du prix augmenté de la revente aux enchères de l'original ou du manuscrit issu de son propriétaire. Ce droit appartient exclusivement à l'auteur, ou à ses héritiers, ou à ses légataires. Les règles détaillées pour la protection du droit de suite sont précisées ultérieurement par le Conseil d'État ».

ANNEXE 2 : Les pays qui ont créé le système de droit de suite

Date de recherche des données : décembre 2021

Nous avons besoin d'une note spéciale sur les données de certains pays. D'une part, il y a beaucoup de pays qui étaient autrefois des colonies françaises et qui ont établi le droit de suite pendant la période coloniale. Nous utilisons les lois sur le droit d'auteur promulguées après leur indépendance comme base pour déterminer quand leur propre droit de suite a été établi. Par exemple, pendant une longue période, les Comores utilisaient la loi sur le droit d'auteur promulguée à l'époque coloniale en 1957, même après leur indépendance. C'est jusqu'à 2020 qu'ils ont promulgué leur première loi sur le droit d'auteur dans laquelle le droit de suite est prévu. Nous choisissons 2020 comme l'année d'établissement du droit de suite aux Comores.

D'autre part, bien que la Tchécoslovaquie ait instauré le droit de suite en 1926, la Tchécoslovaquie s'est scindée en deux pays en 1993, la Tchéquie et la Slovaquie. Nous prenons l'année où ces deux pays ont instauré pour la première fois le droit de suite de manière indépendante comme l'année où ils ont créé ce système.

Pays (année où le droit de suite a été créé)			
1. La France (1920)	2. La Belgique (1921)	3. La République Tchécoslovatique （1926） Inexistant aujourd'hui	4. La Pologne (1935)
5.L'Uruguay (1937)	6.L'Italie (1941)	7.La Turquie (1951)	8.Le Vatican （1960）
9.L'Allemagne (1965)	10.Le Portugal (1966)	11.La Tunisie (1966)	12.Le Chili （1970）
13.Le Maroc (1970)	14.La Guinée-Bissau (1972)	15.Le Luxembourg (1972)	16.Les Philippines (1972)
17.L'Algérie （1973）	18.Le Brésil (1973)	19.Le Sénégal (1973)	20.L'Équateur (1976)
21.Le Mali (1977)	22.La Côte d'Ivoire （1978）	23.La Hongrie (1979)	24.La Guinée (1980)
25. La Principauté de Monaco (1981)	26.Le Bénin (1984)	27.La République centrafricaine （1985）	28.L'Espagne (1987)
29 .Le Gabon (1987)	30. Le Nigeria (1988)	31.Le Danemark （1989）	32.Le Cameroun （1990）
33.Le Togo (1991)	34.La Bolivie (1992)	35.Le Costa Rica （1992）	36.L'Islande (1992)

37.La Bulgarie (1993)	38.La Colombie （1993）	39.La Grèce (1993)	40.Le Honduras (1993)
41.La Lettonie (1993)	42.La Mongolie (1993)	43.La Russie (1993)	44.Le Salvador (1993)
45.L'Ukraine (1993)	46.L'Inde (1994)	47.La Moldavie (1994)	48.Le Panama (1994)
49.La Finlande (1995)	50.La République de Madagascar (1995)	51.La Slovénie (1995)	52.La Suède (1995)
53.L'Azerbaïdjan (1996)	54.La Biélorussie (1996)	55.La République de Djibouti （1996）	56.Le Kazakhstan (1996)
57. La Macédoine du Nord (1996)	58.Le Pérou (1996)	59.La Roumanie (1996)	60.Le Kirghizistan (1998)
61.Le Paraguay (1998)	62.L'Arménie （1999）	63.Le Burkina Faso (1999)	64.La Géorgie (1999)
65.La Lituanie (1999)	66.Le Nicaragua (1999)	67.Le Bangladesh (2000)	68.La République dominicaine （2000）
69.La Tchéquie (2000)	70.La Bosnie-Herzégovine (2002)	71.La Croatie （2003）	72.Le Mexique (2003)
73.La Slovaquie (2003)	74.Le Tchad （2003）	75.Le Monténégro (2004)	76.La Serbie (2004)
77.L'Albanie (2005)	78.L'Autriche (2005)	79.La République d'Haïti (2005)	80.L'Estonie (2006)
81.Le Guatemala (2006)	82.L'Irlande (2006)	83.Le Liechtenstein (2006)	84.La Norvège (2006)
85.L'Ouzbékistan (2006)	86.Les Pays-Bas (2006)	87. La République de Chypre （2006）	88.La République de Malte (2006)
89.Le Royaume-Uni (2006)	90.L'Australie (2009)	91.Le Yémen (2012)	92.La Syrie (2013)
93.Les Comores (2020)			

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

Le statut particulier des créations logicielles en droit suisse

The special status of software creations under Swiss law

Hermine LACOUR

Docteure en droit, juriste d'entreprise

Le droit de la propriété intellectuelle suisse fait des logiciels des créations particulières. Excluent de manière prétorienne du champ du droit des brevets, le droit d'auteur les protège, tout en les soumettant à un régime particulier, à prendre en compte pour connaître l'étendue de la protection et la titularité des droits.

Swiss intellectual property law makes software a special type among creations. Excluded from the scope of patent law, copyright law includes software in the scope of its protection, while subjecting them to a particular regime. Such particularities must be taken into account to determine the scope and the ownership of rights.

Introduction

Si la position de la Suisse est pour le moins établie sur le plan de l'innovation[1], il est peut-être moins connu que la Confédération est également un terrain fertile pour l'industrie logicielle[2]. Compte tenu des évolutions évidentes des pratiques de l'industrie au cours des trois dernières décennies, il est d'intérêt de faire le point sur le régime spécifique des créations logicielles suivant une perspective influencée par l'état de la technique actuelle.

I. La protection des programmes en droit de la propriété intellectuelle suisse

A. Une exclusion du champ des brevets

D'un point de vue national, les programmes en tant que tels ont été exclus du champ de la brevetabilité par le Tribunal Fédéral, car ne mettant pas en œuvre les forces de la nature[3]. La décision est toutefois ancienne et il est à noter que la Loi sur les brevets (LBI)[4] ne mentionne pas les créations logicielles, dès lors la question d'une évolution jurisprudentielle reste ouverte, sans pour

[1] La Suisse se classe en pole position au Global Innovation Index, V. S. Dutta, B. Lanvin *et al.* (éd.), « Global Innovation Index 2022, What is the future of innovation-driven growth ? », Etude, Genève: OMPI, 2022, Disponible en ligne https://www.wipo.int/global_innovation_index/en/2022/ [Consulté le 29.09.2022], p. 19.

[2] La Suisse se classe ainsi 5e au classement World Digital Competitiveness, une position en amélioration par rapport à 2021, V. A. Bris, C. Cabolis (dir.), « IMD World Digital Competitiveness ranking 2022 », Lausanne : IMD, 2022, Disponible en ligne https://www.imd.org/centers/world-competitiveness-center/rankings/world-digital-competitiveness/ [Consulté le 29.09.2022], p. 154.

[3] Arrêt du Tribunal fédéral (ATF) *Canguilhem*, ATF 98 Ib 396, c. 4. V. sur ce point commentaire I. Cherpillod / F. Dessemontet *et. al. Brevets d'invention, quarante ans de jurisprudence fédérale*, Lausanne : CEDIDAC, 1996, pp- 29-30.

[4] Loi fédérale sur les brevets d'invention, RS 232.14 (= LBI).

autant faire l'objet de débats à l'heure actuelle.

B. La protection par le droit d'auteur

Le principe de la protection des programmes par le droit d'auteur s'est établi dans les années 1980, à la faveur du projet de révision de la Loi sur le droit d'auteur (LDA)[5]. Si, de manière originale, un droit *sui generis* des programmes d'ordinateur avait pu être évoqué en 1984[6], cette proposition a été balayée par la III[e] commission d'experts en 1989[7], se ralliant au mouvement international d'intégration des créations logicielles dans le périmètre du droit d'auteur, proposition entérinée dans la nouvelle LDA de 1992[8].

Aujourd'hui le texte de la LDA est clair et mentionne explicitement les « programmes d'ordinateur » ou « logiciels » comme des créations de l'esprit protégées au titre du droit d'auteur en son article 2, al. 3 :

« Art. 2 - Définition

[1] Par œuvre, quelles qu'en soient la valeur ou la destination, on entend toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel.

[2] Sont notamment des créations de l'esprit : [*liste exemplative de créations susceptibles de protection*].

[3] Les programmes d'ordinateurs (logiciels) sont également considérés comme des œuvres ».

Il est notable que les programmes d'ordinateurs font l'objet d'un traitement d'exception formel de la part du législateur, qui ne mentionne pas les programmes parmi sa liste exemplative, mais procède à une mise à part à l'alinéa suivant. Cette rédaction a pu faire couler de l'encre parmi la doctrine, qui y a vu deux interprétations non exclusives : d'une part, la mise en valeur de leur régime particulier, d'autre part, le caractère de fiction de leur rattachement au droit d'auteur[9]. Néanmoins, ce statut particulier n'est pas porteur de conséquences dans la pratique[10] et, en l'absence d'un réel besoin de clarification, l'article n'a pas été modifié lors de la dernière mise à jour de la loi[11]. Reste toutefois à mentionner que le régime applicable aux programmes ou logiciels est différent du régime des œuvres standards.

II. Le régime spécifique des programmes

La protection des créations logicielles divergent en différents aspects du régime applicable aux autres œuvres de l'esprit, notamment en matière de durée de la protection (A), des exceptions (B), de titularité (C) et d'épuisement (D).

A. La durée de protection des programmes

Un point tout à fait notable est que le droit d'auteur sur les programmes fait l'objet de certaines particularités. Le premier point concerne la durée du droit d'auteur (art. 29 LDA) : pour les œuvres en général, la protection est de 70 ans à compter du décès de l'auteur, alors qu'en matière logicielle elle n'est que de 50 ans, un principe également valable pour d'autres créations « automatiques », les photographies et créations assimilées sans caractère individuel[12].

---

[5] Loi fédérale sur les brevets d'invention, RS 231.1 (= LDA).

[6] E. Neff / M. Arn, *Urheberrecht im EDV-Bereich*, 1[e] éd., Bâle : Helbing Lichtenhahn (SIWR), 1998, (= Neff/Arn, in : SIWR II/2), p. 16.

[7] Feuille Fédérale (FF) 1989 III 465, pp. 488.

[8] Neff/Arn, *in* : SIWR II/2, pp. 17-19.

[9] Relevant ce caractère de fiction et le fait que cette mise à part correspond au régime spécifique des programmes au sein du droit d'auteur : M. J. Lutz, « Les programmes d'ordinateur », *in* F. Marchetto/ I. Cherpillod et al., *La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur,* Lausanne : CEDIDAC, 1994, p. 169.

[10] Pour une part de la doctrine, il ne s'agirait même que d'un choix malheureux de rédaction, Neff/Arn, in : SIWR II/2, p. 131.

[11] Loi fédérale du 27 septembre 2019, en vigueur depuis le 1er avril 2020 (RO 2020 1003 ; FF 2018 559).

[12] Le droit suisse recourt à la notion d'individualité et non d'originalité depuis 1992, dans une optique de rupture avec l'ancienne appréciation subjective de l'originalité et la recherche du « cachet de l'auteur », F. Dessemontet, *La propriété intellectuelle et les contrats*

B. Les exceptions au droit d'auteur

La LDA procède à une énumération exhaustive des exceptions au droit d'auteur, et il apparaît de manière évidente un régime d'exception pour les créations logicielles. Ainsi, l'exception pour usage privé, à des fins pédagogiques ou d'information pour les entreprises, organisée par l'article 19 de la LDA est explicitement exclue, de même que la possibilité de réaliser des exemplaires d'archives (art. 24, al. 1), l'utilisation à des fins de recherche scientifique (art. 24 d), ou encore l'exception de panorama (art. 27).

En revanche, il existe trois exceptions spécifiques pour les programmes.

Compte tenu de l'exclusion de l'usage privé ou de la prohibition des exemplaires d'archives, le législateur a prévu la possibilité de réaliser une copie de sauvegarde (art. 24 al. 2), tout en notant que l'exception n'est pas impérative et peut donc être exclue par contrat.

Il est également possible de procéder à la décompilation à des fins d'interopérabilité (art. 21), cependant cette exception paraît quelque peu datée à l'heure actuelle et ne connaît que peu d'applications pratiques. En effet, de notre pratique, nous voyons une constante exclusion contractuelle d'une telle possibilité, et son remplacement par des clauses de garantie ou de maintenance, somme toute plus pratiques, la décompilation n'étant pas une opération aisée pour des applications complexes.

Enfin, la dernière exception n'est pas prévue par la loi, mais par son ordonnance d'application : l'article 17 de l'ODA[13] prévoit ainsi une exception d'utilisation « par l'acquéreur légitime ». La rédaction est malheureuse, car cette exception ne prévoit l'utilisation que par « l'acquéreur ». Le recours à la version allemande, *Erwerber*, confirme cette notion d'acquéreur et non « d'utilisateur ». Suivant une interprétation littérale, l'acheteur d'un jeu-vidéo serait alors libre de l'utiliser et, notamment, les reproductions temporaires nécessaires à l'exécution sont justifiées, mais ses proches ne pourraient pas en faire autant. Dans la pratique, cette exception paraît aujourd'hui davantage formelle qu'autre chose : du fait de l'évolution de la technique, nous acquérons rarement un logiciel en tant que tel, et il est acquis que l'acquéreur d'un exemplaire dispose des droits suffisants à son usage naturelle. En revanche, nous concluons des licences d'utilisation pour clarifier l'étendue exacte des droits concédés.

C. Titularité

La titularité des droits sur les programmes est également spécifique en matière de création logicielle salariée, ainsi que dans le cadre des institutions publiques.

En matière de création salariée, l'employeur est seul autorisé à exercer les droits d'utilisation sur les logiciels, sous réserve d'une double condition : exercice de la mission du salarié et conformément à son contrat de travail, disposition spécifique aux seuls logiciels (art. 15 LDA). La rédaction interroge, car il n'est pas fait mention d'une cession, mais d'une autorisation exclusive sur les droits d'utilisation, ce qui pourrait laisser penser à un coauteur privilégié. Cependant, compte tenu de l'absence de possibilité de titularité *ab initio* des droits d'auteur pour les personnes morales en Suisse, la doctrine retient que ce terme « d'autorisation » vaut cession exclusive des droits patrimoniaux, sans cession des droits moraux[14].

En matière d'institutions publiques, le caractère fédéral du droit suisse implique une vérification au cas par cas. En effet, le droit local applicable[15] pourra prévoir un transfert

de licence, 2e éd., Lausanne : Centre du droit de l'entreprise, 2011 (Publication CEDIDAC), pp.51s.

[13] Ordonnance sur le droit d'auteur et les droits voisins, RS 231.11.

[14] V. De Werra *in* J. De Werra/P. Gilliéron (édit.), Propriété intellectuelle : Loi sur le droit d'auteur, Loi sur la protection des marques, Loi sur les designs, Loi sur les brevets, Droit international privé, Droit de la concurrence : commentaire, Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2013 (cit. CR PI), N°14-18 ad Art. 17 LDA.

[15] A noter que les des deux écoles polytechniques fédérales, EPFL et ETH, sont soumises à une loi fédérale dédiée, Loi fédérale sur les écoles polytechniques fédérales, RS 414.110.

à l'institution pour ses salariés (incluant également les doctorants disposant d'un contrat de travail), sans qu'aucune règle générale n'existe (certains cantons peuvent prévoir un transfert des droits, quand d'autres réglementations sont muettes).

D. Épuisement des droits

L'épuisement est à citer, car la disposition mentionne expressément les logiciels. Cependant, plus qu'un régime particulier, il s'agit à notre sens davantage d'une conséquence du caractère immatériel des programmes.

Le droit suisse prévoit un principe d'épuisement international, un auteur ne peut pas empêcher la circulation en Suisse d'un exemplaire licitement mis en circulation sur un quelconque territoire[16]. L'article 12 de la LDA supprime toutefois le caractère d'exemplaire en matière de logiciels, ce qui impose quelques commentaires pour en comprendre la portée :

« Art. 12 - Épuisement de droits

1 Les exemplaires de l'œuvre qui ont été aliénés par l'auteur ou avec son consentement peuvent l'être à nouveau ou, de quelque autre manière, être mis en circulation.

1bis Les exemplaires d'une œuvre audiovisuelle ne peuvent être revendus ou loués qu'à partir du moment où l'exercice du droit de représentation de l'auteur n'en est plus entravé (art. 10, al. 2, let. c).

2 Les logiciels qui ont été aliénés par l'auteur ou avec son consentement peuvent être utilisés ou aliénés à nouveau. »

Il apparaît de manière claire que l'épuisement ne s'applique qu'à l'aliénation, c'est-à-dire une séparation définitive[17], impliquant un transfert du droit de propriété[18]. Dès lors, en matière logicielle, l'épuisement s'applique principalement à la « vente » de certains programmes intégrés sur un support, sans s'étendre au prêt d'une œuvre logicielle sur un support. Deux cas d'application sont à envisager : les logiciels de type « boîte », mode de distribution qui perd cependant le pas sur la distribution dématérialisée[19] ; et les programmes embarqués, dont ni l'ancien propriétaire ni l'auteur ne peuvent s'opposer à leur transmission au nouvel acquéreur du matériel[20], pour autant que la forme de la partie logicielle ne puisse être changée[21].

A notre sens, le point des logiciels embarqués ne peut s'étendre au transfert de programmes via la revente d'un matériel (par exemple revente d'un ordinateur sur lequel des applications ont été installées), car une simple licence n'emporte pas aliénation, et le titulaire des droits devra autoriser ou non la transmissibilité du contrat pour en permettre la circulation. Il en va de même dans le cas où la fourniture d'un programme s'apparente à une location (*software as a service* par exemple, où le programme est fourni dans le cadre d'un ensemble de prestations). Il n'y a, alors, pas d'aliénation, mais une simple autorisation d'utilisation pour les besoins du service. Dès lors, avant de s'appuyer sur l'épuisement des droits initiaux pour transmettre son « exemplaire », il sera nécessaire de procéder à une vérification de la licence initiale.

III. Un point de vue actuel sur le droit suisse

De manière évidente, tant les sources que la jurisprudence en matière de droit des programmes sont aujourd'hui datées, or le développement informatique a profondément changé ces trois dernières décennies, avec un recours systématique au développement modulaire et la généralisation des télécommunications

16 En vertu d'un arrêt du Tribunal fédéral précisant la portée de l'art. 12 LDA : ATF 124 III 321, c. 2, j).

17 CR PI-Philippin, N°8 *ad* Art. 12 LDA.

18 CR PI-Philippin, N°8-15 *ad* Art. 12 LDA.

19 Ainsi, le prêt ne peut pas emporter aliénation, CR PI-Philippin, N°9 *ad* Art. 12 LDA.

20 Neff/Arn, in : SIWR II/2, p. 248,

21 Constat somme toute logique, l'exemplaire embarqué « poursuit sa route », à condition toutefois que celui-ci soit véritablement intégré. D. Barrelet / W. Egloff, *et al., Le nouveau droit d'auteur : commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, 3e éd., Berne : Staempfli, 2008, p. 83.

permettant d'éviter un recours à une installation physique.

Aujourd'hui, le langage courant n'évoque plus vraiment des programmes ou logiciels, mais des applications et des composants, sachant que toute application est un ensemble de différentes créations logicielles, et, partant, représente une création complexe, ainsi qu'un ensemble contractuel d'autorisations sur les droits associés[22]. D'un point de vue pratique, il est évident que le développement est devenu complexe et qu'une application est rarement une création unitaire écrite par une seule personne, la réutilisation de code étant devenue une pratique standard et permettant l'écriture de programmes toujours plus élaborés[23].

Dès lors, une question importante est de savoir si cette évolution des créations logicielles et du vocabulaire pourrait poser problème : tout régime d'exception devant fait l'objet d'une application stricte, la portée de la LDA au regard du nouveau périmètre des créations logicielles doit être évaluée.

De manière évidente, la première confrontation est à faire sur le sens même des termes de la loi. En ce qui concerne la définition des programmes d'ordinateur, la loi n'en contient simplement aucune et se contente de préciser que les mots « logiciel » et « programme » sont synonymes (art. 2, al. 3). A ce sujet, la jurisprudence n'a apporté que peu de précisions supplémentaires : la lecture de différents arrêts en la matière montre que « programme d'ordinateur » ou « *software* » est appliqué à une partie de la part immatérielle d'un ordinateur, sans plus de précision quant à la finalité, l'unité ou l'autonomie de cette part[24]. Dès lors, reste le recours à la littérature. La doctrine s'appuie généralement sur une traduction du Copyright Act[25], « une suite ordonnée d'instructions destinées à être exécutées directement ou à être utilisées en appoint par l'ordinateur pour obtenir un certain résultat »[26], et s'accorde sur deux critères liés aux programmes : une création en langage de programmation et une création fonctionnelle[27].

Cette définition reste cependant à relativiser. En effet, le législateur a opté pour le silence de manière intentionnelle, afin de permettre à la loi de s'adapter aux évolutions de la technique[28], guidant une interprétation téléologique[29]. A notre sens, il est ainsi important de s'attacher à la réalité de l'industrie et toute création écrite en code et disposant d'une unité suffisante pour établir son individualité devrait faire l'objet de ce régime spécifique, sans davantage de débat.

Nous nous interrogeons de savoir si une évolution en matière de droit des créations logicielles viendrait non pas sur le plan du droit d'auteur, mais en droit des brevets. En effet, comme noté précédemment, le texte de la LBI ne mentionne pas les logiciels et la jurisprudence est à la fois ancienne et peu loquace en la matière. Il n'existe ainsi aucune contre-indication formelle à une évolution du droit positif en la matière. De plus, la Suisse est partie à la Convention sur le Brevet Européen, or l'OEB dispose de possibilités plus étendues en matière de brevet, plus particulièrement la décision « Garbage Collector » reconnaissant la possibilité de breveter une création logicielle dès lors que l'invention présentait un « effet technique supplémentaire »[30]. Face à un état de l'art sans cesse en évolution, des créations de plus en plus complexes et une réelle dynamique d'évolution, les possibilités de brevet logiciel pourraient, à notre sens, être étendues en Suisse. La curiosité est d'autant plus forte compte tenu de l'arrivée prochaine de la juridiction unifiée sur le brevet unitaire, qui

[22] H. Lacour, *Les composants logiciels libres*, Thèse de doctorat, Neuchâtel : Unine, 2021, pp. 79s.

[23] Ibid.

[24] A ce titre, ATF 98 IB 396, ATF 125 III 263, ATF 124 III 456.

[25] §101, Copyright Act, 17 U.S.C.

[26] P. Gillieron, *Propriété intellectuelle et Internet*, Lausanne, CEDIDAC, 2003, p. 247.

[27] L. Bühler, *Schweizerisches und Internationales Urheberrecht im Internet*, Fribourg : Universitätsverlag, 1999, pp. 89 s.

[28] FF 1989 III 465, p. 507.

[29] La loi s'interprétant en premier selon sa lettre, à moins d'ambiguïté, ATF 140 V 458, c. 5.1.

[30] OEB, T 0121/06, Garbage collection / TAO Group, 25 janvier 2007.

pourrait amorcer cette dynamique de changement.

H. L.