Revue Francophone de la Propriété Intellectuelle

ISSN 2490-8347 N° 3 - Décembre 2016

ÉDITORIAL – Du droit d'auteur à la française à l'heure de la mondialisation par Edouard Treppoz *p. 1*

AFRIQUE – Légitimité et justice d'une norme portant sur l'appropriation des cultures musicales traditionnelles par Richard Alemdjrodo *p. 4*

AFRIQUE – La remise en cause de l'industrie pharmaceutique en Égypte : les grands défis de la « licence obligatoire » et du « patent linkage » par Yasser Omar Amine *p. 14*

AMÉRIQUE DU NORD – Salons professionnels aux États-Unis : le risque de "Temporary Restraining Order" par Christophe Besnard, Tammy Terry et Jeffery P. Langer *p. 32*

AMÉRIQUE DU NORD – La protection du secret commercial aux États-Unis – La révolution du DTSA par Philippe Girard-Foley *p. 37*

ASIE – À la recherche d'une propriété littéraire et artistique dans la Chine ancienne par Emmanuel Gillet *p. 49*

ASIE – Droit d'auteur : La notion d'œuvre protégée - étude comparative de la conception islamiste et moderne par Mohammed Iriqat *p. 63*

ASIE – L'exception de data mining en droit d'auteur japonais par Makoto Nagatsuka *p. 68*

ASIE – Les aspects juridiques de la propriété intellectuelle au Cambodge par Ang Pich *p. 74*

EUROPE – Le droit de la propriété intellectuelle à l'épreuve de la pratique par Laurence Dreyfuss-Bechmann et Sophie Hoeffler *p. 84*

EUROPE – Réforme du droit des marques de l'Union européenne vue d'un pays candidat à l'adhésion : le cas de la Serbie par Dušan V. Popović *p. 92*

EUROPE – Halloumi : la propriété intellectuelle du fromage emblématique de Chypre par Sozos-Christos Théodoulou *p. 101*

AFPI
ASSOCIATION FRANCOPHONE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

'LUHFWLRQ GH OD 5HYXH

< DQQ$6,5(

Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace

. DUO)2R16(&$7,12&2

Docteur en droit, Avocat

&RPLWp eG&LHWQRPWULDO(

< DQQ$6,5(

Maître de FRQIpUHQFHV de l'Université de Haute-Alsace

*HRUJH21(7

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Président honoraire de l'IRPI

-RVp 5REHUWR)(5125(&$ *860$2

Professeur à l'Université Catholique de São Paulo, Avocat

3DXO'2(' 2

Docteur en droit et Directeur Général de l'OAPI

. DUO)2R16(&$7,12&2

Docteur en droit, Avocat

&KULVWRSK5(6(5

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

)UDQFLV *855<

Directeur général de l'OMPI

-DFTXHV /$55,(8

Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

&KULV/(6/(7DQ1&

Professeur des Universités, Avocat

&pOLQH5(,6

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

<YHV(%2/

Professeur émérite, Directeur de la section française du CEIPI

(GRXDUG7UDG3 2=

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Directeur du centre Paul Roubier

&RPLWp 5pJLRQDO7DXEH

< DVV2HHU5$0,1(

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

$PSDK2+1621

Enseignant-chercheur à l'Université de Lome

)UDQoRLV ;DYLHU .$/,1'$

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

'DXGDOPQRE(X5+281,

Avocat

&RPLWpSDFLpUL TXH 1RUG

&KULVWHV+$66

Avocat

)ORUL$1D5T7,1 %$5,7($8

0DvWUH GH FRQIpUHQFHV j O 8QLYHUVLWp GH 2WDZD

&RPLWp 5pJLRQDOSDFLpUL TXH WLQH

(Q]R%$,2&&+,

Professeur à l'Université fédérale de Rio de Janeiro et à l'Université de l'état de Rio de Janeiro

/RO.1'(/$)7

Avocate

&RPLWpVDLOH

6KXMLWHG1L1H

3URIHVVHXU7RKRNX8QLYHUVLW7VXEDNDGDLJDNXVDL W p

3pNLQ

0DNR1$R7768.$

Professeur à l'Université Hitotsubashi

$VR7768.$6$

Maître de conférences à l'Université de Kyushu

&RPLWpRégional Océanie

3KLOL*S55'(/(<

Avocat

7H[WUHpVLVpV SDU

<DQQ$6,5(

Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace

1LFROD%5521=2

Maître de conférences GHQVSURIHVVHXU à l'Université Aix-Marseille

$PpOLH)$95($8

0DvWUHGHFRQIpUHQFHVHQ FKHIGHVWLW
*UHQREOH

&DURO(L*Q2H),&

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes

Du droit d'auteur à la française à l'heure de la mondialisation

E. Treppoz

Longtemps, le monde du droit d'auteur se divisait entre les tenants d'une approche civiliste personnaliste et les tenants d'une approche de common law plus économique. Cette opposition, parfois caricaturale, reposait sur une présentation quelque peu hagiographique d'un droit d'auteur à la française, dont le point d'orgue serait la loi de 1957.

La construction d'un tel modèle fut menée patiemment par la jurisprudence à partir du XIXe siècle, pour être systématisée par la doctrine et consacrée par le législateur. Ce modèle se construit autour de la notion d'originalité comprise comme l'expression de la personnalité. Véritable clef de voûte du droit d'auteur, elle en détermine le contenu et la singularité. Ainsi, la construction dualiste du droit d'auteur accordant autant d'importance au droit moral qu'au droit patrimonial s'explique par cette conception personnaliste de l'originalité. L'œuvre ne peut être traitée comme un bien classique, parce que, précisément, elle constitue le prolongement de l'auteur. De la même manière, le contrat de travail ou de commande est sans incidence sur la titularité de l'œuvre qui reste sa chose, malgré la cause du contrat de travail. Ces 'marqueurs' du droit d'auteur à la française permettent de mieux le distinguer du copyright américain ou même de ces voisins de la propriété industrielle. Cette identité singulière du droit d'auteur réceptionne une conception littéraire, dix-neuviémiste et romantique de la création selon laquelle l'auteur se livre 'lui-même cœur et chair'[1] dans l'œuvre qu'il 'enfante'[2].

Exigeante, cette conception du droit d'auteur, magnifiée par la jurisprudence dans l'affaire Huston[3], est néanmoins en perte de vitesse. D'abord, l'émergence de nouvelles œuvres au sein du droit d'auteur supposant des investissements importants fragilise cette approche. L'œuvre audiovisuelle et l'œuvre logicielle obéissent à des régimes dérogatoires fortement éloignés du modèle à la française. Ensuite, l'influence croissante des sources supranationales malmène cette logique. Certes, aucune directive européenne ne réglemente directement ces 'marqueurs identitaires', sans doute en raison de la présence des deux systèmes au sein de l'Union européenne. Néanmoins, des points annexes montrent un possible changement de paradigme. L'approche des droits patrimoniaux n'est plus synthétique, mais analytique. Le droit de suite est certes reconnu, mais avec un plafond de 12 500 euros. Cette retenue du législateur doit être comparée à l'audace de la jurisprudence. Cette dernière forge ainsi une conception autonome et européenne de l'originalité plus objective que la conception française[4]. Ce changement de clef de voûte ne peut être sans conséquence sur le contenu de la protection. Enfin, cette recomposition du modèle peut résulter de la récente introduction du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation. La source de la perturbation reste européenne mais provient des droits fondamentaux réceptionnés par nos juridictions internes. Véritable séisme, l'arrêt Klasen[5] pourrait marquer une simple évolution formelle des solutions du droit d'auteur ou une véritable révolution. Le risque est de remettre en cause la maîtrise tant patrimoniale que morale de l'auteur

[1] E. Zola, « Écrits sur l'art », in Le moment artistique, Tel Gallimard, p. 107
[2] Notamment : E. Zola, L'œuvre, Folio Classique, p. 336.
[3] Civ. 1ère, 28 mai 1991, n° 89-19522.
[4] CJUE, 16 juillet 2009, C-5/08, Infopaq International.
[5] Civ. 1ère, 15 mai 2015, n° 13-27391.

sur ‘son enfant’ pour mieux satisfaire aux intérêts du public. Une telle révolution nous ferait rentrer dans un nouveau monde où la loi de 1957 ne serait qu’un vieux souvenir.

Faut-il regretter cette évolution ? Pas nécessairement. Le droit d’auteur traduit notre rapport à la culture. Or, l’internet et la mondialisation ont nécessairement bouleversé ce rapport à la culture et par la même le droit d’auteur. Ce renouvellement de la matière par les sources européennes est sans doute salutaire. L’inconnu porte néanmoins sur la physionomie de ce nouveau droit d’auteur du XXI e siècle. Le combat ne porte plus sur l’identité du droit d’auteur vis-à-vis du copyright, mais sur la défense du concept même d’exclusivité commune à ces deux systèmes. La réponse est sans doute internationale, tant la Convention de Berne et ces suites rappellent l’importance d’une telle exclusivité. Elle provient aussi du droit comparé et plus particulièrement des greffes étrangères du droit d’auteur à la française. L’on pense ainsi au droit d’auteur au sein de l’OAPI. Si ce dernier consacre un droit d’auteur à la française, il s’en démarque notamment sur la question des œuvres créées dans le cadre d’un contrat de commande ou de travail[6]. L’approche est alors résolument pragmatique se rapprochant du work made for hire américain. Le modèle du droit d’auteur à la française au XXIe siècle réside peut-être dans cette volonté de ne pas traiter les œuvres comme des biens ordinaires sans pour autant nier leur réalité économique contemporaine. Protégé par les normes internationales, renouvelé par le droit comparé, le modèle du droit d’auteur à la française n’est pas forcément une idée éculée. Le départ du Royaume-Uni de l’Union européenne devrait permettre plus d’ambition européenne quant à ces marqueurs identitaires du modèle français. A nous de ne pas nous figer sur un dogme et de proposer une vision moderne et ouverte de notre modèle pour qu’il devienne celui de l’Europe !

[6] Voir article 31 de l’Annexe VII de l’Accord portant révision de l’Accord de Bangui du 2 mars 1977.

Afrique

&RPLWp 5pJLRQDO $IUI

<DVVHU 20$5 $0,1(

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

$PSDK -2+1621

Enseignant-chercheur à l'Université de Lomé

)UDQo;RLYLHU .$/,1'$

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

'DRXG 6DOPRXQL =(5+281,

Avocat

Légiti mité et justice d'une norme portant sur l'appropriation des cultures musicales traditionnelles

Richard ALEMDJRODO

Enseignant-chercheur, Université de Lomé

/H GURLW G·DXWHXU UHOqJXH GHDIQ VWOHH OGHRVPDHLSUHSVXEROQV /G
OHXUH FRQQDSLVXWQHVRVGHQDRQXSUDQDVRQDHVDp\
WDYHQVWH[WH SURSRVp DSUqV FRQVXOWDWLRQ DYHF GHV UH
GHPDQGHVSHXSOHV WULEXWDLUHV GH IRONORUH /H UpVXOWD
OpJLWLPLWp MXVWLFH G·XQH QRUPH j WUDYHUV O·DUWLFOH

Contrairement aux pays africains, dont la plupart accordent une protection aux expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles [1] - ou folk life [2] -, les nations occidentales, dans leur majorité, rechignent à accorder aux savoirs ou cultures traditionnelles la protection de la propriété intellectuelle [3]. Elles font pourtant face à des revendications de propriété intellectuelle qui aboutissent devant les tribunaux. L'Australie, à cet égard, est un pays dont la justice, tout en évitant bien souvent de se prononcer sur les principes intrinsèques du droit de la propriété intellectuelle, a eu à faire face aux revendications de ses peuples autochtones. Le cas le plus emblématique, même s'il existe d'autres affaires importantes[4], reste celui de Bulun Bulun[5], dans lequel la Cour a octroyé des dommages et intérêts pour violation des œuvres issues de la culture autochtone[6]. Le fait que la Cour ait reconnu les notions de « préjudice culturel » et de « dommages globaux », même si elle a, par ailleurs, réaffirmé que " la législation ne reconnaît pas

[1] L'OMPI laisse à la discrétion des États, le soin de choisir le vocable sous lequel ils veulent désigner les œuvres ici visées. À part les pays africains et l'UNESCO qui continuent d'utiliser le terme de folklore, la plupart des pays occidentaux qui accueillent en leur sein de fortes communautés autochtones (Australie, Canada, États-Unis, Nouvelle-Zélande) préfèrent utiliser d'autres termes comme, arts et savoirs traditionnels ou expressions de la culture et des savoirs. L'une ou l'autre de ces expressions seront indifféremment utilisées dans cette étude.

[2] Ce concept serait plus large que celui de folklore. Voir à ce propos, G. Herzog, « Definition of folklore », in Dictionary of folklore, mythology and legend, New York: Funk and Wagnalls, 1949, p. 259: « Folk life, more familiar in Europe and Latin America, covers the entire culture of a folk group, usually a rural group whose mode of life is rather different from that of its urban counterpart. Such a wide expansion of meaning, stemming from a special "folk" concept, has not been applied in the study of "primitive" or preliterate societies ».

[3] Lire à ce sujet, C. D. Jacoby & C. Weiss, « Recognising Property Rights in Traditional Biocultural Contribution », 16 Stan Envtl. L.J. 74, 75-81 (1997).

[4] Voir, entre autres, l'affaire Foster c Mountford (1976) 29 FLR 233, dans laquelle le tribunal a utilisé la doctrine de la common law sur les informations confidentielles pour empêcher la publication d'un livre contenant des informations sensibles du point de vue culturel.

[5] Bulun Bulun & Milpurrurru c. R & T Textiles Pty Ltd (1998) 41 IPR 513.

[6] A. P. Matlon, « Safeguarding Native American Sacred Art by Partnering Tribal law and Equity: An Exploratory Case Study Applying the Bulun Bulun Equity to Navajo Sandpainting », 27 Colum. J.L & Arts 211, 2003-2004.

la violation des droits de propriété du type de ceux qui existent, en vertu de la loi aborigène, chez les propriétaires traditionnels des contes du Rêve et des images du type de celles qui sont utilisées dans les œuvres des requérants ici présents[7]. C'est une avancée par rapport aux refus habituels de toute reconnaissance de tels droits sous d'autres cieux[8].

La musique est l'une des expressions du folklore, dont la protection reste sujette à préoccupation. Dans les législations africaines sur le droit d'auteur, des mécanismes ont été prévus pour que ces œuvres, reconnues et répertoriées, ne soient pas exploitées sans rétribution, même si, par ces mécanismes[9], la jouissance effective de l'œuvre n'échoit pas au groupe communautaire dont est issue l'expression du folklore, mais à l'État, supposé en faire profiter la nation entière. Bien que la nature du folklore et les éléments constitutifs de ses expressions ne soient pas toujours bien définis[10], la musique, comme expression du folklore, bénéficie de la protection du droit d'auteur et, par conséquent, entre dans le champ de conventions sur le droit d'auteur au niveau international. Ainsi, est-elle visée par les projets de réforme de l'Organisation Mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur les appropriations collectives du patrimoine culturel. L'article 3 du projet dénommé « Dispositions révisées relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore – Objectifs de politique générale et principes fondamentaux »[11] prévoit, notamment pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant une valeur ou une signification particulière, une forme de réappropriation collective[12].

[7] Document de l'OMPI sur les expériences nationales en matière de protection des savoirs traditionnels, WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2

[8] C'est le cas des États-Unis, lesquels, malgré l'existence d'une communauté autochtone dépositaire d'une culture spécifique, n'accordent pas d'attention particulière au folklore dans sa législation sur le droit d'auteur. Les expressions du folklore pourraient, éventuellement, être rangées sous des concepts généraux du Copyright américain, tels que « The rights to derivate » et le «Public domain works ». Or, le droit de la propriété intellectuelle ne protège pas les œuvres du domaine public. Concernant l'inexistence de la protection des expressions du folklore aux États-Unis, voir B. F. Klarman, « Copyright and Folk Musik », 12 Bull. of the Copyright Soc'y USA 277, 282 (1965). Elle suggère, dans son analyse que, l'absence de référence spécifique dans le copyright américain indique une hésitation à reconnaître les enjeux spécifiques du Folk Art et du Folk Musik.

[9] P. Kuruk, « Protecting Folklore under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions between Individuals and Communal Rights in Africa and the United States », 48 Am. U.L. Rev. 769, 1998-1999, p. 799: « To improve the protection of folklore recognized under customary law, some African copyright legislation specifically references folklore. Ghanaian Copyright law, for example, provide that the copyrights of authors of folklore vest in the government as if the government is the creator of the works. Thus, one cannot use the Ghanaian folklore for purposes other than those statutorily authorized without applying to the secretary, and paying a fee ».

[10] P. Kuruk, préc., p. 776.

[11] Textes de l'OMPI extraits du document WIPO/GRTKF/IC/9/4 de l'OMPI. Source : http://www.wipo.int/tk/fr/consultations/draft_provisions/pdf/draft-provisions_-booklet-tce.pdf

[12] « a) En ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui ont une valeur culturelle ou spirituelle particulière pour une communauté et qui ont fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification selon l'article 7, des mesures juridiques et pratiques, adéquates et efficaces, doivent être prises pour s'assurer que cette communauté pourra empêcher la réalisation des actes suivants sans son consentement préalable, libre et en connaissance de cause :

i) s'agissant des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore autres que les mots, signes, noms et symboles :
- la reproduction, la publication, l'adaptation, la radiodiffusion, l'interprétation ou exécution publique, la communication au public, la distribution, la location, la mise à la disposition du public et la fixation (y compris par la photographie) des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou de leurs dérivés;
- toute utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou adaptation de celles-ci faite sans mention appropriée de la communauté en tant que source des expressions culturelles ou expressions du folklore;
- toute déformation, mutilation ou autre modification des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou les adaptations de celles-ci, et
- l'acquisition ou l'exercice de droits de propriété intellectuelle sur les expressions culturelles ou expressions du folklore ou les adaptations de celles-ci;

ii) s'agissant de mots, signes, noms et symboles qui constituent de telles expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en soi, toute utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou de leurs dérivés ou l'acquisition ou l'exercice de droits de propriété intellectuelle sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du

Cette disposition est intéressante du fait, d'une part, qu'elle favorise une forme d'appropriation collective du patrimoine musical au profit de groupes ou de communautés spécifiques, et, d'autre part, que son application effective peut signifier à moyen ou long terme la remise en cause du domaine public [13]. La question est de savoir si cette solution est préférable à la situation actuelle, caractérisée soit par la non-reconnaissance de ce droit par la plupart des législations, soit par l'appropriation, organisée par certains gouvernements, des œuvres du folklore au profit de l'intérêt général. Répondre à cette question, c'est également analyser la question de la légitimité de la demande, par les peuples autochtones notamment, de reconnaissance de droits de propriété intellectuelle sur les œuvres du folklore (I), ainsi que celle de la justice de toute norme qui essayera de les accorder, tel que l'article 3 du projet susvisé (II). Cette étude analyse les deux aspects de l'appropriation des expressions du folklore, à savoir l'appropriation réalisée par la non reconnaissance du droit de la propriété intellectuelle et celle réalisée par une norme, en prenant pour exemple un projet de disposition.

I. La légitimité de la réappropriation culturelle

La légitimité ne se réduit pas ici au sens où la norme de réappropriation culturelle serait l'œuvre d'une autorité mise en place légitimement. Elle est utilisée ici dans l'acception korsgaardienne [14], donc morale, c'est-à-dire le fait de prendre une distance réflexive par rapport aux différentes actions possibles face à une revendication forte. Elle conduit à analyser la définition et le contenu de la revendication.

A. L'appropriation culturelle en question

L'appropriation collective que l'article 3 instaure au profit des groupes tributaires des expressions du folklore musical semble n'être qu'une réponse aux revendications longtemps ignorées des peuples autochtones et des artistes autochtones, dépouillés de leurs richesses culturelles par des emprunts d'éléments de leurs cultures par des artistes n'ayant pas de liens intimes avec celles-ci [15]. L'appropriation culturelle en soi peut être définie [16] comme « l'emprunt non autorisé qu'effectue un membre d'une culture donnée, le plus souvent dominante, de modes d'expression, de styles littéraires ou visuels, d'une thématique ou d'un savoir-faire quelconque, qui sont généralement associés à une culture autre que la sienne, le plus souvent dominée [17] ». Si le projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, adopté le 26 août 1994 par la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités [18], propose dans son article 12 de reconnaître aux peuples autochtones le droit collectif d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes, notamment le droit de conserver, protéger et développer les manifestations passées, présentes et futures de leurs cultures, force est de constater que les expressions musicales du folklore ne pèsent pas lourd devant le droit d'auteur conventionnel, puisqu'elles ne rentrent pas dans le

folklore ou de leurs dérivés qui discrédite ou offense la communauté concernée ou donne faussement l'impression d'un lien avec elle, ou qui méprise ou dénigre celle-ci ».

[13] S. Ragavan, « Protection of Traditional Knowledge », 2 Minn. Intell. Prop. Rev. 1, (2001): «The pattern of evolution of society has been marked by a process by which the societies in developed countries have moved towards a more technological orientation. Consequentially, some traditional knowledge, including traditional practices, has been left behind and newer practices that are better, or at least considered better, are being used. Knowledge that is no longer part of the so-called developed societies, but retained by traditional societies has, of late, gained attention because of its value, materially and otherwise».

[14] C. Korsgaard, The sources of normativity, Cambridge USA, Cambridge University Press, 1996.

[15] Cf. J-F. Gaudreault-DesBiens, « La critique autochtone de l'appropriation culturelle comme défi à la conception occidentale de la propriété intellectuelle : le cas de l'appropriation artistique » , Cahiers de la propriété intellectuelle 1999, n° 11, p. 401: « Des artistes autochtones s'en prennent ainsi à l'ethnocentrisme du système artistique moderne et à son caractère hégémonique. (...) Ils n'hésitent pas, dans cette pratique, à réclamer un contrôle juridique de cette pratique, qualifiée d'appropriation culturelle, notamment par le truchement du droit de la propriété intellectuelle ».

[16] Une définition limitée aux biens intangibles, par opposition aux biens tangibles produits par les arts autochtones.

[17] J-F. Gaudreault-DesBiens, préc.

[18] Document E/CN.4/sub.2/1994/2/Add.1.

système de protection moderne du droit de la propriété intellectuelle des pays occidentaux[19]. La difficulté majeure des expressions musicales du folklore en Occident réside dans le fait qu'elles tomberaient, par absence de dispositions légales les concernant, dans le domaine public[20]. C'est la raison pour laquelle la Commission de l'UNESCO, en charge de la protection des œuvres tombées dans le domaine public, a adopté une position selon laquelle, l'expression « œuvres du domaine public » s'entend de toutes les œuvres de l'esprit constituant l'héritage culturel national et international, à l'exclusion expresse et spécifique des œuvres du folklore[21]. L'appropriation du patrimoine culturel traditionnel est donc favorisée par la philosophie et les principes du droit de la propriété intellectuelle. Bannir l'appropriation illicite de l'héritage culturel des peuples autochtones dans le domaine musical, à travers une convention, permettrait de rendre le droit d'auteur un peu plus juste par rapport aux œuvres issues du folklore.

Le droit d'auteur accorde sa protection aux créations tangibles et originales des auteurs pendant une durée raisonnable, afin de leur permettre de vivre assez longtemps du fruit de leur labeur. Les œuvres traditionnelles de l'esprit par contre sont, par définition, le résultat d'une accumulation de savoirs[22]. On trouve sur les marchés du disque occidental pléthore de musique recomposée à base de rythme provenant de communautés traditionnelles d'Afrique, d'Australie et d'Amérique[23]. Comme le souligne P. Kuruk,dans l'industrie de la musique, les grandes maisons de production ne se privent pas de l'apport commercial que constitue l'utilisation de ces musiques traditionnelles[24]. Là réside toute la difficulté pour les artistes autochtones ou les communautés autochtones de faire valoir leur prétentions au regard du droit d'auteur. En effet, outre la fixation et l'identification de l'auteur de l'œuvre d'expression folklorique[25], le droit d'auteur requiert, pour sa protection, l'originalité de l'œuvre. Des exigences qui excluent de facto les expressions du folklore comme la musique traditionnelle, dont il est, entre autres, difficile, voire impossible de remonter la source pour identifier l'auteur[26].

La question de l'originalité ne se pose que si l'on se place du point de vue du droit d'auteur conventionnel, point de vue selon lequel les idées ne sont pas protégées et seule la matérialisation formelle de ces dernières l'est. L'originalité, dans ce contexte, est le critère qui permet de différencier l'œuvre créée par un auteur, d'autres œuvres comparables ou dérivées[27]. Ce principe n'est toutefois défini dans aucune loi sur le droit d'auteur, même s'il est souvent utilisé comme un concept juridique dans certaines législations[28]. Il est,

---

[19] A. R. Riley, « Recovering Collectivity: Groups Rights to Intellectual Property in Indigenous Communities », 18 Cardozo Arts & Ent. L.J. 175, (2000); N. Blackmore, « The Search for a Culturally Sensitive Approach to Legal Protection of Aboriginal Art », 17 Copyright Rep57, 60, (1999).

[20] Il est important de préciser que selon la définition du domaine public que l'on adopte, elles pourraient être considérées comme n'en faisant pas partie. V. infra les développements sur le domaine public.

[21] Cf. Committee of Governmental Experts on the Safeguarding of Works in the Public Domain, 17 Copyright Bull. No 3, 25, 30, (1983).

[22] A. P. Matlon, préc., p. 212: « Depending on tribal customs, some of these artistic expressions are not to be set down in a fixed medium, and they are rarely intended to eventually fall into unregulated use by the public ».

[23] B. N'doye, « Protection of expressions of Folklore in Senegal », 25 Copyright: Monthly Rev. World Intell. Prop. Org374, 375 (1989); Sur un thème similaire, voir D. Sassoon, « The Antiquities of Nepal », Cultural Survival Q. , Summer 1991, p. 47-48.

[24] P. Kuruk, op. cit., p. 770-771: « In addition, there is evidence of indigenous music and dance being sampled by record companies and performance groups, which are presented to the public as original compositions or choregraphy ».

[25] D. E. Long, « The Impact of Foreign Investment on Indigenous Culture: An Intellectual Property perspective », 23 N.C. J. Int'L L & Com. Reg229 (1998).

[26] Pour une étude générale sur ces questions, L. M. Moran, « Intellectual Property Law Protection for Traditional and Sacred 'Folklife expressions' – Will Remedies Become Available to Cultural Authors and Communities? », 6 U. Balt. Intell. Prop. L.J. 99 (1998).

[27] Alain Gobin, Le droit des auteurs, des artistes et des gens du spectacle, Paris Les éditions E.S.F., 1986, p. 16 « Ce critère manié avec finesse, dans toutes ses composantes et ses dérivées, permet en effet de distinguer les créations absolument originales, entièrement marquées du sceau de la personnalité de leur auteur et dont le fond et la forme sont étroitement imbriqués, des créations originales ou dérivées qui empruntent à d'autres œuvres l'argument, le thème, la source ou l'inspiration tout en adoptant une forme d'expression digne de protection pour exprimer suffisamment la personnalité de l'auteur ».

[28] La loi allemande sur le droit d'auteur de 1965, par exemple, en fait usage dans l'article 10 (présomption de paternité de l'œuvre) et dans l'article 26 (le droit de suite).

de manière générale, admis qu'une œuvre originale existe, dès lors que l'œuvre construite sous la supervision d'un auteur et suivant son accord, l'a été selon ses propres plans[29]. En définitive, l'interprétation de ce critère d'originalité de l'œuvre est souvent établie sur les pratiques et les habitudes établies dans les milieux artistiques[30]. Elle peut ainsi donner lieu, parfois, à des surprises, comme ce fut le cas dans l'affaire Brancusi[31]. Un juge américain avait reconnu la sculpture de Brancusi censée représenter un « oiseau dans l'espace », laquelle en vérité n'a rien d'un oiseau, comme une œuvre de l'esprit. L'interprétation de ce critère, dans le droit d'auteur conventionnel, est laissée à la discrétion du juge, puisque ni les lois sur le droit d'auteur, ni la doctrine ne sont en mesure de définir l'empreinte personnelle de l'auteur sur son œuvre[32].

L'article 3 du projet de réforme de l'OMPI portant sur la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore cherche à pallier le déficit de protection des expressions du folklore par le droit de la propriété intellectuelle conventionnel, et ce, conformément à l'avis exprimé par les participants à la rédaction du projet de dispositions révisées relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore[33]. Il ne s'agit nullement de supprimer la protection de la propriété intellectuelle classique, ni de lui substituer un autre fondement philosophique basé sur la vision du monde des communautés autochtones, comme le rappelle l'OMPI dans ses commentaires sous l'article 3[34], mais de réparer une injustice due aux principes du droit de la propriété intellectuelle et du droit d'auteur en particulier, injustice qui consiste à reléguer les expressions du folklore dans le domaine public, sous prétexte d'absence d'originalité ou d'indétermination de paternité, permettant une exploitation à souhait, sans rémunération, nonobstant quelques lois africaines et quelques artifices juridiques inventés par le juge australien pour accorder des subsides aux détenteurs des expressions traditionnelles de la culture.

Il serait donc plus logique de parler de réappropriation collective des expressions traditionnelles de la culture par les communautés autochtones, plutôt que d'appropriation collective réalisée par l'OMPI en leur faveur. Les quelques solutions proposées jusque là favorisaient ou les États, ou des individus, alors qu'à travers l'article 3, l'intérêt des communautés traditionnelles, seules détentrices des droits sur leurs traditions, est privilégié[35].

B. Le domaine public et le droit d'auteur

La notion de domaine public[36], différente de son autre acception qui désigne, elle, les biens qui appartiennent à l'État ou à une collectivité[37], ou de fonds communs est, par son caractère d'exception, la conséquence logique des droits de propriété intellectuelle dans leur conception traditionnelle et rigoureuse : « Pour qu'un objet immatériel devienne un bien incorporel, il faut, en principe, que le législateur en fixe les conditions et les contours. Cela signifie que tout ce qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions légales de la protection appartient au fonds commun où

[29] Bernard Edelman, « La main et l'esprit », D. 1980, p. 43 et suiv.

[30] W. Bullinger, kunstwerkfälschung und Urheberberpersönlichkeitsrecht, Berlin : Erich Schmidt Verlag, 1997, p. 26.

[31] Pour un développement exhaustif sur cette affaire, voir B. Edelman, L'Adieu aux arts 1926 l'affaire Brancusi, Aubier Montaigne, 2001.

[32] Thomy Kehrli, Der urheberrechtliche Werkbegriff im Bereich der bildenden Kunst, Bern : Stämpfli & Cie AG, 1989.

[33] Voir les interventions du Nigeria et du Japon dans le document WIPO/GRTKF/IC/7/3 de l'OMPI.

[34] Il est précisé dans les généralités du commentaire que : « … l'article vise à prévoir des formes de protection des expressions de la culture et des savoirs qui ne sont pas actuellement prévues par le droit conventionnel de la propriété intellectuelle. Ces dispositions sont sans préjudice de la protection des expressions culturelles ou expressions du folklore déjà prévues par le droit actuel de la propriété intellectuelle. La protection de la propriété intellectuelle classique reste applicable ».

[35] Commentaire sous art. 3 : « La disposition suggérée vise à tenir compte des types d'utilisations et d'appropriations des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore liées à la propriété intellectuelle qui sont très souvent source de préoccupation pour les communautés autochtones et locales et les autres dépositaires et détenteurs d'expression culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, ainsi qu'il ressort des missions d'établissement des faits et des consultations antérieurs (…). Elle s'inspire d'un large éventail de conceptions et de mécanismes juridiques consacrés dans différentes lois nationales et régionales ».

[36] S. Choisy, Le domaine public en droit d'auteur, Litec, 2003.

[37] M. Cornu, Le droit culturel des biens, Bruylant, 1996, p. 495.

chacun – créateur, inventeur, exploitant, particulier – peut librement puiser[38]. Le domaine public est libre de droit, chacun peut s'en servir sans autorisation préalable, sans paiement de redevance[39] et sans avoir de comptes à rendre à un auteur. Le fonds commun, dans lequel des expériences et des connaissances passées sont tirées par d'autres auteurs, se nourrit de la temporalité des droits d'auteur[40]. Une œuvre musicale n'étant pas protégée ad vitam aeternam, lorsque le droit d'exploitation arrive à expiration, elle tombe dans le domaine public qui se compose de deux parties : l'une renfermant les éléments de l'œuvre jamais protégés par le droit intellectuel, et l'autre concernant ce qui fut protégé, mais ne l'est plus[41]. Si une norme d'appropriation collective peut susciter des craintes quant à la subsistance du concept de domaine public, il faut rappeler qu'il a toujours existé un débat controversé autour du concept.

Est-ce le fait que le domaine public soit né de la loi française de 1791, au lendemain de la Révolution française, qui a accentué les dissensions sur son utilité ? La notion fait en effet son apparition dans la loi précitée et les œuvres des auteurs décédés depuis plus de cinq ans y sont qualifiées de « propriété publique[42] ». Certains considèrent que la réduction du domaine public s'impose, au motif que tout ce qui coûte de l'argent doit faire l'objet d'une protection par un droit privatif. L'acceptation d'une telle logique ouvrirait la voie à une extension de la technique de l'appropriation, laquelle devrait alors couvrir des éléments que les critères de la propriété intellectuelle renvoient au domaine public, tels que les idées, les informations. D'autres, par contre, cherchent à réduire le domaine légitime du droit de la propriété intellectuelle au profit d'un domaine public qui représenterait mieux les intérêts collectifs, celui du public, des consommateurs ou de la culture. En réalité le domaine public, tel que voulu ici, ne profite ni aux auteurs, ni au public, mais à l'État[43] et aux exploitants exemptés de l'obligation de verser des redevances aux auteurs ou à leurs ayants droit. Opposer le droit du public à l'information, et revendiquer pour le public une grande part de l'œuvre créatrice des auteurs, c'est nier la finalité du droit d'auteur qui est de rémunérer d'abord l'effort de création. Le droit de propriété que détient un auteur ne doit rien, en effet, à la transaction, à l'héritage ou à la spéculation. Il ne saurait être question de mettre en balance les droits du créateur de l'œuvre et ceux du public à avoir accès à son œuvre[44]. Fort de ses attributs de droit moral, et notamment celui de la divulgation de son œuvre, l'auteur permet la jouissance de son œuvre par le public dans les limites qu'il souhaite. L'entrée de l'œuvre dans le

[38] F. Pollaud-Dulian, Le droit d'auteur, Collection Corpus, 2e édition, 2004, p. 34.

[39] P. Recht, «Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété », RIDC 1970,Vol. 22, n° 1, p..213

[40] La question ne concerne pas uniquement le droit d'auteur. De façon plus large, les droits de brevet, les droits sur les dessins et modèles ou sur les obtentions végétales disposent de leur domaine public.

[41] Voir F. Pollaud-Dulian, op. cit, p. 35, sur les deux parties du domaine public : « … L'une, qui est de toute nécessité, représente tout ce qui n'a jamais été protégé par un droit intellectuel, parce que cela n'est pas susceptible de protection, en particulier les idées; l'autre, qui suppose des choix législatifs (refus de la perpétuité, système de dépôt…) couvre ce qui a été protégé, mais a cessé de l'être, soit que le délai de protection (non-renouvellement d'un dépôt, par exemple), et ce qui aurait pu être protégé, mais ne l'a pas été (par exemple, l'invention pour laquelle aucun brevet n'a été demandé et qui a été divulguée) ».

[42] Lire les critiques de Balzac, citées par F. Pollaud-Dulian, op. cit., p. 14.

[43] Mêmes dans les pays dans lesquels la législation nationale sur le droit d'auteur place quasiment les œuvres musicales du folklore dans le domaine public payant, les redevances profitent essentiellement à l'État, dont nul ne contrôle s'il utilise les fonds récoltés aux fins prévues, et aux sociétés de gestion collectives quasi étatiques qui en tirent souvent une grande part de leurs frais de fonctionnement. L'État en bénéficie également par le contrôle des médias et des bibliothèques publiques qui peuvent ainsi diffuser les œuvres sans rémunérer les auteurs. À ce propos, voir R. Fernay, «Grandeur, misère et contradiction du droit d'auteur », RIDA 1981, n° (il faut le numéro) p. 139: « D'abord le prix des utilisations (…) fut ressenti directement par l'État-utilisateur et lui fit froncer les sourcils. Ensuite, la délivrance des autorisations, le fait qu'une diffusion pourrait être subordonnée à l'autorisation personnelle de l'auteur (élément constitutif fondamental du droit exclusif) lui parut une gêne difficile à admettre. Enfin, le sentiment d'être le dispensateur du divertissement et de l'éducation de milliers d'auditeurs et de téléspectateurs lui a donné, peu à peu, à penser qu'à côté, ou plus exactement en face du droit d'auteur, il existait un droit prépondérant : le droit du public ».

[44] F. Pollaud-Dullian, op. cit., p. 36 : « En réalité, l'idée que le public aurait des droits sur les œuvres à mettre en balance avec ceux de leurs créateurs est illégitime et artificielle : il s'agit là aussi d'une fiction destinée à fonder des restrictions arbitraires à la plénitude des droits qui doivent appartenir au créateur, à raison même de l'acte de création».

domaine public est une forme d'expropriation décidée par le législateur pour donner préséance, après la fin de la durée légale de ces droits, à l'intérêt collectif.

Si dans la tradition française, le domaine public est gratuit [45], il existe dans la plupart des législations des pays africains sur le droit d'auteur un domaine public payant, institué pour recueillir des redevances sur les expressions du folklore [46], notamment les œuvres musicales. C'est un abus de langage de parler d'œuvres du folklore tombées dans le domaine public dans ces pays, puisque, dans la plupart des cas, ces musiques du folklore, dont certaines sont à connotation religieuse ou rituelle, n'ont jamais fait l'objet d'enregistrement et proviennent de traditions ancestrales immémoriales. Elles n'ont, par conséquent, pas été soumises à un délai de temporalité, suivant les principes du droit d'auteur. Il ne faut pas croire que le domaine public serait une invention du modèle de Tunis. La proposition de l'institution d'un domaine public payant existait, avant la seconde guerre mondiale, en Europe [47].

II. La justice de la norme sur l'appropriation collective

La justice de la norme sera obligatoirement, selon la tradition aristotélicienne, à la fois commutative et distributive. Commutative, parce qu'elle réparera une situation que la réflexion collective suivant le modèle de Korsgaard aurait amené à considérer comme injuste. Distributive, parce que la norme organisera la distribution suivant des critères que doit respecter tout processus de distribution, c'est-a-dire ceux établis de longue date par le droit d'auteur conventionnel. Afin de réaliser une telle symbiose des deux justices, la norme devra faire évoluer la notion de domaine public (A). Il faudrait également que le processus de distribution soit juste, surtout au regard de l'étendue de la règle de droit (B).

A. Une redéfinition du domaine public

Plusieurs auteurs ont suggéré une théorie du domaine public [48], qui relève beaucoup plus de notions que de théories, car toute théorie a besoin d'un contexte empirique ou, du moins, d'un commencement de falsification. Or, comme le remarque E. Samuels [49] avec justesse, il existe juste une dichotomie claire entre ceux qui veulent étendre la protection de la propriété intellectuelle et ceux qui veulent la limiter ou la circonscrire dans n'importe quel contexte. Le domaine public se retrouve aujourd'hui face à un autre débat du fait de la numérisation des œuvres, ce qui pousse les auteurs à repenser la créativité des générations et à avancer des idées sur la collaboration, questions qui sont présentes dans le monde numérique : où tracer les limites sur la protection des droits dérivés par rapport au sampling [50]? En effet, l'accent mis sur la créativité collaborative dans une grande partie des connaissances traditionnelles peut fournir des analogies utiles dans la reconfiguration de la zone contestée d'œuvres dérivées et du fair use à l'ère numérique [51]. D'ailleurs, l'un des développements positifs dans les débats internationaux sur les savoirs traditionnels est que les pays commencent à fournir une protection sui generis aux savoirs traditionnels nationaux, en reconnaissant que les

[45] Il y a eu, toutefois, la proposition d'un domaine public payant : rapport Mack, ALAI, congrès de Weimer, 1903, p. 199; Voir également E. Pouillet, Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique, Marshall et Billard, 3e édition, 1908.

[46] Cette quasi-unanimité de ces lois sur le domaine public payant est due au fait qu'elles sont toutes issues du modèle de Tunis.

[47] J. Vilbois, Du domaine public payant en matière de droit d'auteur Sirey, 1928.

[48] Cf. les auteurs suivants: J. Litman, « The Public Domain », 39 Emory L.J 965 (1990); D. Lange, «Recognizing the Public Domain», 44 Law & Contemporary Probs. No 4, 147 (1981).

[49] E. Samuels. The public domain revisited, source: http://llr.lls.edu/eldred/samuels.pdf : «There are dozens of battlegrounds between those who want to expand intellectual property protection and those who want to limit it or narrow it in any given context. The arguments in each context should be kept separate, since they raise different policy issues».

[50] Technique consistant à emprunter un extrait musical très court d'une chanson existante, dans le but d'en créer une nouvelle à partir de cet échantillon sonore.

[51] D. E. Long, « Traditional knowledge and the fight for public domain », 5 J. Marshall Rev. Intell. Prop. 317 (2006).

groupes individuels devraient définir les aspects de leurs savoirs traditionnels devant être protégés[52].

Dans le cas de la protection des œuvres musicales issues des communautés traditionnelles, certaines d'entre elles ont exprimé le souhait d'une protection illimitée au moins pour certains aspects des expressions de leurs cultures traditionnelles. Ces demandes de protection illimitée renvoient à la question de l'effet rétroactif ou prospectif de la protection, question prise en compte par le projet de l'OMPI.

B.Les exceptions et limitations à l'article 3

Face à l'accroissement du degré de sophistication et des possibilités technologiques, le projet de l'OMPI, visant à protéger l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, permettra à la musique traditionnelle de trouver son compte grâce à une protection moderne par le droit de la propriété intellectuelle. Son but est, avant tout, d'empêcher l'octroi d'un droit d'auteur sans autorisation[53]. Permettre aux communautés et à leurs membres de disposer à nouveau du droit d'autoriser l'utilisation de leurs richesses culturelles traditionnelles revient à leur permettre de se réapproprier le droit de favoriser ou non le développement et l'expansion des possibilités de commercialisation des créations et des innovations fondées sur la tradition [54]. Mais cela voudrait-il dire que le domaine public dans lequel la plupart, sinon l'ensemble des œuvres musicales traditionnelles de ces communautés étaient reléguées, disparaîtra ou que les communautés, quelles qu'elles soient et où qu'elles se trouvent, disposeront d'un droit de propriété quasi sans limites? Il n'y a pas lieu d'être alarmiste, si l'on analyse de près les exceptions et limitations à l'article 3.

Elles sont énumérées à l'article 5 – projet de disposition – et procèdent de deux préoccupations principales des parties prenantes. En effet, dans le commentaire de l'article 5, il apparaît que les parties prenantes voulaient, d'une part, limiter la protection par la propriété intellectuelle des expressions culturelles traditionnelles, afin qu'elle ne soit pas trop rigide[55], et, d'autre part, éviter que les communautés concernées ne soient dans l'impossibilité d'utiliser, d'échanger et de se transmettre mutuellement les expressions de leur patrimoine culturel de manière traditionnelle et coutumière et de les développer à travers le processus de recréation et d'imitation constantes.

Ainsi dans la disposition suggérée, on retrouve à l'alinéa a) la mise en œuvre d'objectifs et de principes directeurs généraux liés à la non-ingérence et à l'appui à l'usage et au développement permanents des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore par les communautés. L'alinéa b) s'assure, quant à lui, que les dispositions du projet s'appliqueraient uniquement aux utilisateurs « hors site » des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, à savoir les utilisations faites en dehors du contexte coutumier ou traditionnel, peu importe que ces utilisations aient un but commercial ou non. Les exceptions à ces limitations sont énumérées à l'alinéa c) et ont la particularité d'avoir été inspirées par les dispositions types OMPI-UNESCO [56]de 1982, de la loi type pour les pays insulaires du Pacifique [57] de 2002 et des lois relatives au droit d'auteur en général.

Les exceptions sont, somme toute, plutôt dans la veine de ce qui se fait traditionnellement en droit d'auteur. Ainsi n'est-on pas surpris de voir que la protection ne s'appliquera pas aux utilisateurs des

[52] S. S. Kowouvih, Le savoir-faire traditionnel – Contribution a l'analyse objective des savoirs traditionnels, Thèse de doctorat, Université de Limoges, 2007.

[53] C'est à dire, selon les propres mots du projet, «d'empêcher l'octroi, l'exercice et l'application des droits de propriété intellectuelle acquis par des parties non autorisées sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et leurs dérivés ».

[54] Dans les objectifs du projet de l'OMPI.

[55] Cette proposition découle du fait que les parties prenantes considéraient une protection trop rigide comme étant un facteur susceptible d'étouffer la créativité, la liberté artistique et les échanges culturels. L'application de la loi en aurait été compliquée.

[56]http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_19_/wipo_grtkf_ic_19_inf_7.doc

[57]http://www.spc.int/hdp/index 2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=37&Itemid=4

expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore aux fins suivantes [58] :

- illustration d'un enseignement ou d'un apprentissage[59];
- recherche non commerciale ou étude privée;
- critiques ou évaluations;
- comptes rendus d'événements d'actualité;
- utilisation dans le cadre de procédures juridiques;
- réalisations d'enregistrements et d'autres reproductions des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en vue de leur incorporation dans des archives ou un inventaire à des fins non commerciales de préservation du patrimoine culturelles;
- utili sations occasionnelles.

Outre les limitations et exceptions aux fins d'enseignement qui ont fait l'objet de discussions parmi les délégations des parties prenantes, celles concernant les services d'archives, les bibliothèques et autres institutions publiques sont révélatrices de la volonté du projet de ne pas accorder des droits illimités de propriété intellectuelle aux communautés traditionnelles. Suivant l'exemple du Royaume-Uni, dont la loi sur le droit d'auteur, les dessins et modèles industriels et les brevets le prévoit, le projet de disposition de l'article 5 autorise les services d'archives, les bibliothèques et autres institutions publiques à réaliser, à des fins non commerciales de préservation uniquement, des reproductions d'œuvres et d'expressions du folklore et à les mettre à la disposition du public. La musique traditionnelle ne peut faire exception à cette disposition. Il est prévu à cet effet que l'OMPI procède à l'élaboration de contrats adaptés, d'inventaires de propriété intellectuelle et d'autres principes directeurs et codes de conduite à l'intention des musées et des services d'archives et d'inventaires du patrimoine culturel.

Cependant, ce projet ne comporte pas toutes les exceptions que l'on retrouve généralement dans une loi sur le droit d'auteur. Les parties prenantes au projet sont d'avis qu'elles ne sont pas toutes appropriées, certaines pouvant être contraires à l'intérêt public et aux droits coutumiers. Tel serait le cas des exceptions au titre de l'utilisation indirecte, en vertu desquelles une sculpture ou une œuvre artistique artisanale exposée de manière permanente dans un lieu public peut être reproduite sur une photographie, un dessin ou d'une autre manière sans autorisation. Une œuvre musicale est tout autant sujette à une utilisation indirecte.

Dans cette tentative de redonner vie aux expressions culturelles traditionnelles, les exceptions et limitations sont un gage que la protection envisagée à travers le droit de la propriété intellectuelle n'échappera pas aux tradi tions des législations sur le droit d'auteur [60]. L'article 3 n'est pas en soi déraisonnable, si l'on revient sur le but de ce projet : remettre les expressions culturelles traditionnelles dans le giron de la protection par le droit d'auteur. S'il demeure important de préserver un accès à un fonds commun d'œuvres pour lesquelles la protection intellectuelle a cessé, il ne faut pas perdre de vue que les œuvres dont nous parlons n'ont jamais fait

[58] Article 5 a) iii) : « Pour autant que chacune de ces utilisations soit conforme aux bons usages, que la communauté concernée soit mentionnée en tant que source des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore lorsque c'est raisonnablement possible et qu'elle ne soit pas offensante pour la communauté concernée ».

[59] Cette formulation n'est que provisoire et peut encore changer, si l'on se fie au commentaire à l'article 5, dans le document de l'OMPI, lequel commentaire précise le pourquoi de cette formulation : « Les limitations et exceptions aux fins de l'enseignement sont courantes dans les législations relatives au droit d'auteur. Alors que celles-ci sont parfois limitées à l'enseignement interpersonnel (comme dans la loi type de 2002 pour les pays insulaires du Pacifique), des limitations et exceptions particulières aux droits connexes pour l'enseignement à distance ont aussi été évoquées. L'expression « enseignement et apprentissage » est utilisée pour l'instant ».

[60] Tous les pays ne sont pas d'accord sur la formulation de cet article, la Colombie ayant par ailleurs suggéré une déclaration de principe plus générale – qui renverrait, par exemple, à l'intérêt culturel ou à l'existenc e d'une intention lucrative ou autre – laissant aux États membres le soin d'établir ces exceptions et limitations en fonction de leurs desiderata. Mais une telle proposition, si elle est acceptée, ne fixerait aucune mesure minimale et pourrait vider le projet de disposition de l'article 3 de sa substance.

l'objet de protection auparavant et sont de facto dans le domaine public. La justification utilitariste du domaine public insiste sur la nécessité de limiter la protection de la propriété intellectuelle, mais encore faudrait-il que l'œuvre en question bénéficie de la protection de la loi. Le projet de l'OMPI n'a pas trouvé le moyen de donner une durée de vie aux expressions culturelles traditionnelles. Cela est dû au fait que ces œuvres ne répondent pas aux critères classiques de créations originales. Une fois ce fait reconnu et la nécessité d'étendre la protection de la propriété intellectuelle à ces œuvres également reconnue, il est aisé de se rendre compte de l'impossibilité de fixer une durée de vie limitée à une œuvre dont on ne peut dater la création. C'est le seul point sur lequel la discussion devrait se fixer, car les expressions culturelles traditionnelles ne sont vraiment pas des œuvres comme les autres. Le domaine public ne va pas disparaître par le fait de la protection accordée aux œuvres traditionnelles, dont la musique, il subsistera pour toutes les autres formes d'art qui suivent le schéma traditionnel de création.

R.A

La remise en cause de l'industrie pharmaceutique en Égypte : les grands défis de la « licence obligatoire » et du « patent linkage »

Yasser OMAR AMINE

Formateur agréé par l'OMPI auprès de l'Académie Nationale

de la Propriété Intellectuelle (Égypte)

Chargé de cours d'enseignement à distance auprès de l'Académie de l'OMPI

Avocat au Barreau du Caire

Doctorant en propriété intellectuelle au CECOJI (Poitiers)

L'industrie pharmaceutique en Egypte est confrontée à deux obstacles majeurs qui entravent graveme l'accès aux médicaments : la dégénérescence du mécanisme de licence obligatoire et le développement d pratique connue sous l'appellation de « patent linkage ». Ces obstacles engendrent une grande insécurité juridique dans le secteur pharmaceutique dans la mesure où le dispositif de la licence obligatoire est resté le morte depuis 1949, et ce, en dépit de son efficacité indéniable permettant de faire face aux grandes entrep pharmaceutiques qui se livrent à des pratiques monopolistes et anticoncurrentielles sur le marché af notamment, de freiner ou retarder l'entrée des médicaments génériques sur le marché selon la pratique « patent linkage ».

Face aux carences dans l'accès aux médicaments essentiels, il est temps de s'interroger sur la mise en œuvre effective du Code égyptien de la propriété intellectuelle (ci-après « CEPI »)[1] pour protéger et préserver l'industrie pharmaceutique ainsi que l'intérêt général du secteur vital de la santé. L'industrie pharmaceutique égyptienne risque d'être remise en cause dans la mesure où les grandes entreprises pharmaceutiques, qui se placent dans une position dominante sur le marché de médicaments, ont développé et adopté diverses stratégies abusives ou anticoncurrentielles afin, notamment, de freiner ou retarder l'entrée des médicaments génériques sur le marché[2]. Leur but est également d'entraver l'accès au marché des entreprises pharmaceutiques égyptiennes[3] sans

[1] Ce Code a été mis en place par la loi n° 82 du 2 juin 2002 sur la protection des droits de propriété intellectuelle (JO 2 juin 2002, n° 22 bis). V. Y. Omar Amine, Chronique d'Égypte, RIDI 2010, n° 223, p. 281 (pour une présentation générale du CEPI).

[2] V. P. Arhel, « Droit des brevets et droit de la concurrence : médicaments génériques, cibles et remèdes aux comportements anticoncurrentiels », Propr. industr. 2007, n° 10, étude 20 ; J. Armengaud et E. Berthet-Maillols, « Médicaments génériques et "princeps" : un nouvel équilibre à trouver », Propr. intell. 2006, n° 20, p. 243 ; O. Marie Chantal Bridji, Brevet pharmaceutique et l'accès aux médicaments dans les pays en voie de développement, thèse, Université Toulouse 1 Capitole, 2013.

[3] V. L'appel lancé par le président du conseil d'administration de la société Marcyrl Pharmaceutical Industries au Président du Conseil des ministres, aux ministres de la Santé et de l'investissement, publié au quotidien égyptien Akhbar Al youm du 21 déc. 2013, p. 14. À cet égard, on notera que le représentant des États-Unis pour le Commerce (USTR) est intervenu personnellement auprès du Ministre égyptien de la santé pour soutenir les grands laboratoires américains

aucun droit, allant jusqu'à exercer d'énormes pressions sur le gouvernement égyptien.

En témoignent les avertissements reçus à plusieurs reprises par le gouvernement égyptien. Il a ainsi été menacé de se voir infliger, de façon unilatérale, des sanctions économiques au titre de la Section 301 du Code de commerce des États-Unis si l'Égypte ne dépasse pas les règles minimales de protection requises par l'Accord sur les ADPIC (selon l'approche dite « ADPIC plus »)[4]. Il a également été question de suspendre ou de réduire l'aide américaine allouée au gouvernement, voire de procéder à l'inscription de l'Égypte sur la liste des pays réputés avoir violé les droits américains de la propriété intellectuelle, conformément aux dispositions de l'article 301 du Trade Act ("Special 301 Watch List"), établie par le Gouvernement des États-Unis d'Amérique [5], et ce malgré les flexibilités prévues par le CEPI en conformité avec l'Accord sur les ADPIC [6] et de la déclaration ministérielle de Doha adoptée le 14 novembre 2001[7]. En réalité, cette situation a conduit, vraisemblablement, à la réticence du gouvernement égyptien pendant des années de mettre à profit lesdites flexibilités depuis la promulgation du CEPI jusqu'à ce jour. Celles-ci devraient pourtant se révéler particulièrement indispensables dans un pays en développement tel que l'Égypte. Elles concourraient à éviter l'émergence de monopoles dans le domaine de l'industrie pharmaceutique et de ses répercussions néfastes sur la production de médicaments génériques ainsi que sur la santé publique.

Il existe en effet principalement deux problématiques ou enjeux majeurs auxquels l'industrie pharmaceutique est confrontée aujourd'hui. Il y a tout d'abord le mécanisme de licence obligatoire qui, malgré son efficacité, est resté lettre morte depuis la promulgation de la première loi n° 132 du 16 août 1949 sur les brevets d'invention et les dessins et modèles industriels [8]. Elle a même été vidée de sens, de sorte que les entreprises pharmaceutiques multinationales n'ont plus à craindre le risque de voir leurs médicaments brevetés placés sous le régime d'une licence obligatoire (I). En second lieu, le fait de lier l'enregistrement et l'autorisation de mise sur le marché (AMM) des médicaments génériques auprès de l'autorité compétente relevant du ministère de la Santé au statut du brevet du princeps selon une pratique dite « patent linkage » entrave gravement l'accès à des médicaments, au-delà des standards exigés par l'Accord sur les ADPIC [9] (II). Selon

impliqués dans certaines affaires portées devant les juridictions égyptiennes.

[4] Selon le mémorandum rédigé par les professeurs H. El-Saghir et M. Rady qui a été présenté à la session du 15 décembre 2013 du comité consultatif de la propriété intellectuelle auprès de l'Administration centrale des affaires pharmaceutiques (CAPA) au sein du ministère de la Santé. V. infra sur les principales missions du comité.

[5] V. J.-M. Siroën, « L'unilatéralisme des États-Unis », AFRI 2000, pp. 570-582.

[6] L'article 8 de l'Accord sur les ADPIC prévoit que : « Les Membres pourront […] adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique […] à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord ».

[7] WT/MIN(01)/DEC/2, OMC, 20 nov. 2001. V. P. Arhel, « Droit des brevets : vers un meilleur accès à la santé publique », Propr. industr. 2007, n° 7-8, étude 17. Par le décret présidentiel n° 263 de 2007, l'Égypte a accepté le 18 avril 2008 le Protocole portant amendement de l'Accord sur les ADPIC (Art. 31 bis du TRIPS) dans l'optique de transposer la décision du Conseil général de l'OMC du 6 déc. 2005 initialement adoptée par la décision du 30 août 2003. V. À titre d'exemple : le règlement n° 816/2006 du Parlement et du Conseil du 17 mai 2006 concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique (JOUE, n° L 157, 9 juin). P. Arhel, «Contribution de la Communauté européenne à un meilleur accès à la santé publique», LPA 2007, n° 204, p. 6; P. Ravillard, « La décision du 30 août 2003 sur l'accès aux médicaments : une étape historique dans le processus de négociation de l'OMC », Propr. intell. 2004, n° 10, p. 524; H. El-Saghir, « The Legal Framework for the International Protection of Industrial Property, The Amendment of Art. 31 of the TRIPs Agreement in light of Doha Declaration and Public Health », Revue Al-Haq de l'Union des Avocats Arabes, XXXVIe année, 2007, n° 1, p. 65.

[8] JO 25 août 1949, n° 113 (Recueil des lois concernant la protection de la propriété industrielle, p. 1960 et s.

[9] Selon P. Arhel, «L'Accord sur les ADPIC ne confère pas au titulaire du brevet un droit quelconque qu'il tirerait du lien entre, d'une part, l'autorisation de mise sur le marché (AMM) d'un médicament générique et, d'autre part, le statut du brevet du princeps. Cependant, il n'inter dit pas non plus l'octroi d'un tel droit par les membres de l'OMC » : Rép. internat. Dalloz, v° Propriété intellectuelle : OMC, avr. 2015, n° 139. Cependant, certains accords de libre-échange comportent un lien entre l'AMM et le brevet, notamment ceux conclus par les États-Unis. V. P. Arhel, « Propriété intellectuelle. Approche ADPIC -Plus : l'exemple de l'Accord de libre -échange entre les États-Unis et le Maroc », Propr. industr. 2008, n° 1, étude 2; « ADPIC -Plus :

certains auteurs, cette pratique peut avoir des répercussions néfastes sur la faculté de recourir à la licence obligatoire [10]. Il est dès lors indispensable de s'interroger sur cette situation paradoxale et de la repenser ainsi que de commencer à mettre en œuvre les flexibilités prévues par le CEPI, afin de préserver l'industrie des médicaments en Égypte et les intérêts des patients dans le cadre d'une politique d'amélioration de l'accès à la santé publique.

I. À quand la mise en œuvre du dispos itif de la licence obligatoire dans le sect eur pharmaceutique ?

Le projet de loi du CEPI avait mis en place plusieurs principes importants [11] visant à atténuer, autant que possible, les répercussions négatives que peut subir l'industrie des médicaments du fait de l'application de l'Accord sur les ADPIC, tout en prenant en compte la nécessité de préserver la santé publique. La note explicative de la loi n° 82 de 2002 sur la protection des droits de propriété intellectuelle promulguant le CEPI avait exposé les motifs de la protection des produits pharmaceutiques par les brevets d'invention [12]. Elle consiste notamment à garantir l'accès aux médicaments au prix les plus bas dans l'intérêt des patients [13] et dans le but d'éviter l'émergence de monopoles dans le domaine des médicaments [14]. Il convient de noter que l'ancienne loi de 1949, en son article 2 (b), excluait expressément de la protection des brevets les inventions chimiques dans les aliments [15], les

l'exemple de l'accession à l'OMC de la Chine, du Cambodge et de l'Arabie Saoudite », LPA 2007, n° 230, p. 4.

[10] V. J. Wakely, « The impact of external factors on the effectiveness of compulsory licensing as a means of increasing access to medicines in developing countries », EIPR 2011, n° 12, spéc. p. 760, cité par P. Arhel, Rép. internat. Dalloz, v° Propriété intellectuelle: OMC, préc., n° 139.

[11] À savoir : 1- L'adoption de la durée de protection minimale pour la protection des brevets d'invention dans le domaine des médicaments ; 2- L'exclusion de la brevetabilité dans les domaines vitaux qui touchent à la santé publique ; 3- La mise en place d'un dispositif détaillé de licences obligatoires dans le domaine des médicaments ; 4- La mise en place de normes pour éviter la hausse des prix ou la non disponibilité des produits brevetés sur le marché ou sa mise sur le marché à des conditions injustes ; 5- La consécration du principe de l'épuisement international ; 6- La possibilité d'utiliser le produit breveté aux fins de la recherche scientifique sans qu'il constitue une atteinte aux droits du titulaire de brevet ; 7- La possibilité des entreprises pharmaceutiques concurrentes qui exploitent le brevet de fabriquer les médicaments brevetés durant la période de protection sans pour autant les stocker afin de commencer la production et la commercialisation dès l'expiration de la durée de protection ; 8- Le bénéfice de la période de transition supplémentaire (65:4 de l'Accord sur les ADPIC) ; 9- La mise en place de normes permettant d'éviter le bénéfice des pays développés des ressources biologiques propres aux pays en développement ; 10- Si la demande porte sur invention relative à des micro-organismes, le requérant devra les divulguer conformément aux règles conventionnelles scientifiques, y compris les informations nécessaires à l'identification de la nature, des caractéristiques et des usages d'un tel matériel biologique et déposer une culture vivante du matériel auprès d'un laboratoire autorisé par décision du ministre compétent pour les affaires de la recherche scientifique; 11- La mise en place d'un fonds pour la fixation des prix des médicaments. V. Le rapport du comité mixte de la Commission d'éducation, de la recherche scientifique, des bureaux des Commissions des affaires constitutionnelles, législatives, des affaires économiques, de l'industrie, de l'énergie, de l'agriculture et du ravitaillement, de la culture, de la communication et du tourisme sur le projet de loi portant promulgation de la loi sur la protection de la propriété intellectuelle, l' Assemblée du peuple, 8e session législative, juin 2001, pp. 16-18.

[12] L'article 27 de l'Accord sur les ADPIC prévoit qu' : « un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques ».

[13] E. Combe et E. Pfister, « Brevet et prix des médicaments dans les pays en développement », RD propr. intell. 2003, n° 8, p. 269.

[14] L'Égypte a adopté le système d'épuisement des droits au niveau international (article 10.1 du CEPI). Par conséquent, les produits importés en Égypte peuvent ne pas être considérés comme constitutifs d'une atteinte au droit du titulaire du brevet dès lors qu'ils ont été initialement commercialisés par celui-ci ou avec son consentement dans un lieu quelconque du monde. Ainsi, le titulaire des droits ne peut s'opposer aux importations parallèles de médicaments brevetés dans le pays d'origine ou dans un autre pays membre. En revanche, selon l'article 15.9.4 de l'ALE États-Unis-Maroc : « Chacune des Parties prévoira que le droit exclusif du titulaire du brevet à empêcher l'importation d'un produit breveté, ou d'un produit résultant d'un procédé breveté, sans le consentement du titulaire d'un brevet, ne sera pas limité par suite de la vente ou de la distribution dudit produit en dehors de son territoire ».

[15] En vertu du paragraphe 4 de l'article 65 de l'ADPIC, les pays en développement membres bénéficient d'une période additionnelle de cinq ans pour étendre la protection par les brevets de produits à des domaines qui n'étaient guère protégés (les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture). Ainsi, les dispositions du CEPI relatives aux brevets d'invention concernant les produits chimiques utilisés dans les secteurs des produits alimentaires et pharmaceutiques, sont entrées en vigueur le 1er janvier 2005. L'article 4 du CEPI prévoit que : « La présente loi sera publiée au JO et entrera en vigueur le lendemain à partir de la date de sa publication, à l'exception des dispositions des brevets d'invention concernant les produits chimiques relatifs à l'alimentation et les produits chimiques pharmaceutiques, qui ne faisaient pas l'objet d'une protection avant la

substances médicamenteuses ou les compositions pharmaceutiques[16], à moins que ces produits ne soient fabriqués suivant des moyens ou des produits chimiques spéciaux, auquel cas le brevet portait non sur les produits eux-mêmes, mais sur les moyens de fabrication.

Le législateur égyptien a, par ailleurs, pris en compte l'importance du secteur des médicaments dans le contexte de la sécurité nationale en insérant une disposition spécifique ayant trait à la réglementation et à la fixation des prix des médicaments. Cette disposition avait fait l'objet de vives critiques au Parlement[17]. Aux termes de l'article 18 du CEPI, il est institué un fonds, doté de la personnalité morale et affilié au ministre de la Santé et de la population, pour stabiliser les prix des médicaments, qui ne sont pas destinés à l'exportation en vue de réaliser le développement de la santé et de garantir que ces prix ne soient pas influencés par d'éventuelles variations[18]. Ce fonds promouvra notamment les médicaments contre les maladies chroniques telles que l'insuline, les médicaments oncologiques et contre les maladies cardiaques.

Il s'avère donc que le législateur, suivant une philosophie adoptée pour l'ensemble du Livre I du CEPI[19] relatif aux brevets d'invention et aux modèles d'utilité (Chap. 1er, art. 1 à 44), a établi un juste équilibre entre les droits des titulaires des brevets d'une part et l'intérêt de la santé publique, d'autre part, qui s'inscrit en conformité avec les flexibilités prévues par l'Accord sur les ADPIC[20].

Or, l'analyse du régime de la licence obligatoire (A) nous montre que cet équilibre risque d'être profondément ébranlé par les nombreuses incohérences et imperfections inhérentes au mécanisme qui réduisent considérablement son

promulgation de cette loi ; ainsi, ces dispositions entreront en vigueur à partir du 1er janvier 2005 et sous réserve des dispositions des articles 43 et 44 de la loi annexée. La présente loi sera revêtue du sceau de l'État et exécutée comme loi de l'État. Promulguée par le cabinet présidentiel, le 21 rabi' el awal de l'année 1423 correspondant au 2 juin 2002 ». V. Sur cette question: Y. Omar Amine, « Lettre d'Égypte - Protection des brevets d'invention en Égypte : premier bilan sur l'Office égyptien des brevets (EGPO) : 60 ans après… », Propr. intell. 2012, n° 44, p. 363.

[16] V. H. El-Saghir, Protection des informations non divulguées et les défis auxquels est confrontée l'industrie pharmaceutique dans les pays en développement, Dar El Nahda El Arabia, Le Caire, p. 161 et s. (en arabe) ; du même auteur, « The Protection of Intellectual Property under the Egyptian Law », in WIPO-WTO Colloquium for Teachers of Intellectual Property, Genève, juin 2005, cité par P. Arhel, Rép. internat. Dalloz, v° Propriété intellectuelle : OMC, préc., n° 119; N. Al-Ali, « The Egyptian Pharmaceutical Industry After TRIPs – A Practitioner's View », Fordham Int. L. J. 2002, Vol. 26, p. 293 et s. ; S. Aziz, « Linking Intellectual Property Rights in Developing Countries with Research and Development, Technology Transfer, and Foreign Direct Investment Policy: A Case Sutdy of Egypt's Pharmaceutical Industry », ILSA J. Int'l & Comp. L. 2003, Vol. 10, 1, p. 11 et s. À cet égard, le Conseil d'État avait émis un avis, en date du 11 mars 1989 (Les brevets d'invention, Académie de la recherche scientifique et de la technologie (ARST), Office des brevets, Le Caire, 1990, p. 256, en arabe), selon lequel : « Il ne peut être accordé un brevet d'invention pour enregistrer les races, bactéries, virus, fongicides et les vaccins ou les sérums conformément à l'article 2(b) de la loi n° 132 de 1949 ; toutefois, il peut être accordé des brevets sur les moyens et les procédés de leurs fabrications s'ils sont fabriqués par des moyens ou des opérations spéciales. Le brevet peut porter sur ces moyens et non sur les races ou la bactérie » ; Y. Omar Amine, « Lettre d'Égypte », préc., p. 363 et S. El-Kalyoubi, La propriété industrielle, Dar El Nahda El Arabia, Le Caire, 7e éd., 2008, p. 143 (en arabe). Add. L'avis juridique du Conseil d'État daté du 19 févr. 1955, publié dans Les brevets d'invention, op. cit., p. 187.

[17] V. Le quotidien égyptien Al-Ahram El-Iqtisadi, 23 déc. 2002, n° 126.

[18] L'organisation de ce fonds et la détermination de ses ressources sont réglementées par une décision du Président de la République. Ces ressources comprennent les contributions acceptées par l'État des pays donateurs et des organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales.

[19] Le livre I du CEPI est divisé en trois chapitres. Le premier est relatif aux brevets d'invention et aux modèles d'utilité (art. 1 à 44). Le deuxième chapitre est consacré aux schémas de configuration de circuits intégrés (art. 45 à 54). Quant au troisième chapitre, il est réservé aux informations non divulguées (art. 55 à 62). Le Ministère de la recherche scientifique et le Ministère de la santé et de la population sont chargés d'appliquer ces dispositions.

[20] V. P. Arhel, « Flexibilités du droit international en matière de licence obligatoire », Propr. industr. 2013, n° 9, étude 11 ; « Éléments de flexibilité relatifs aux brevets dans le cadre juridique multilatéral et leur mise en œuvre législative aux niveaux national et régional », 1er mars 2010, OMPI, CDIP/5/4 ; « Éléments de flexibilité relatifs aux brevets dans le cadre juridique multilatéral et leur mise en œuvre législative aux niveaux national et régional - Deuxième partie », 18 mars 2011, OMPI, CDIP/7/3. L'article 7 intitulé "Objectifs" reconnaît que : « La protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations ».

efficacité et le rendent quasiment caduc, voire lettre-morte (B).

A. Le régime de la licence obligatoire sous l'empire de l'ancienne loi de 1949 et de la nouvelle loi de 2002

La législation égyptienne habilite les autorités compétentes à octroyer des licences obligatoires. Or, avant de présenter les difficultés à recourir de manière effective aux licences obligatoires dans le cadre du CEPI, rappelons que l'ancienne loi de 1949 avait mis en place un dispositif particulier pour la licence obligatoire, ainsi que pour l'expropriation de l'invention pour cause d'utilité publique (art. 30 à 33)[21]. La loi de 1949 avait prévu deux cas qui donnent lieu à la délivrance de licences obligatoires : la non-exploitation de l'invention et la complémentarité d'inventions. Si l'invention n'avait pas été mise en exploitation en Égypte dans le délai de trois ans à compter de la délivrance du brevet, ou si le titulaire avait été incapable de l'exploiter de manière à satisfaire aux besoins du pays, ou encore s'il avait cessé de l'exploiter pendant au moins deux années consécutives, l'Office égyptien des brevets pouvait conférer une licence obligatoire en vue de l'exploitation de l'invention à toute personne à laquelle le titulaire du brevet avait refusé de céder le droit d'exploitation, ou avait subordonné la cession à des conditions pécuniaires exorbitantes[22]. La décision de l'Office des brevets était susceptible de recours devant le Tribunal du contentieux administratif au Conseil d'État, dans un délai de trente jours à dater de sa notification à l'intéressé.

Dans l'intérêt général, un brevet pouvait faire l'objet d'expropriation au profit de l'État[23]. Le Ministre du commerce et de l'industrie pouvait exproprier, par décret, les inventions intéressant l'utilité publique et les inventions concernant la défense nationale. L'expropriation avait pour conséquence de créer une cession ou une licence exclusive au profit de l'État. Dans la première hypothèse, l'expropriation pouvait comprendre tous les droits découlant du brevet ou du dépôt de la demande de brevet, tandis que dans la seconde hypothèse, elle pouvait se limiter au droit d'exploiter l'invention pour les besoins de l'État. Le titulaire du brevet avait droit à une juste indemnité fixée par un Comité des brevets, institué par décision du Conseil des ministres, sur proposition du ministre du Commerce et de l'Industrie. La décision du Comité était susceptible de recours devant le Tribunal du contentieux administratif, dans les trente jours à dater de la notification à l'intéressé.

Les dispositions relatives à la licence obligatoire de la loi de 1949 étaient marquées par une grande souplesse qui facilitait le recours à ce mécanisme. La nouvelle loi de 2002 ne s'inscrit cependant pas dans la même ligne. Le CEPI a fortement limité la possibilité d'octroyer des licences obligatoires au regard des conditions supplémentaires qui ont été fixées pour être en conformité avec l'Accord sur les

[21] V. D. Gréaux El Sirgany, Les brevets d'invention en Égypte, L'Organisation égyptienne générale du livre, Le Caire, 1978 (Préf. du Professeur H. Abbas), p. 203 et s; J.-M. Salamolard, La licence obligatoire en matière de brevets d'invention, Étude de droit comparé, Librairie Droz, Genève, 1978, pp. 94 et 95.

[22] Toutefois, il convient de remarquer que la licence obligatoire n'est accordée que si le requérant est en mesure d'exploiter sérieusement l'invention ; le titulaire du brevet aura dans ce cas droit à une juste indemnité. Le Bureau des brevets notifiera une copie de la demande au titulaire du brevet qui devra, dans le délai fixé par le règlement d'exécution, répondre par écrit à cette demande. Faute de recevoir la réponse dans le délai, le Bureau des brevets décidera soit d'accepter la demande, soit de la rejeter ; il peut également subordonner son acceptation à toute condition qu'il jugera utile. Art. 31 : « Lorsque, nonobstant l'expiration des délais fixés dans l'alinéa premier de l'article précédent, le Bureau des brevets constate que l'invention n'a pas été mise en exploitation pour des raisons indépendantes de la volonté du titulaire du brevet, il peut accorder au titulaire un délai n'excédant pas deux ans pour exploiter son invention de la manière la plus parfaite ». Art. 32 : « Dans le cas où l'exploitation de l'invention est de haute importance pour l'industrie nationale et qu'elle nécessite l'utilisation d'une précédente invention brevetée, dont l'auteur aura refusé de convenir à l'exploitation sous des conditions raisonnables, le Bureau des brevets peut conférer à l'inventeur une licence obligatoire pour exploiter la précédente invention. De même, le titulaire de la précédente invention peut obtenir une licence obligatoire pour exploiter une invention ultérieurement brevetée, lorsque son invention présente une importance plus grande. La concession des licences et l'évaluation de l'indemnité à payer par l'un des titulaires de l'invention à l'autre titulaire sont soumises aux conditions et aux formes prescrites par l'article 30 de la présente loi. La décision du Bureau, à cet égard, est susceptible de recours devant la Cour du contentieux administratif au Conseil d'État, dans le délai de 30 jours à dater de sa notification à l'intéressé ».

[23] D. Gréaux El Sirgany, op. cit, pp. 208 et 209.

ADPIC[24]. Le mécanisme de la licence obligatoire a été repris par les articles 23[25] et 24 du CEPI[26]. Le premier article détermine l'autorité compétente pour octroyer les licences obligatoires ainsi que les motifs pour lesquels de telles licences seront accordées, tandis que le second fixe les conditions d'obtention de la licence obligatoire et les procédures y afférentes[27]. Ainsi, une licence obligatoire dans le secteur pharmaceutique (CEPI, art. 23/deuxièmement) peut être accordée par l'Office égyptien des brevets, après l'accord d'un comitéministériel constitué par un arrêté du Premier ministre et sur demande du ministre de la Santé dans les cas suivants : pour répondre aux besoins du pays, dans les cas de l'insuffisance quantitative ou qualitative de médicaments brevetés ou, de ses prix anormalement élevés ou, si l'invention concerne des médicaments pour les cas critiques, les maladies chroniques ou incurables ou endémiques, ou si l'invention concerne des produits utilisés pour la prévention contre ces maladies, que l'invention concerne les médicaments ou ses procédés de production ou les matières premières essentielles pour sa production, ou le procédé de préparation des matières premières nécessaires pour sa production. Quant à l'article 24/1° du CEPI, il précise que la licence obligatoire aura

[24] H. A. El-Saghir, Chapter 2: "Patents" (The Monograph Egypt), in H. Vanhees (éd.), IEL International Encyclopaedia of Laws for Intellectual Property, Kluwer Law International, Pays - Bas, 2009, p. 99 (en anglais). V. Art. 31 de l'Accord sur les ADPIC.

[25] L'article 23 énumère les cas d'octroi des licences obligatoires en prévoyant que : « L'Office des brevets délivre, après un accord d'un comité ministériel constitué par un arrêté du Premier ministre, des licences obligatoires d'exploitation de l'invention, et le comité fixe les droits pécuniaires dus au breveté lors de la délivrance des licences dans les cas suivants : Premièrement : …….. Deuxièmement : ……. Troisièmement : si le breveté refuse de concéder une licence d'exploitation, quelle que soit la finalité de l'exploitation, malgré les conditions raisonnables qui lui ont été proposées et l'expiration d'un délai raisonnable après la négociation. Dans ce cas, le demandeur de la licence obligatoire doit prouver qu'il a essayé sérieusement d'obtenir une licence volontaire du breveté. Quatrièmement : en cas de non-exploitation du brevet, dans la République Arabe d'Égypte, soit par le breveté soit par un tiers autorisé par le breveté, ou d'une exploitation insuffisante du brevet, malgré l'expiration de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande du brevet ou de trois ans à compter de sa délivrance, au dernier échu de ces termes, ainsi que si le breveté a arrêté l'exploitation de l'invention sans excuse admissible pour une durée de plus d'un an… ». La déclaration ministérielle de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique a rappelé que : « Chaque membre a le droit d'accorder des licences obligatoires et la liberté de déterminer les motifs pour lesquels de telles licences sont accordées ».

[26] V. A. M. Ramadan, L'abus du droit de brevet, étude comparée de droit français et égyptien, thèse Montpellier I, 2012, p. 268 et s. ; S. El-Kalyoubi, op. cit., , p. 266 et s..

[27] V. Les articles 36 à 44 du règlement d'exécution du Livre I, II et IV de la loi n° 82 de 2002 (Décret du Premier ministre n° 1366 de 2003, JO 16 août 2003, n° 33 bis) qui réglementent minutieusement la procédure et les modalités d'octroi de la licence obligatoire. Selon l'article 24 du CEPI : « Les dispositions suivantes seront respectées lors de la concession de la licence obligatoire : 1- La demande de licence obligatoire sera examinée sur la base des circonstances qui lui sont propres, et la licence aura principalement pour objectif d'approvisionnement du marché intérieur ; 2- Le demandeur de licence obligatoire prouve qu'il a fait, dans un délai raisonnable, des efforts sérieux pour obtenir une licence volontaire du détenteur du brevet, contre une rémunération juste, et que ses efforts n'ont pas abouti ; 3- titulaire du brevet a le droit de former un recours contre la décision d'octroi de la licence obligatoire aux tiers devant le comité prévu à l'article 36 de cette loi dans trente jours à partir de sa notification de l'octroi de la licence et, conformément aux modalités et procédures déterminées par le règlement d'exécution ; 4- Le demandeur ou la personne pour laquelle la licence obligatoire sera octroyée soit capable à exploiter l'invention de manière sérieuse dans la République Arabe d'Égypte ; 5- Le détenteur d'une licence obligatoire respecte la portée, les conditions et la durée d'utilisation de l'invention fixées par la décision d'octroi de la licence obligatoire. Si la durée de la licence obligatoire est expirée sans atteindre l'objectif de l'utilisation, l'Office des brevets peut la renouveler ; 6- La licence obligatoire sera utilisée exclusivement par son demandeur, néanmoins l'Office des brevets peut autoriser cette utilisation à des tiers ; 7- le détenteur d'une licence obligatoire n'aura le droit de la cesser aux tiers, sauf avec l'entreprise ou la partie de l'entreprise attachée à l'utilisation de l'invention ; 8- le détenteur du droit aura le droit d'une rémunération juste contre l'exploitation de son invention, compte tenu de sa valeur économique. Le détenteur du droit a le droit de recours contre la décision d'évaluation de cette rémunération devant le comité mentionné dans l'article 36, dans un délai de trente jours à compter de la date dans laquelle la décision lui a été notifiée et selon les modalités et les procédures fixées par le règlement d'exécution de cette loi ; 9- La licence obligatoire se périme à l'expiration de sa durée, néanmoins l'Office des brevets peut annuler la licence obligatoire avant l'expiration de sa durée si les circonstances ayant conduit cessent d'exister et ne se reproduiront vraisemblablement pas, les procédures fixées par le règlement d'exécution seront respectées à cette fin ; 10- Le titulaire du brevet a le droit de demander de mettre fin à la licence obligatoire avant l'expiration de sa durée si les circonstances y ayant conduit cessent d'exister et ne se reproduiront vraisemblablement ; pas 11- Les intérêts légitimes du détenteur de licence obligatoire seront réservés en cas d'y mettre fin avant l'expiration de sa durée ; 12- L'Office des brevets peut modifier les conditions de la licence obligatoire ou l'annuler, d'office ou sur demande formulée par toute personne intéressée, si le licencié ne l'a pas utilisé dans deux ans à compter de la date de son octroi, ou s'il a failli à ses obligations mentionnées dans la licence ».

« principalement » pour objectif l'approvisionnement du marché intérieur [28].

A la lecture des dispositions des articles 23 et 24, nous pouvons faire deux principales observations qui posent de véritables problèmes et interrogations sur le plan pratique. L'octroi des licences obligatoires résulte d'un choix ou d'une décision à caractère politique dans la mesure où l'octroi de telles licences est subordonné à l'accord d'un comité ministériel et sur demande du ministre de la Santé. Par ailleurs, les demandes des licences obligatoires octroyées sont soumises à une procédure extrêmement rigoureuse qui ne permet pas de mettre pleinement à profit le dispositif.

Le « comité ministériel » dont il est question dans l'article 23 du CEPI[29] constitue une nouveauté saugrenue de la loi de 2002 qui ne figurait nullement dans l'ancienne loi de 1949. C'est ainsi que sous l'empire de cette dernière, la décision d'octroyer une licence obligatoire était placée exclusivement entre les mains de l'Office des brevets. Il nous semble que cette nouveauté a vidé la licence obligatoire de son sens et rend son régime quasiment caduc. Sans surprise, le mécanisme est resté lettre morte jusqu'à nos jours puisque l'arrêté du Premier ministre qui devait mettre en place ledit comité ministériel n'a jamais vu le jour ! À vrai dire, la pratique nous enseigne que même si l'Office des brevets procède à l'examen des demandes de licences obligatoires, il ne peut les délivrer qu'après l'accord du comité ministériel. Il sera en outre difficile de traiter les demandes de licences obligatoires, car il s'agit d'une procédure lourde en pratique qui ne pourra pas éviter le piège de la bureaucratie égyptienne du fait de la nature très spéciale du comité.

En dépit des dispositions visant à promouvoir les intérêts des sociétés pharmaceutiques nationales face aux pratiques monopolistiques, la « flexibilité » des licences obligatoires prévue par les articles 23 et 24 du CEPI est restée lettre morte, en raison principalement des pressions énormes exercées par les grandes entreprises pharmaceutiques multinationales à l'encontre du ministre de la Santé, qui l'ont conduit à hésiter à recourir aux licences obligatoires dans des situations d'urgence. Pis encore, plus de quatorze ans se sont écoulés depuis la promulgation du CEPI, voire même de l'ancienne loi de 1949[30], sans qu'aucune licence obligatoire ne soit accordée à ce jour. La difficulté réside dans le fait que la décision portant la mise en place du comité ministériel n'a jamais vu le jour.

Il est surprenant de constater que le ministre de la Santé n'ait jamais osé demander l'octroi d'une licence obligatoire à titre de sanction de comportements anticoncurrentiels des entreprises pharmaceutiques multinationales ou sur la base du prix anormalement élevés des médicaments.

En effet, lorsque la licence obligatoire est délivrée dans ce cadre, elle est dispensée de satisfaire aux conditions de négociation préalable ou de l'expiration d'un certain délai après la négociation, même si la licence obligatoire n'a pas pour finalité de satisfaire les besoins du marché intérieur [31].

B. Les remèdes juridico-politiques à l'ineffectivité du régime : proposition de solutions pratiques

Il est donc temps de s'interroger sur les raisons de l'étonnante inaction du ministre de la Santé en matière de licence obligatoire[32], arme stratégique

[28] V. Sur cette question : P. Arhel, Rép. internat. Dalloz, v° Propriété intellectuelle : OMC, préc., n° 165 s.

[29] Cette solution s'explique par le fait que l'Académie de la recherche scientifique et de la technologie (ARST) et le ministre en charge (depuis 1986, l'ARST est affiliée au ministère de la Recherche scientifique) ont souhaité ne pas assumer l'entière responsabilité d'une telle décision avec les conséquences qui en découlent. Il convient de remarquer que l'Office égyptien des brevets est un organisme de l'Académie de la recherche scientifique et de la technologie. Il a été placé sous la tutelle de l'ARST par le décret présidentiel n° 543 du 19 avril 1969. L'Office est financé par l'ARST et il a à sa tête un président qui est sous-secrétaire d'un président de l'Académie. V. Y. Omar Amine, « Lettre d'Égypte », préc., p. 360, note 15.

[30] D. Gréaux El Sirgany, op. cit, p. 208.

[31] L'article 31 de l'Accord sur les ADPIC prévoit que : « Dans les cas où la législation d'un Membre permet d'autres utilisations de l'objet d'un brevet sans l'autorisation du détenteur du droit, y compris l'utilisation par les pouvoirs publics ou des tiers autorisés par ceux-ci, les dispositions suivantes seront respectées (...) ».

[32] P. Arhel souligne à juste titre que : « Les pays en développement utilisent les licences obligatoires moins souvent qu'on ne le croit en général. Plusieurs raisons sont avancées,

permettant de faire face aux grandes entreprises pharmaceutiques qui se livrent à des pratiques monopolistes et anticoncurrentielles[33] sur le marché égyptien. L'Inde donne un parfait exemple de l'intérêt des licences obligatoires pour avoir octroyé pour la première fois, en 2012, une licence obligatoire au laboratoire Natco en vue de fabriquer et commercialiser le générique d'un traitement anticancéreux mis au point par le laboratoire allemand Bayer[34].

La pratique nous révèle qu'en bien des cas, une licence obligatoire s'imposait dans la mesure où elle aurait pu répondre aux besoins du pays, dans les cas de l'insuffisance quantitative ou qualitative de médicaments brevetés ou, de ses prix anormalement élevés. Prenons le problème vital du virus de l'Hépatite C (VHC)[35] qui sévit tout particulièrement en Égypte[36]. Récemment, le Centre égyptien du droit à l'accès aux médicaments a préconisé au gouvernement égyptien d'intervenir dans cette question vitale, afin que le médicament soit disponible à un prix moyen, à la portée du patient égyptien. L'un des plus célèbres traitements de l'hépatite C est le médicament sofosbuvir intitulé « Sovaldi » de l'entreprise américaine Gilead Sciences Inc. Le coût de l'importation de ce médicament est particulièrement onéreux. Le patient a besoin d'un traitement pour une période d'au moins trois mois. Le coût par habitant de médicaments importés atteint jusqu'à quatre-vingt mille dollars. Il en est de même pour le traitement du diabète.

La fabrication et la production du médicament sont une question importante qui peut affecter la sécurité nationale, impliquant sans aucun doute l'intervention de l'État afin de protéger les entreprises qui importent la substance active en vue

pour expliquer cette désaffection : (i) absence des moyens administratifs et juridiques nécessaires pour adopter et mettre en œuvre une licence obligatoire ; (ii) craintes de mesures de rétorsion ou des conséquences financières d'un contentieux initié par le titulaire du brevet ; (iii) obligation de réserver les produits « principalement » pour le marché national ; (iv) absence de savoir-faire pour fabriquer le produit sans la coopération du titulaire du brevet ; (v) absence d'une vue exacte de l'existence de brevets relatifs à un médicament spécifique ; (vi) pressions des pays développés visant à limiter l'usage des licences obligatoires par les pays en développement à certaines situations d'urgence ou à certaines maladies ; (vii) présence dans les accords commerciaux de clauses limitant l'utilisation des licences obligatoires »: Rép. internat. Dalloz, v° Propriété intellectuelle : OMC, préc., n° 156.

[33] Par ailleurs, une licence obligatoire d'exploitation de l'invention peut être délivrée comme remède à des pratiques anticoncurrentielles dans le cas suivant : Cinquièmement : s'il est prouvé que le breveté abuse de ses droits ou s'il les exerce de manière anticoncurrentielle. Est considéré comme tels : 1- L'exagération dans la fixation des prix de vente des produits protégés ou la discrimination entre les clients en ce qui concerne les prix et les conditions de la vente; 2- L'abstention de mettre le produit protégé sur le marché, ou sa mise sur le marché à des conditions injustes; 3- L'arrêt de la production du produit protégé ou sa production en quantité ne réalisant pas la proportion entre la capacité de production et le besoin du marché ; 4- Les comportements et les actes affectant la liberté de la concurrence de manière négative selon les règles juridiques édictées; 5- L'exercice des droits conférés par la loi de manière portant atteinte au transfert de la technologie. V. M. A. Ramadan, thèse préc., p. 186 et s., qui souligne que « La raison de cette énumération non exhaustive des pratiques anticoncurrentielles est que la loi égyptienne de concurrence n° 3/ 2005 est apparue postérieurement à celle de la propriété intellectuelle. Les termes génériques de l'article 23/cinquièmement (4) visaient à ne pas limiter la liberté du législateur dans la détermination des pratiques anticoncurrentielles dans le droit de la concurrence » ; A. Ramadan et H. Al Kassas, « L'abus du droit de brevet », Revue de l'Administration des contentieux de l'État, 2010, numéro spécial, Le Code Civil en 60 ans, n° 34, p. 176. V. La loi n° 3 de 2005 sur la protection de la concurrence et l'interdiction des pratiques monopolistiques modifiée par les lois n° 190 de 2008 (JO 22 juin 2008, n° 25bis (A) et n° 56 de 2014 (JO 2 juill. 2014, n° 26 bis(h). En vertu de laquelle, une Autorité de la protection de la concurrence et l'interdiction des pratiques monopolistiques a été mise en place (art. 11). Ainsi, une procédure peut être envisagée devant cette autorité, également compétente pour examiner de telles pratiques. Or, il convient de noter que cette loi ne réglemente pas les rapports entre la propriété intellectuelle et la concurrence (V. H. El-Saghir, The Monograph Egypt, IEL Intellectual Property, préc., p. 99, note 4).

[34] V. L. Marino, « Chronique de jurisprudence de droit de la propriété intellectuelle (15 janv. 2012-15 mai 2012) », Gaz. Pal. 2012, n° 291, p. 20. (Décision consultable sur http://www.ipindia.nic.in/ipoNew/compulsory_License_1203 2012.pdf). V. P. Arhel, « Propriété intellectuelle et droit de la concurrence : réflexions des autorités indiennes sur le recours à la licence obligatoire », Propr. industr. 2010, n° 12, étude 17.

[35] V. C. Jewell, « La détermination de Gilead à éradiquer l'hépatite C », Magazine de l'OMPI, févr. 2015, n° 1, pp. 2-5.

[36] L'Égypte est l'un des pays subissant un des taux les plus élevés au monde d'infection chronique, jusqu'à 22 % dans certaines régions selon l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) en 2012. V. N. Belhatem, « Un virus hautement politique », Le quotidien égyptien Al Ahram Hebdo, 26 mars 2014; H. Afifi, « Sovaldi : faut-il croire au miracle ? », Al Ahram Hebdo, 29 oct. 2014.

d'une fabrication locale. A cet égard, il convient de noter que l'Office égyptien des brevets avait rejeté la demande de brevet formulée par Gilead sur le sofosbuvir pour défaut de nouveauté et d'activité inventive [37]. À l'époque, plusieurs entreprises pharmaceutiques égyptiennes ont alerté l'opinion publique et une grande campagne, appuyée par les Médecins sans frontières (MSF), l'OMS et l'Alliance internationale pour la santé du foie (AISF), a été lancée afin de permettre l'accès au nouveau médicament pour lutter contre l'Hépatite C.

Ne détenant aucun brevet en Égypte suite au refus de sa demande par l'Office des brevets, cette situation a ouvert la voie au ministère égyptien de la Santé de renégocier les prix à la baisse. Ainsi, entamant des pourparlers avec la sociétéaméricaine Gilead Sciences Inc., le ministère de la Santé a réussi à conclure un accord au mois de juillet 2014. Il est ainsi parvenu à réduire le coût du traitement et à négocier l'un des prix les plus bas au monde, à savoir 300 dollars (2200 L.E.) pour un flacon de Sovaldi, soit 900 dollars pour un traitement de 12 semaines, au lieu de 28000 dollars pour la boîte vendue aux États-Unis. Au titre des accords en vigueur, 50 000 patients bénéficieront d'un traitement jusqu'à la fin de l'année 2015[38].

Pour remédier aux problèmes qui réduisent considérablement l'efficacité de la licence obligatoire, deux solutions, qu'il convient d'explorer, sont envisageables.

Sur le plan législatif, la première solution consiste en la modification de l'article 23 du CEPI. Il est intéressant de savoir qu'un comité, récemment mis en place par le Président de l'Académie de la recherche scientifique et de la technologie (ARST)[39] au début de l'année 2016, est actuellement chargé d'étudier et de modifier les dispositions du Livre I du CEPI. Il envisage de modifier diverses dispositions relatives aux brevets d'invention qui s'inscrivent dans une perspective de développement[40]. Les membres de ce comité entendent notamment faciliter le recours à la licence obligatoire. Il est envisagé de supprimer le libellé suivant : « après un accord d'un comité ministériel constitué par un arrêté du Premier ministre » qui s'est avéré un obstacle depuis longtemps pour la mise en œuvre du dispositif [41].

La seconde solution possible pour mettre en œuvre ce mécanisme sur le plan pratique est d'origine judiciaire. Elle consiste à s'efforcer d'obtenir au préalable une licence volontaire du titulaire du brevet dominant et de démontrer ensuite ledit refus ainsi que l'échec des tentatives d'obtenir amiablement une licence selon la voie classique, malgré les conditions et les modalités raisonnables qui lui ont été proposées par le demandeur et l'expiration d'un délai raisonnable après la négociation. Naturellement, cette décision ne pourra être prise que par l'Office des brevets qui s'adressera par la suite au ministre compétent. En l'absence du comité ministériel susmentionné, aucune demande en la matière ne pourra être traitée. En fin de compte, après l'expiration d'un délai de 60 jours, il sera possible de former un recours pour annuler la décision administrative négative ou positive devant le tribunal du

[37] Il convient de noter que plusieurs oppositions ont été formées au brevet accordé au laboratoire Gilead pour son sofosbuvir (Sovaldi®) auprès de l'Office européen des brevets (OEB) en s'appuyant sur les décisions d'offices nationaux des brevets en particulier celles de l'Égypte refusant d'octroyer un brevet à Gilead pour son sofosbuvir. La Chine, l'Inde et l'Ukraine ont également rejeté les demandes de brevet de Gilead. V. L'opposition de Médecins du Monde (MdM) au brevet EP 220346 sur le sofosbuvir détenu par le laboratoire Gilead, 13 oct. 2016.

[38] Aujourd'hui, il existe sur le marché égyptien près de dix versions génériques du traitement de l'Hépatite C à des prix abordables.

[39] L'arrêté du Président de l'ARST n° 30 de 2016 portant composition d'un comité chargé d'étudier et de modifier les dispositions du Livre I de la loi relative à la protection des droits de propriété intellectuelle.

[40] Notamment dans le cadre de l'agenda de l'OMPI pour le développement adoptée lors de l'Assemblée générale de l'OMPI en 2007. V. Sur cette question: T. M. Sanou, « L'agenda de l'OMPI pour le développement : vers une réforme de la propriété intellectuelle ×? »RIDE 2009, n° 2, t. XXIII, 2, pp.175-218.

[41] L'une des autres solutions possibles sur le plan technique, qui implique une intervention législative, est de substituer le comité du secrétariat technique institué par le Président de l'ARST, en tant qu'un comité spécialisé doté de personnels compétents, au Comité ministériel pour se pencher sur les demandes de licences obligatoires. V. L'article 37 du règlement d'exécution de la loi.

contentieux administratif qui se penchera à son tour sur la demande de licence.

Enfin, il ne reste plus qu'à s'interroger : pourquoi l'Égypte a-t-elle renoncé au mécanisme de la licence obligatoire depuis 1949 ? L'Égypte cédera-t-elle aux pressions des entreprises multinationales pharmaceutiques ? Après le Brésil, la Thaïlande et l'Inde, l'Égypte va-t-elle prendre une telle initiative ? L'avenir nous le dira…

II. Les effets négatifs de la pratique du « patent linkage » sur la production des médicaments : délimitation des contours entre la procédure d'AMM et la protection par un brevet

L'un des obstacles essentiels à l'accès aux médicaments auquel est confronté le marché des génériques est la pratique connue sous l'appellation de « patent linkage »[42]. Cette pratique consiste à lier la protection du brevet à la procédure d'enregistrement et d'autorisation de mise sur le marché (AMM) des médicaments auprès du ministère de la Santé[43]. Le flou qui règne autour de cette notion a soulevé de nombreux problèmes et continue de générer un contentieux abondant. Les grands laboratoires sont à l'initiative de ce contentieux et tentent de mettre en œuvre leurs droits sur les médicaments brevetés pour faire obstacle au développement du secteur des médicaments génériques dont les prix sont sensiblement inférieurs à celui des princeps. S'il n'existe pas encore de jurisprudence en la matière, il convient de remarquer que celle-ci est en voie de formation. Plusieurs actions ont été intentées devant le Tribunal du contentieux administratif au Conseil d'État, ainsi que devant la Cour économique du Caire et celle de Tanta[44]. Aussi paradoxal soit le patent linkage, il convient de s'interroger sur les difficultés pratiques importantes suscitées par l'exception dite « Bolar » (B) car sa mise en œuvre nous montre qu'elle aboutit sans doute à des résultats préjudiciables dans la pratique au détriment des génériqueurs, engendrant une grande insécurité juridique dans le domaine de l'accès aux médicaments, et ce, en dépit de la consécration législative de l'exception « Bolar » (A).

[42] V. R. Bhradwaj, K. D. Raju et M. Padmavati, « The impact of patent linkage on marketing of generic drugs », JIPR, vol. 18, juill. 2013, pp. 316-322 ; R. A. Bouchard, R. W. Hawkins, R. Clark, R. Hagtvedt et J. Sawani, « Empirical Analysis of Drug Approval-Drug Patenting Linkage for High Value Pharmaceuticals », 8 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 174 (2010).

[43] La procédure d'enregistrement et d'autorisation de mise sur le marché des médicaments auprès du ministère de la Santé fait l'objet d'une réglementation minutieuse : V. L'arrêté du Ministre de la santé et de la population n° 113/2004 concernant les règles et les procédures de délivrance d'autorisation de commercialisation des produits pharmaceutiques (JO 29 mai 2004, n° 117) ; l'arrêté ministériel n° 191/2005 relatif à la réglementation des procédures de réenregistrement des produits pharmaceutiques ; l'arrêté ministériel n° 370/2006 relatif à la réorganisation des procédures d'enregistrement des produits pharmaceutiques ; l'arrêté du Ministre de la santé n° 296 de 2009 relatif à la réglementation des règles et des procédures d'enregistrement des produits pharmaceutiques à usage humain ; les arrêtés ministériels n°s 575, 645/2012 et n° 342/2014 portant modification des dispositions relatives aux règles et aux procédures d'enregistrement des produits pharmaceutiques à usage humain. L'arrêté du Ministre de la santé n° 425/2015 relatif à la réorganisation des règles et des procédures d'enregistrement des produits pharmaceutiques à usage humain est venu abroger les arrêtés ministériels n° 296 de 2009, n°s 575, 645 de 2012 et n° 342 de 2014 (JO 15 juillet 2015, n° 154 suite, art. 2). L'article 59 de la loi n° 127 de 1955 relative à l'exercice de la profession de pharmacien prévoit qu' : « Il est interdit de mettre sur le marché des produits pharmaceutiques, qu'ils aient été préparés localement ou importés de l'étranger, qu'après avoir été enregistrés auprès du ministère de la Santé publique ».

[44] À l'heure actuelle, les juridictions égyptiennes sont saisies de plusieurs affaires qui n'ont pas encore été tranchées. À titre d'exemple, les affaires suivantes ont été intentées par le grand laboratoire pharmaceutique américain Merck Sharp & Dohme Corp. contre la société égyptienne Marcyrl Pharmaceutical Industries devant le Tribunal du contentieux administratif (1re ch., anciennement 7e ch. des litiges économiques et des investissements spécialisées dans le contentieux des brevets) d'une part : aff. n° 3233/68e A.J. ; aff. n° 3781/69e A.J. ; et d'autre part, devant la Cour économique du Caire et celle de Tanta : Cour économique du Caire (7e ch.), aff. n° 154 de 2014 (ch. 8e appel) Appel n° 715/7e A.J. ; Cour économique de Tanta (ch. correctionnelle), délits n°s 101 et 1599 de 2015. Par ailleurs, plusieurs affaires ont été intentées par les sociétés Novartis AG et Novartis Pharma contre la société égyptienne Hikma Pharmaceuticals Egypt devant le Tribunal du contentieux administratif (1re ch.) d'une part : aff. n° 57887/68e A.J. ; aff. n° 57889/68e A.J. ; aff. n° 57890/68e A.J. ; aff. n° 3770/70e A.J. ; aff. n° 17691/70e A.J. et d'autre part, devant la Cour économique du Caire (4e ch. d'appel) : aff. n° 25/6e A.J.

A. La consécration législative cohérente de l'exception dite « Bolar »

Si l'Office des brevets est compétent pour délivrer des brevets pour des produits pharmaceutiques, il revient au ministère de la Santé d'autoriser la mise sur le marché des produits pharmaceutiques brevetés. L'une et l'autre – la délivrance du brevet et l'AMM – ne sont pas nécessairement liées[45]. Le certificat de brevet d'invention indique en effet que la délivrance d'un brevet portant sur un brevet pharmaceutique n'emporte pas le droit de commercialiser le produit breveté en Égypte. Celui-ci est subordonné à l'accomplissement des procédures administratives en vigueur pour l'obtention de l'AMM en Égypte auprès des ministères concernés. En revanche, il est possible de lier les deux sous une forme plus stricte, à savoir la demande de commercialisation à la protection du brevet afin d'empêcher de porter atteinte aux droits du titulaire du brevet, voire même interdire la délivrance à un tiers d'une AMM, et ce, en identifiant les brevets qui portent sur chaque produit pharmaceutique faisant l'objet d'une demande relative à un médicament générique visant ce produit durant la période de protection du brevet dans le cadre du processus d'autorisation de mise sur le marché selon les défenseurs du patent linkage

Or, le CEPI interdit expressément cette pratique[46]. Le législateur a adopté l'exception pour l'examen réglementaire dite « Bolar »[47] prévue à l'article 10/5°[48], destinée à faciliter la mise sur le marché des médicaments génériques, garantissant ainsi

[45] V. L'excellente étude intitulée : « Promouvoir l'accès aux technologies médicales et l'innovation. Intersections entre la santé publique, la propriété intellectuelle et le commerce », établi par l'OMS, l'OMPI et l'OMC, 2013, p. 207.

[46] En témoigne le document établi par le ministère égyptien de la Santé avec la collaboration de l'OMS intitulé : Egypt Pharmaceutical Country Profile, juill. 2011, aux termes duquel: « There are no legal provisions for data exclusivity for pharmaceuticals, patent term extension or linkage between patent status and marketing authorization ». V. Dans le même sens : le procès-verbal de la réunion du comité consultatif de la propriété intellectuelle en date du 10 octobre 2013 (arrêté du Ministre de la santé n° 418 de 2009).

[47] V. Du nom de l'affaire Roche Products c/ Bolar Pharmaceuticals, 733 F.2d. 858 (Fed. Cir. 1984). Adde Merck KGaA c/ Integra Lifesciences I, Ltd, 545 U.S. 193 (2005). V. L'affaire Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques (DS114). L'exception dite «pour l'examen réglementaire » et l'exception dite « pour le stockage » prévue par la Loi du Canada sur les brevets (article 55.2 1 / article 55.2 2) était contestée par les Communautés européennes, au motif qu'elle n'était pas compatible avec l'article 27:1 de l'Accord sur les ADPIC, et qu'elle n'était pas couverte par l'exception prévue à l'article 30 dudit accord et qu'elle n'était donc pas compatible avec son article 28:1. Au titre de cette exception pour l'examen réglementaire, les concurrents potentiels du titulaire d'un brevet ont l'autorisation d'utiliser l'invention brevetée, sans le consentement du titulaire du brevet pendant la durée de celui-ci, afin d'obtenir des pouvoirs publics l'approbation de commercialisation, de sorte qu'ils auront l'autorisation réglementaire de vendre dans des conditions de concurrence avec le titulaire du brevet à la date d'expiration du brevet. Le groupe spécial de l'OMC, dans son rapport adopté le 17 mars 2000, a considéré que cette exception était conforme à l'Accord sur les ADPIC, notamment à l'article 30. V. Sur l'exception dite « Bolar » : P. Véron, «L'exception d'usage expérimental et l'exception "Bolar" », Propr. intell. 2016, n° 59, p. 170 ; M. Abello et G. Dubos, «L'exception Bolar : apports et incertitudes de la jurisprudence Lilly c. Sanofi », Décideurs Juridiques et Financiers 2016, n° 178, pp. 20-21 ; « Promouvoir l'accès aux technologies médicales et l'innovation. Intersections entre la santé publique, la propriété intellectuelle et le commerce », préc., p. 192. Selon un rapport de l'OMPI de 2010 (CDIP/5/4, annexe II), 48 pays prévoient cette exception dans le cadre des lois sur les brevets.

[48] En France, l'exception «Bolar » est prévue à l'article L. 613-5 du CPI (ajouté par la loi française n° 2007-248 du 26 février 2007 transposant en droit français la directive n° 2004/27 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004) qui prévoit que : « Les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas aux études et essais requis en vue de l'obtention d'une autorisation de mise sur le marché pour un médicament, ainsi qu'aux actes nécessaires à leur réalisation et à l'obtention de l'autorisation ». V. Pour une application jurisprudentielle : TGI Paris, ord. référé rétractation, 7 oct. 2014 ; TGI Paris, ord. référé, 15 déc. 2014, Aff. Sanofi-Aventis Deutschland c/ Lilly France, RTD com 2015, 93, obs. J.-C. Galloux. Par ailleurs, l'article L. 5121-10 C. santé publ. prévoit que : « Pour une spécialité générique définie au 5° de l'article L. 5121-1, l'autorisation de mise sur le marché peut être délivrée avant l'expiration des droits de propriété intellectuelle qui s'attachent à la spécialité de référence concernée. Le demandeur de cette autorisation informe le titulaire de ces droits concomitamment au dépôt de la demande. Lorsque l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé a délivré une autorisation de mise sur le marché d'une spécialité générique, elle en informe le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché de la spécialité de référence. Le directeur général de l'agence procède à l'inscription de la spécialité générique dans le répertoire des groupes génériques au terme d'un délai de soixante jours, après avoir informé de la délivrance de l'autorisation de mise sur le marché de celle-ci le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché de la spécialité de référence. Toutefois, la commercialisation de cette spécialité générique ne peut intervenir qu'après l'expiration des droits de propriété intellectuelle, sauf accord du titulaire de ces droits. Préalablement à cette commercialisation, le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché de la spécialité générique informe le directeur général de l'agence des indications, formes pharmaceutiques et dosages de la spécialité de référence pour lesquels les droits de propriété intellectuelle n'ont pas expiré. Aux seules fins d'en garantir

l'indépendance des deux procédures. En effet, cet article n'interdit pas de réaliser préalablement une procédure d'enregistrement d'un générique pendant la période de protection du brevet, afin que les génériques puissent faire leur entrer sur le marché dès l'échéance du brevet.

Le rapport du comité mixte[49] du projet de loi portant promulgation du CEPI avait explicité les motifs de l'introduction d'une telle exception dans les termes suivants : « Le projet de loi et les amendements de la Commission ont mis au point un ensemble de principes importants visant à atténuer au maximum les effets négatifs que peut subir l'industrie pharmaceutique suite à la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC, en tenant compte de la nécessité de préserver la santé publique par le biais de: 1- … 2- … 3- … 4- … 5- … 6- … 7- La possibilité des entreprises pharmaceutiques concurrentes de fabriquer les médicaments brevetés durant la période de protection sans pour autant les stocker afin de commencer la production et la commercialisation dès l'expiration de la durée de protection ».

La délivrance d'un brevet et l'octroi de l'AMM sont des questions distinctes. Il ne faudrait donc pas établir un lien entre les deux au risque de transformer le ministère de la Santé en agent de police judiciaire chargé de contrôler a priori le respect des droits de propriété intellectuelle en application des dispositions du CEPI. L'enregistrement du médicament au sein du ministère de la Santé n'est nécessaire que pour garantir, entre autres, la sécurité, la qualité, l'innocuité et l'efficacité clinique qui sert à certifier que le médicament en cause est conforme aux normes prescrites[50]. Dans ce cadre, n'est pas prise en compte l'identité des fabricants qui demandent l'homologation d'une version générique du médicament princeps, protégé ou non par un brevet. Il n'est en outre pas nécessaire d'obtenir le consentement des détenteurs de brevets. En un mot, il importe peu que le demandeur de l'enregistrement du médicament soit titulaire ou non du brevet[51] en vue d'obtenir l'approbation réglementaire pour ses produits génériques.

Le rapport du comité mixte a ainsi également mis l'accent sur le fait que : « L'obtention pour l'inventeur d'un brevet d'invention sur un nouveau médicament – si les trois conditions de brevetabilité sont remplies – n'a pas pour effet d'empiéter sur le droit du ministère de la Santé ou de restreindre son pouvoir d'appréciation de la validité du médicament à des fins de commercialisation. Dès lors, l'obtention pour l'inventeur de l'approbation de la commercialisation pour le médicament breveté est subordonnée aux exigences des procédures administratives d'examen et d'essai qui en résultent, réalisées par le ministère de la Santé selon les règles fixées par les lois, règlements et arrêtés qui réglementent le contrôle et la surveillance des

la publicité, le directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé tient disponible au public la liste des titres de propriété intellectuelle attachés à une spécialité de référence si le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché de cette spécialité la lui a communiquée à cet effet. Le laboratoire est seul responsable de l'exactitude des informations fournies ». V. Sur cette question en droit français : J.-P. Clavier, « L'accès au médicament breveté », Cahiers Droit, Sciences & Technologies 2010, n° 3, p. 179 ; J. Azéma, Médicament et brevet, J.-Cl. Brevets, fasc. 4280, 2008, n° 33 s.

[49] Rapport du comité mixte, préc., pp. 16-17.

[50] Selon l'article 8 de la loi n° 17-04 portant Code du médicament et de la pharmacie (promulgué par le Dahir marocain n° 1-06-151 du 22 novembre 2006, Bulletin officiel, 7 déc. 2006, n° 5480) « L'autorisation de mise sur le marché ne peut être délivrée que si le médicament a satisfait au préalable à une expérimentation appropriée visant à : 1. mettre en évidence l'efficacité du médicament ; 2. garantir son innocuité dans des conditions normales d'emploi ; 3. démontrer son intérêt thérapeutique ; 4. établir la bioéquivalence lorsqu'il s'agit d'un médicament générique. En outre, le fabricant ou l'importateur doit justifier : - qu'il a fait procéder à l'analyse qualitative et quantitative du médicament ; - qu'il dispose effectivement d'une méthode de fabrication et de procédés de contrôle de nature à garantir la qualité du produit au stade de la fabrication industrielle ».

[51] V. L'arrêté du Ministre de la santé et de la population n° 113/2004 relatif à la délivrance d'autorisation de mise sur le marché pour les produits pharmaceutiques. V. Pour une présentation générale de l'exception «Bolar » dans le monde : A. Tridico, J. Jacobstein et L. Wall, «Faciliter la fabrication des médicaments génériques : les exceptions Bolar dans le monde », Magazine de l'OMPI, juin 2014, n° 3, pp. 17-20 ; Rapport de synthèse, L'influence des questions de santé publique sur les droits exclusifs de brevet (Question Q202), AIPPI, Boston, 2008. Add Le document intitulé : « Éléments de flexibilité relatifs aux brevets dans le cadre juridique multilatéral et leur mise en œuvre législative aux niveaux national et régional », OMPI, CDIP/5/4 Rev., 18 août 2010, p26 et s.

médicaments pour assurer leur validité. L'examen effectué par le ministère de la Santé vise à examiner la validité du médicament pour le traitement des maladies ou à prévenir tout risque potentiel de survenue d'effets secondaires indésirables qui peuvent en résulter à la lumière des normes internationales ; cet examen est tout à fait différent de celui effectué par l'Office des brevets à l'égard des demandes qui lui sont soumises pour rechercher si les trois conditions susmentionnées pour l'obtention d'un brevet sont remplies, à savoir: la nouveauté, l'activité inventive, et la susceptibilité d'application industrielle [52] »[53].

C'est dans cette perspective que l'article 10/5° du CEPI autorise les actes accomplis par les tiers en vue de l'obtention de l'AMM d'un médicament avant l'expiration du brevet princeps. Si l'article 10, alinéa 1er du CEPI confère au titulaire du brevet le droit d'interdire aux tiers d'exploiter par n'importe quel moyen l'invention brevetée [de fabriquer, utiliser, offrir à la vente, vendre ou importer à ces fins], certains actes, accomplis par des tiers, ne portent pas atteinte aux prérogatives du titulaire du brevet, telles que la fabrication, la composition, l'utilisation et la vente par des tiers du produit protégé au cours de la période de protection, et ce, en vue de l'obtention d'une autorisation de commercialisation[54], à condition que la commercialisation ne débute qu'après l'expiration de cette période[55].

B. Les difficultés et les incohérences pratiques de la mise en œuvre de l'exception « Bolar »

Cependant, en pratique, il n'en est rien. Les conditions et les effets de la délivrance d'un brevet ne sont pas indépendants et distincts de la délivrance de l'AMM pour la commercialisation des produits pharmaceutiques. Selon la réglementation mise en place par l'arrêté du ministre de la Santé n° 296 de 2009, relatif à la réglementation des règles et des procédures d'enregistrement des produits pharmaceutiques à usage humain abrogée par l'arrêté du ministre de la Santé n° 425 de 2015, le générique doit mentionner dans sa demande qu'il se conforme aux dispositions du CEPI ! C'est dans ces conditions que l'article 14 de l'arrêté du ministre de la Santé n° 425 de 2015, relatif à la réorganisation des règles et des procédures d'enregistrement des produits pharmaceutiques à usage humain, a prévu que : « Le titulaire du produit est tenu de : 1- présenter un engagement conformément à l'annexe n° 14 aux termes duquel il s'engage à respecter les dispositions de la loi sur la protection de la propriété intellectuelle n° 82 de 2002 et ses règlements d'exécution sans aucune responsabilité sur le ministère de la Santé »[56].

---

[52] V. Y. Omar Amine, « Lettre d'Égypte », préc., p. 361 et s.

[53] Le rapport du comité mixte, préc., pp. 18-19.

[54] V. Pour des applications jurisprudentielles en France : La jurisprudence française considère que la publication d'une demande d'AMM de médicament ne constitue pas un acte de contrefaçon (Cass. com., 24 mars 1998, pourvoi n° 96-21079, Bull civ. 1998. IV, n° 110, p. 88, aff. Promedica & Chiesi c/ Allen & Handburys, JCP, éd. E 1999.418, n° 25, obs. J.-M. Mousseron ; D. 1999, somm. 131, obs. J.-C. Galloux ; PIBD 1998, n° 656, III, p. 320, RDPI 1998, p. 43 ; RTD com 1998, p. 587, obs. J. Azéma). Adde TGI Paris, ord. 4 juill. 1997, PIBD 1997, 640, III, p. 527. V. J. Schmidt-Szalewski et J. M. Mousseron, Rép. com. Dalloz, v° Brevet d'invention, 2003, n° 452; C.. Le Stanc, J-Cl. Pénal des Affaires, Fasc. 30, 2004, n° 55; TGI Paris, 3e ch., 20 févr. 2001, PIBD 2001, n° 729, III, 530, 12 oct. 2001, PIBD 2002, n° 739, III, p. 155, 25 janv. 2002, PIBD 2002, n° 747, III, p. 342 ; CA Paris, 4e ch., 3 juill. 2002, PIBD 2003, n° 756, III, p. 93, 7 oct. 2005, PIBD 2005, n° 819, III, p. 685 ; CA Paris, 14 ch., A, 27 janv. 1999, RG 1998/51745 ; CA Lyon, 5 mars 1992, PIBD 1992, n° 525, III, p. 363 ; V. également: P. Véron, RD propr. intell. 1999, n° 104, p. 15 et n° 107, p. 17 ; RDPI 2000, n° 107, p. 31 ; M. Cousté et F. Jonquères : Propr. industr. 2002, chron. 7, P. Véron, « Contrefaçon de brevet d'invention, usage expérimental et essais cliniques», Gaz. Pal 2000, nos 352 à 354, p. 12.

[55] V. P. Véron, « Les essais cliniques en vue de la mise sur le marché d'un médicament générique ne peuvent être conduits avant l'expiration des droits de propriété industrielle sur le médicament princeps - Commentaire de l'article 31 de la loi n° 99-1140 du 29 décembre 1999 de financement de la sécurité sociale pour 2000 », Gaz. Pal 2000, nos 292-293, p. 9.

[56] L'article 11 de l'ancien arrêté du Ministre de la santé n° 296 de 2009 relatif à la réglementation des règles et des procédures d'enregistrement des produits pharmaceutiques à usage humain prévoyait que : « Le titulaire du produit est tenu de : « 1- présenter un engagement conformément à l'annexe n° 9 aux termes duquel il s'engage à respecter les dispositions de la loi sur la protection de la propriété intellectuelle n° 82 de 2002 et qu'en cas de constat de violation au titre de la loi susmentionnée, il en assume entièrement la responsabilité; l'Administration centrale des affaires pharmaceutiques dispose du droit d'annuler l'approbation de la continuation dans les procédures d'enregistrement ou d'annuler l'enregistrement sur la recommandation du vice-ministre des Affaires pharmaceutiques et sur l'approbation du Ministre de la santé de cette recommandation ».

Cet article - qui suscite des problèmes - s'explique certainement par la volonté du ministère de la Santé de dégager entièrement sa responsabilité, qui peut être retenue du fait de la violation des dispositions du CEPI, au risque d'être impliqué dans les affaires qui sont portées devant le Tribunal du contentieux administratif en tant que partie à l'instance. Or, il nous semble qu'il est impératif d'abroger cet article qui est à l'origine de plusieurs contentieux judiciaires. Les grandes entreprises pharmaceutiques, titulaires de médicaments brevetés, invoquent souvent cet engagement pour obtenir l'annulation de la décision de l'Administration centrale des affaires pharmaceutiques (CAPA) [57] portant approbation de l'autorisation de commercialisation des médicaments génériques, au motif que ladite approbation porte atteinte à leurs droits exclusifs sur le brevet, et ce, en dépit de l'exception « Bolar » consacrée expressément par l'article 10/5° du CEPI.

Par ailleurs, les grandes entreprises pharmaceutiques estiment que les fabricants de génériques ne peuvent pas se prévaloir d'une telle exception dans la mesure où la simple signature de cet engagement fait peser sur le ministère de la Santé l'obligation de traiter le requérant de la demande d'enregistrement comme étant le seul propriétaire apparent du produit. Or, cette interprétation ne nous semble pas convaincante. Cet engagement n'est qu'une simple mesure de précaution qui ne saurait être interprétée d'une manière détournée au détriment des dispositions du CEPI. Il nous semble que cet engagement n'est pas conforme à l'esprit de la loi de 2002 qui consacre expressément l'exception « Bolar », en tant que disposition spéciale dérogeant aux règles générales édictées par l'arrêté précité du ministre de la Santé n° 425 de 2015. Par ailleurs, il est inutile de rappeler que la commercialisation des médicaments génériques se fait sous la seule responsabilité du « générique ur ». Ainsi, le seul dépôt d'une demande d'AMM durant la période du brevet ne saurait porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle et les grands laboratoires princeps ne peuvent donc se prévaloir de cet engagement pour faire obstacle à la délivrance de l'AMM.

Cette situation n'est pas sans inconvénient sur le développement du marché des médicaments génériques dans la mesure où le lien établi entre la demande de commercialisation et la protection du brevet met le ministère de la Santé dans la position d'un « exécuteur de brevet » [58]. Or, convient-il de noter que les inspecteurs du ministère de la Santé n'ont pas la qualité d'officiers de police judiciaire pour la constatation des infractions qui découlent de l'application du CEPI. Ils sont seulement chargés d'appliquer les dispositions de la loi n° 127 de 1955 relative à l'exercice de la profession de pharmacien [59] qui confère le statut d'officiers de police judiciaire aux chefs des inspecteurs du ministère de la Santé et à leurs adjoints (art. 85). Si certains pays n'autorisent pas leurs autorités réglementaires à accorder une AMM avant l'expiration du brevet ou se contentent parfois d'exiger que les déposants qui demandent une homologation présentent des renseignements indiquant si des brevets ont été délivrés et lesquels, tel n'est pas le cas en Égypte [60].

[57] V. Le site internet de l'Agence appelée «Egyptian Drug Authority » : http://eda.mohealth.gov.eg/

[58] Selon l'expression utilisée dans l'étude : « Promouvoir l'accès aux technologies médicales et l'innovation. Intersections entre la santé publique, la propriété intellectuelle et le commerce », préc., p. 207.

[59] JO 10 mars 1955, n° 20 bis. Cette loi a été modifiée par les lois n° 253 de 1955 et n° 44 de 1982 (JO 14 mai 1955, n° 38 bis (b)).

[60] À titre d'exemple, l'article 16 du Code marocain du médicament et de la pharmacie prévoit que : « Nonobstant toutes les dispositions législatives et réglementaires instituant un système de protection de quelque nature qu'il soit relatif à une spécialité pharmaceutique, l'administration est habilitée à prendre toutes les mesures nécessaires pour faciliter l'accès aux soins, pour des raisons de santé publique dans les cas d'épidémie grave ou en cas de situation d'extrême urgence ou de calamité nationale. Le recours à ces dispositions ne peut avoir lieu que lorsque la spécialité pharmaceutique concernée est mise à la disposition du public en quantité ou en qualité insuffisante ou à un prix anormalement élevé. Les mesures sont prises conformément à la procédure prévue au paragraphe 2 de l'article 67 de loi n° 17-97 relative à la protection de la propriété industrielle. Conformément aux dispositions de l'article 55 de la loi n° 17-97 précitée, un établissement pharmaceutique industriel désirant mettre sur le marché un médicament générique, peut se livrer à tout essai ou expérimentation sur la spécialité pharmaceutique de référence avant l'échéance du brevet protégeant cette dernière et ce, afin de constituer le dossier de mise sur le marché. La commercialisation du médicament générique ne peut intervenir qu'après échéance du brevet protégeant la spécialité pharmaceutique de référence ».

La délivrance d'une AMM implique une autre difficulté. Le processus d'approbation réglementaire de demande d'autorisation de mise sur le marché en Égypte exige, de la part des fabricants de génériques, la production de grandes quantités de produits destinés aux essais pour démontrer la fiabilité de la fabrication, à savoir la production d'un premier lot non inférieur à 50 % du volume total du lot pilote de production (Pilot batch) conformément à l'article 6 de l'arrêté abrogé n° 296 de 2009[61] (10 % selon le nouv. art. 7 de l'arrêté précité n° 425 de 2015[62]), dont les échantillons (R&D) prélevés par l'inspection de la pharmacie sont analysés auprès de l'Organisation nationale de contrôle et de recherche des drogues (NODCAR) [63]. Cependant, cette exigence ne saurait porter davantage atteinte aux droits du titulaire du brevet du fait de la taille de ces séries de production, tant qu'elles sont uniquement destinées à des fins réglementaires et qu'il n'y a pas d'utilisation commerciale des produits finals qui en résultent[64].

Sur le plan pratique, la rédaction de l'article 10/5° du CEPI pose quelques problèmes qui donnent parfois lieu à des interprétations divergentes. Le texte ne considère pas comme portant atteinte aux droits du breveté les actes suivants accomplis par des tiers : « … 5- La fabrication, la composition, l'utilisation et la vente par des tiers du produit protégé au cours de la période de protection en vue de l'obtention d'une autorisation de commercialisation à condition que la commercialisation ne soit commencée qu'après l'expiration de cette période ». Afin de pouvoir suffisamment cerner la portée et les contours de cette exception, il est important de déterminer avec exactitude ce qu'il faut entendre par la formule : « à condition que la commercialisation ne soit commencée qu'après l'expiration de cette période ». Cette formule indécise vise-t-elle l'acte de vente au sens large ou bien tous les actes nécessaires à l'accomplissement des formalités préalables à l'obtention de l'AMM et de la commercialisation du médicament générique ? Or, l'acte de vente ne s'analyse-t-il pas en soi comme une commercialisation au sens du terme qui peut constituer un acte de contrefaçon ?[65] Même s'il est difficile d'admettre que la vente d'un produit breveté ne saurait porter atteinte aux droits conférés par le brevet en tant qu'un acte nécessaire à la réalisation et à l'obtention d'une AMM, tel n'est pas le sens que les rédacteurs du CEPI ont voulu donné à l'article 10/5°.

Afin de remédier aux lacunes résultant de cette disposition, le comité chargé de modifier les dispositions du Livre I du CEPI en a proposé une nouvelle rédaction favorable aux intérêts des fabricants de médicaments génériques : « 5- La fabrication, la composition, l'utilisation et la vente par des tiers du produit pendant la période de protection en vue de l'obtention d'une autorisation de commercialisation, ou son enregistrement auprès de l'autorité gouvernementale concernée ».

Cette nouvelle version de l'article permettra aux tiers de fabriquer, de composer, d'utiliser, ou de vendre le produit durant la période de protection en vue de l'obtention d'une autorisation de commercialisation ou son enregistrement auprès d'une autorité gouvernementale particulière. En supprimant la formule in fine, conditionnant la commercialisation à ce qu'elle ne soit débutée qu'après l'expiration de cette période, le texte

[61] Cet article prévoit que : « (…) le requérant est tenu de fournir le dossier d'analyse à l'autorité susmentionnée comportant les documents et les pièces annexées correspondants et figurant à l'annexe (7), et l'autorité est tenue de publier les résultats de l'analyse dans les quarante-cinq jours ouvrables à partir de la date du dossier d'analyse dûment complété ».

[62] Selon cet article, désormais la série de production ne peut en aucun cas être mise sur le marché national. Il est intéressant de remarquer que cette phrase n'existait pas dans l'article 6 de l'ancien arrêté du Ministre de la Santé n° 296 de 2009, préc.

[63] La NODCAR a été mise en place par le décret présidentiel n° 382 de 1976 du 13 mai 1976. V. www.nodcar.gov.eg.net

[64] V. À titre d'exemple : TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 12 oct. 2001, Science Union et Laboratoires Servier c/ AJC Pharma, préc., selon lequel : la fabrication de lots semi industriels réalisés dans le cadre d'une demande d'autorisation de mise sur le marché ne constitue pas un acte de contrefaçon ; TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 25 janv. 2002, Science Union et Laboratoires Servier c/ Laboratoires Biophelia, préc., selon lequel : la fabrication de deux lots pilotes dans le cadre d'une demande d'autorisation de mise sur le marché ne constitue pas un acte de contrefaçon.

[65] Le professeur Azéma souligne qu': « On peut admettre que celle ci [l'exception] couvre les actes dont le but immédiat n'est pas la commercialisation du produit, même si elle en constitue le but lointain, mais en revanche ne saurait justifier des actes portant atteinte aux droits des brevets et dont la finalité immédiate est commerciale » : in « Médicament et brevet », J.-Cl. Brevets, fasc. 4280, préc., n° 33.

adopte une formulation apparemment plus large qui devrait mettre fin aux interprétations divergentes ayant suscité de nombreuses interrogations. En effet, la version initiale de l'article 10/5° a longtemps renfermé la portée de l'exception dans le but de la mettre à profit pour favoriser le développement des médicaments génériques sur le marché.

Par ailleurs, à l'heure actuelle, la rédaction de l'article 10/5° limite l'exception « Bolar » à certains produits. Or, le pouvoir d'autoriser la commercialisation de certains produits réglementés n'est pas limité au secteur pharmaceutique. Ainsi, une nouvelle rédaction de l'article est proposée afin d'étendre le champ d'application des AMM à d'autres secteurs exigeant un examen réglementaire qui peuvent être impliqués [66], tels que les produits de protection des plantes, les herbicides et les pesticides, les produits d'alimentation animale, les substances aromatisantes, l'équipement médical [67], etc.

Il ne reste plus qu'à attendre cette réforme des dispositions du Livre I du CEPI, fort attendue par les praticiens du droit et plus particulièrement par les génériqueurs, qui n'est que le premier jalon d'une véritable politique générale pharmaceutique en matière de propriété intellectuelle.

En guise de conclusion : vers une politique générale pharmaceutique en matière de propriété intellectuelle ?

Pour faire face à ce désordre et parer aux effets néfastes susceptibles de perturber le secteur pharmaceutique, l'Égypte a adopté depuis un certain temps une véritable politique visant à promouvoir le développement de l'industrie des médicaments et du marché des génériques afin de garantir l'accessibilité aux médicaments. C'est dans ces conditions qu'un comité consultatif de la propriété intellectuelle a été mis en place au sein du ministère de la Santé chargé de veiller à la bonne mise en œuvre de cette politique et de conseiller le ministre de la Santé en la matière. Parmi ses principales missions, nous pouvons citer :

1- L'examen des oppositions à l'acceptation des demandes de brevets d'invention [68] qui se rapportent aux produits pharmaceutiques envoyés au ministère de la Santé par l'Office des brevets en application de l'article 17 du CEPI [69] ;

2- L'examen des demandes d'enregistrement des médicaments qui ont fait l'objet de demandes de

[66] En Égypte, l'agence appelée « Egyptian Drug Authority » (EDA, http://eda.mohealth.gov.eg/), faisant partie intégrante du ministère de la Santé, est en charge de la régulation des produits pharmaceutiques, de la sécurité et de la qualité des médicaments, des produits biologiques, cosmétiques, et des compléments alimentaires ainsi que l'usage des pesticides. Cette instance est scindée en trois sous-organismes qui travaillent en coordination, à savoir l'Administration Centrale des Affaires Pharmaceutiques (CAPA), l'Organisation Nationale de Contrôle et de Recherche des Drogues (NODCAR) et l'Organisation Nationale de Recherche et de Contrôle des Produits Biologiques (NORCB).

[67] « Éléments de flexibilité relatifs aux brevets dans le cadre juridique multilatéral et leur mise en œuvre législative aux niveaux national et régional », préc., p. 26.

[68] V. Y. Omar Amine, « Lettre d'Égypte », préc., p. 366 et s.

[69] En effet, si la demande relève d'un domaine tel que la défense, la fabrication militaire, la sécurité ou la santé, le ministère intéressé peut s'opposer à la délivrance du brevet dans un délai de 90 jours à compter de la date de publication de la demande. Selon l'article 17 du CEPI: « L'Office des brevets envoie au ministère de la Défense, au ministère de la Production Militaire, au ministère de l'Intérieur, au ministère de la Santé selon les circonstances de copies des demandes de brevets, avec leurs pièces jointes, qui s'attachent à la défense, à la production militaire, à la sécurité nationale, ou celles qui ont d'importance dans les domaines militaires, de sécurité, et de la santé, dans un délai de dix jours à compter de la fin d'examen et le déposant en doit être notifié pendant sept jours à compter de la date de l'envoi, les Ministres de la défense, de la production militaire, de l'intérieur ou de la santé ont le droit de s'opposer à l'acceptation de la demande de brevet dans un délai de dix jours de la date de l'envoi. Le ministre compétent selon les circonstances a le droit, après l'acceptation de la demande de brevet, de s'opposer au déroulement de la procédure de délivrance s'il constate que la demande de brevet s'attache à la défense, la production militaire, la sécurité nationale ou qu'elle a une importance dans les domaines militaires, de la sécurité ou de la santé, l'opposition doit être faite dans quatre-vingt-dix jours à compter de la date de la publication de l'acceptation de la demande de brevet dans le journal des brevets d'invention. Dans les cas susmentionnés, l'opposition a pour effet d'arrêter la procédure de délivrance du brevet. L'Office notifiera par lettre recommandée le demandeur du brevet en lui transmettant une copie de la requête en opposition dans un délai de sept jours à compter de sa date de réception par l'Office. Le demandeur du brevet pourra répliquer à la requête en opposition dans un délai de quinze jours à compter de la notification. L'Office communiquera alors à l'opposant, par lettre recommandée, une copie de la réponse (la note en réplique) du requérant dans un délai de sept jours à compter de sa réception par l'Office (art. 24 du règlement d'exécution). V. Y. Omar Amine, « Lettre d'Égypte », préc., pp. 366 et 367.

brevets par les tiers auprès de l'Office des brevets ou ayant déjà obtenu un brevet ;

3- Prendre toutes les mesures juridiques nécessaires relatives aux demandes d'octroi de licence obligatoire pour les médicaments brevetés sur le fondement de l'article 23 du CEPI, et ce, en coordination avec l'Office des brevets ;

4- L'établissement d'un inventaire des médicaments brevetés et l'étude des conséquences de la délivrance d'un brevet sur l'accès aux médicaments à des prix abordables, en fonction des besoins des patients et de leur pouvoir d'achat, afin de prendre les mesures nécessaires pour promouvoir l'accès aux médicaments à des prix abordables conformément à l'article 3 des dispositions de la promulgation du CEPI ;

5- Proposition de solutions pratiques aux problèmes qui découlent de l'application du CEPI sur les médicaments et ses conséquences sur la santé publique ;

6- Le suivi des négociations entamées relatives à la conclusion d'accords touchant aux questions de la propriété intellectuelle avec les pays étrangers et ses éventuelles conséquences sur l'industrie des médicaments en Égypte, notamment l'impact des accords bilatéraux en la matière (ALE) et la proposition des solutions nécessaires pour éviter ses conséquences néfastes.

7- La proposition d'une politique précise du médicament au niveau de l'État pour réduire les effets négatifs qui en découlent de l'application du CEPI après avoir été approuvée par le ministre de la Santé.

Y. O. A.

Amérique du Nord

& R P p5Wp J L R $QPDpOUXLFGX 1 R U G

& K DHVO(+ $ 6 6

Avocat

) O R U L D Q 0 $$55 ,,71($%8

0 D v W U H G H F R Q I p U H Q F H V j O 8 Q L Y H U V L W p G H 2 W D Z D

Salons professionnels aux États-Unis : le risque de T.R.O.

Christophe BESNARD

Associée du cabinet OSHA LIANG (Paris)

Jeffery P. LANGER

Associée du cabinet OSHA LIANG (Washington D.C.)

Tammy TERRY

Associée du cabinet OSHA LIANG (Houston)

/HV VDORQV SURIHVVLRQQHOV DPpULFDLQV VRQW GH SOXV H
EUHYHWpV DXVVL UHFRXUV DX[7HPSRUDU\ 5HVWUDLQLQJ 2UGHUV 7523V
FRQFXUUHQWLHOV FRQWUHIDLVDQW GHV SURGXLWV RX G\ SUHQ
pFKpDQW DX['RXDQHV DPpULFDLQHV SRXU FRQWUHIDoRQ GH PDUTXHV GH

Cette année encore, la France fut largement représentée au Consumer Electric Show (ci-après C.E.S.) de Las Vegas, avec non moins de 190 startups rassemblées sous la bannière French Tech. Largement médiatisé, le C.E.S. s'est imposé comme le grand rendez-vous « high-tech » de la planète. Il ne s'agit cependant pas du seul salon professionnel du Nevada à connaître un succès retentissant : les quatre plus gros salons de Las Vegas rassemblent à eux seuls plus de 500 000 exposants et visiteurs chaque année[1].

Jusqu'ici, contrairement aux salons professionnels français, les salons professionnels américains n'avaient pas l'habitude d'être le théâtre de litiges en contrefaçon de brevet[2]. Aussi, lorsque les U.S. Marshals se présentèrent au C.E.S. en janvier dernier pour fermer le stand de Changzhou First International Trade, en vertu d'une ordonnance ex parte d'interdiction temporaire ou T.R.O. (pour « Temporary Restraining Order »), l'événement fit sensation outre-Atlantique[3]. Quelques semaines plus tard, les U.S. Marshals saisirent des marchandises sur un autre salon professionnel, cette fois en vertu d'une ordonnance rendue contre Fujian Bestwinn (China) Industry Co. Ltd. à la demande de Nike Inc.[4]

Cette activité récente pourrait être le signe d'une nouvelle tendance des entreprises à vouloir invoquer leurs brevets pour tenir certains de leurs concurrents, présumés contrefacteurs, à l'écart des salons professionnels américains. La dernière

[1] Classement 2015 des 250 premiers salons professionnels aux États-Unis, Trade Shows News Network, http://www.tsnn.com/toplists -us.

[2] Dans cet article, «brevet(s) » renvoie à la fois aux brevets U.S. d'utilité ("utility patents") et aux brevets U.S. de design ("design patents"). Les brevets d'utilité américains sont comparables aux brevets d'invention du livre VI du Code de la propriét é intellectuelle français, tandis que les brevets de design sont comparables aux dessins et modèles du livre V.

[3] J. Brustein, « U.S. Marshals Raid Hoverboard Booth at CES », Bloomberg Business, 7 janv. 2016, http://bloom.bg/1kQtYES .

[4] T.R.O., Nike, Inc. v. Fujian Bestwinn (China) Industry Co., Ltd., Case 2:16-cv-00311, ECF No. 9 (D. Nev. Feb. 17, 2016).

jurisprudence de la Cour fédérale pour le district du Nevada fournit à ce sujet des exemples contrastés d'affaires où les brevetés [5] ont réussi ou, au contraire, échoué dans leur tentative.

I. Quelques affaires récentes en la matière

Avant d'entrer dans le détail de ces affaires, on notera qu'une T.R.O. peut être associée à une ordonnance de saisie (« seizure order ») autorisant la police fédérale américaine à confisquer les marchandises présumées contrefaisantes. On notera également, pour faire un parallèle avec le droit français, que ces ordonnances ont plus en commun avec les ordonnances d'interdiction provisoire rendues sur requête selon l'article L. 615-3 (ou L. 521-6) du Code de la propriété intellectuelle qu'avec les ordonnances de saisie-contrefaçon de l'article L. 615-5 (ou L. 521-4) du même Code. Les mesures sollicitées par le breveté vont, en effet, au-delà de la constatation et de la conservation de preuves : il s'agit avant tout d'empêcher un présumé contrefacteur de participer à un salon ou d'y prendre des commandes, le cas échéant en faisant saisir l'ensemble des marchandises incriminées.

Neptune Technologies v. Luhua Biomarine

Le 6 octobre 2015, Neptune Technologies et Bioressources Inc., une société canadienne se définissant elle-même dans ses écritures comme « un pionnier reconnu dans l'industrie et le leader dans l'innovation, la production et la formulation de produits riches en oméga-3 à base d'huile de krill », sollicita une T.R.O. contre Luhua Biomarine, une société chinoise ayant annoncé qu'elle présenterait un produit concurrent à base d'huile de krill au Supply Side West Trade Show [6]. Toujours selon Neptune, le Supply Side West Trade Show est « tout simplement, le plus grand événement dans l'industrie de l'huile de krill ». En plus de produire une déclaration d'expert concluant au caractère contrefaisant du produit de Luhua, Neptune produisit une déclaration relative aux conséquences dramatiques qu'aurait l'exposition de Luhua sur ce salon. Neptune prouva également qu'elle avait déjà invoqué ses brevets contre d'autres concurrents dans le cadre d'une enquête de l'International Trade Commission (I.T.C) américaine et que ces concurrents avaient tous fini par prendre une licence des brevets invoqués. Neptune prouva enfin qu'elle avait échangé avec Luhua et qu'elle lui avait adressé une proposition de licence avant la tenue du salon. Le lendemain de la requête de Neptune, la Cour de district du Nevada rendit une T.R.O. accordant les mesures d'interdiction demandées et une ordonnance de saisie des marchandises incriminées [7].

SATA GmbH v. Zhejiang Refine Wufu Air Tools

Le 4 novembre 2015, SATA GmbH & Co. KG, un fabricant allemand de pistolets à peinture et d'équipements associés utilisés principalement dans l'industrie automobile, sollicita une T.R.O. à l'encontre de deux présumés contrefacteurs exposant à Las Vegas sur l'AAPEX et le SEMA, deux salons professionnels réputés de l'après-vente automobile [8]. À l'appui de sa requête, SATA présenta deux déclarations assez brèves, la première de son avocat et la seconde d'un ingénieur-brevet de la société. La Cour jugea que SATA n'avait pas rapporté la preuve qu'elle risquait de subir un préjudice irréparable et, sur cette base, rejeta la demande de SATA le 5 novembre 2015 [9].

Future Motion v. Changzhou First International Trade Co.

Le 6 janvier 2016, lors du C.E.S. de Las Vegas, Future Motion Inc. déposa une requête afin d'empêcher la société chinoise Changzhou First International Trade Co. d'exposer un skateboard électrique à une roue appelé « Surfing Electric

[5] Dans cet article, «breveté» ne désigne pas seulement le titulaire d'un brevet, mais, plus largement, tou te personne habilitée à agir en contrefaçon sur la base d'un brevet.

[6] Requête de Neptune, point 3, Neptune Tech. & Bioressources, Inc. v. Luhua Biomarine (Shandong) Co., Ltd., Case 2:15-cv-1911, ECF No. 5 (D. Nev. Oct. 6, 2015).

[7] T.R.O., Neptune Tech. & Bioressources, Inc. v. Luhua Biomarine (Shandong) Co., Ltd., Case 2:15-cv-1911, ECF No. 6 (D. Nev. Oct. 7, 2015).

[8] Requête de SATA, SATA GmbH & Co. KG v. Zhejiang Refine Wufu Air Tools Co., Ltd. et al., Case 2:15-cv-2111, ECF No. 2 (D. Nev. Nov. 4, 2015).

[9] Décision rejetant la requête de SATA, SATA GmbH & Co. KG v. Zhejiang Refine Wufu Air Tools Co., Ltd. et al., Case 2:15-cv-2111, ECF No. 11 (D. Nev. Nov. 5, 2015).

Scooter»[10]. Selon Future Motion, le skateboard de Changzhou était une copie flagrante de son skateboard « Onewheel ». En exposant le "Surfing Electric Scooter" au C.E.S., Changzhou avait délibérément porté atteinte aux droits de Future Motion. Le tribunal accorda la demande de Future Motion en rendant une T.R.O. presque identique au projet d'ordonnance soumis par Future Motion avec sa requête. Ce projet était d'ailleurs clairement inspiré de la T.R.O. rendue dans l'affaire Neptune. Comme dans cette affaire, la T.R.O. interdit à Changzhou de prendre des commandes sur le salon. La saisie sur le stand de Changzhou de tout élément de preuve relatif à la contrefaçon fut également autorisée[11].

II. Les conditions et facteurs d'influence

Comme l'a rappelé la Cour de district du Nevada dans l'affaire SATA, pour qu'une demande d'interdiction provisoire soit accordée, le demandeur doit établir (i) qu'il a de sérieuses chances de gagner son procès au fond, (ii) qu'il a de sérieuses chances de subir un préjudice irréparable en l'absence des mesures provisoires demandées[12], (iii) que la « balance of equities » penche en sa faveur, et (iv) que l'interdiction sert l'intérêt général, ces conditions étant cumulatives.

Dans les trois affaires précitées, le breveté fit valoir que ces conditions étaient remplies avec plus ou moins de succès. Il semble qu'au moins deux facteurs aient pu aider Neptune et Future Motion à obtenir une interdiction provisoire, là où SATA échoua.

A. Le préjudice irréparable

Les mesures d'interdiction provisoire ordonnées dans une T.R.O. interviennent avant que la contrefaçon ne soit constatée aufond et avant même que le présumé contrefacteur n'ait été entendu. Le recours à une telle procédure est donc limité à des situations exceptionnelles dans lesquelles le préjudice du breveté risque d'être irréparable, c'est-à-dire d'une gravité telle que l'octroi de dommages-intérêts ne suffirait pas à remettre le breveté dans la situation qui était la sienne avant les agissements du présumé contrefacteur. La présentation d'un nouveau produit concurrent, argué de contrefaçon, lors d'un salon professionnel au cours duquel les participants réalisent la majeure partie de leurs ventes aux États-Unis pour l'année à venir, peut raisonnablement être considérée comme une situation exceptionnelle de ce genre. C'est précisément ce que Future Motion, Neptune et SATA firent valoir lorsqu'ils sollicitèrent une T.R.O.

La différence essentielle entre ces trois affaires semble résider dans l'appréciation faite par la Cour des preuves apportées par le breveté pour prouver qu'il risquait de subir un préjudice irréparable. Autrement dit, la Cour jugea suffisantes les preuves présentées par Future Motion et Neptune sur ce point, mais pas celles présentées par SATA. Bien qu'il soit difficile de déterminer les raisons exactes de l'échec de SATA, la Cour indique expressément dans sa brève décision de trois pages « qu'il n'est pas prouvé à la Cour que le demandeur [SATA] risque de subir un préjudice de la manière dont il le prétend dans sa requête ». La Cour en conclut qu'elle ne pouvait faire droit à la requête de SATA.

De manière générale, il faut noter que l'absence d'établissement du présumé contrefacteur sur le sol américain peut s'avérer utile pour obtenir une T.R.O., car cela renforce l'idée que le recouvrement de dommages-intérêts est incertain, voire improbable, et donc que le préjudice ne pourra pas être réparé. Dans leurs requêtes, Neptune et Future Motion mirent en avant cet aspect. Son importance est apparue encore plus nettement dans l'affaire opposant Nike Inc à Fujian Bestwinn (China) Industry Co. Ltd . Dans cette dernière, la Cour elle-même souligna dans son ordonnance accordant

[10] Requête de Future Motion, Future Motion, Inc. v. Changzhou First Int'l Trade Co., Case 2:16-cv-13, ECF No. 8 (D. Nev. Jan. 6, 2016).

[11] T.R.O., Future Motion, Inc. v. Changzhou First Int'l Trade Co., Case 2:16-cv-13, ECF No. 11 (D. Nev. Jan. 6, 2016).

[12] Il fut un temps où le risque de préjudice irréparable était également en droit français une condition au succès d'une demande d'interdiction provisoire. Instaurée par la loi n°. 84 - 500 du 27 juin 1984, cette condition fut supprimée par la loi n°. 90-1052du 26 novembre 1990.

l'interdiction provisoire et la saisie demandées par Nike que la société Bestwinn n'avait pas d'établissement ou d'actifs aux États-Unis et qu'elle n'était présente sur le territoire américain qu'à l'occasion d'un salon professionnel se tenant à Las Vegas.

B. La mise en garde

Une autre différence entre ces trois affaires tient aux efforts faits par le breveté pour engager une discussion avec le présumé contrefacteur avant de solliciter une T.R.O. Ainsi, Neptune prouva à la Cour qu'elle avait essayé, en vain, de contacter le contrefacteur présumé afin de lui proposer une licence avant la tenue du salon. Futur Motion fit de même. SATA, en revanche, ne fournit aucune preuve de ses efforts en ce sens.

Le fait d'essayer de contacter le contrefacteur présumé n'est pas et ne doit pas être considéré comme une condition préalable à la requête du breveté. Toutefois, en prouvant à la Cour qu'il a essayé, en vain, d'engager une discussion avec la partie adverse, le breveté peut insister sur la nécessité des mesures d'urgence sollicitées, surtout si le présumé contrefacteur fait preuve d'une mauvaise volonté caractérisée dans ses réponses ou reste silencieux. À titre d'exemple, dans sa requête, Nike souligna ses efforts en déclarant "Nike a informé Bestwinn du caractère contrefaisant de ses activités cinq fois au cours des deux dernières années et demie". Bien qu'il ne soit pas déterminant à lui seul, ce facteur a pu contribuer à faire pencher la balance en faveur de Nike, comme il a pu le faire pour Neptune et Future Motion.

Conclusion

La couverture médiatique des succès de Future Motion et Nike a renforcé outre-Atlantique la visibilité des ordonnances ex parte d'interdiction temporaire, ou T.R.O. Si la récente hausse des T.R.O. accordées est le signe d'une nouvelle tendance, elle pourrait avoir un impact significatif sur la façon dont les brevetés et leurs concurrents préparent leurs salons professionnels aux États-Unis.

D'un côté, les brevetés et leurs conseils pourraient, si les conditions le permettent, avoir recours aux T.R.O. plus fréquemment pour essayer de tenir un concurrent, présumé contrefacteur, à l'écart d'un salon professionnel important.

De l'autre, les exposants devraient être plus vigilants et chercher à mieux évaluer les risques juridiques qu'ils prennent avant d'exposer un produit litigieux sur un salon. En particulier, ils devraient prêter attention aux lettres de mise en garde ou aux propositions de licence reçues avant la tenue d'un salon, car les brevetés considèrent certainement aujourd'hui plus que jamais les salons professionnels américains comme un nouveau terrain d'action.

T. T., J. P. L. & C. B.

CABINET MULTIDISCIPLINAIRE

L'EXCELLENCE D'UNE PRATIQUE PI À VOTRE DISPOSITION.

BMA

BARBOSA MÜSSNICH ARAGÃO

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

CONCURRENCE DÉLOYALE

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE TRANSACTIONNELLE

DROIT D'AUTEUR

DROIT DES BREVETS

DROIT DES DESSINS ET MODÈLES

DROIT DES MARQUES

GESTION DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE CONTENTIEUSE

PROTECTION DES OBTENTIONS VÉGÉTALES

PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES ET BASES DES DONNÉES

Rencontrez notre équipe

www.bmapi.com.br

BRÉSIL - Rio de Janeiro | São Paulo | Brasília

La protection du secret commercial aux États-Unis – La révolution du DTSA

Philippe Girard-Foley

Avocat à la Cour (Paris)

Affiliate Member Law Institute Victoria (Australia)

LL.M. University of Pennsylvania

8 Q HU p Y L J Y p L Q Q H G H V S U H D W L F T X H P H V H U F L D F S E R W X H U J H S R F X W O H W R F L p U W D p Q o D L V H Q U H O D G W D R I Q D L Y U H H H W W D Q V L V 8 F R P S O H W (H W 7 , Q D X L G W H · H Q H W Q U p Y H L J X H X U '7 6 $ / · H P S O W L U G H X © ß U p Y S D U X Q L X R Q H [H Q G W p Q H V X R U H D R H I H Q G G H 6 H F U H W W L S D q '7 6 $ V L Q J p H P D L S U H V L 2 E H D Q W W L U p H G L D W H P H Q Y L J X H H X W D U J H P R Q W L S p U p H F R P P H Q W F R W P O X D Y D Q p J p Y H Q F W R P H L Q H O S O X F R Q V L G p U S X E O H Q K S P W H &R Q S R X U p S R Q G X Q R X Y H U D X [T J p Q Y p U p V S D U O H S U R J q W H F K Q R O R F L T X W H D Q S W R Q Q D J U H W R P P H U F H 7 6 $ U H S R Q G U R L W S R X U O H S D L J Q G X Q W H V W H U X J Y p Q W U R X G Q H L Q V H W H Q F H W L F q L Y H L O H O G H W D E X Q D I p G U D X Q W U R Q S R W L E L O L W p G H W L Q T X H D X W G U V H V R Y L W L D R Q W V D j P H Q H U V H F E R P H U F L D P H Q L Y H G E S U R W H T X O L E X Q W E U H D Q I K O H S U R S L p W p W H O O H F W P D U T X H Y M G R L E X G V H X U

1. La situation antérieure au DTSA

1.1. Jusqu'à l'adoption du DTSA, la protection du secret commercial reposait uniquement sur les lois d'état. 47 états et le District of Columbia (Washington DC) disposent d'une loi élaborée sur le modèle du Uniform Trade Secrets Act (ci-après UTSA), mais chacun selon sa propre version. Il en résultait des disparités entre lois et jurisprudences d'état quant à des notions aussi fondamentales que la définition du secret commercial («trade secret»), celle de sa violation («misappropriation») et/ou bien encore des recours («remedies») à la disposition des victimes. Dans les deux autres états, New York et le Massachusetts, la protection du secret commercial reposait uniquement sur la common law.

1.2. Au niveau fédéral, le «vol» de secrets commerciaux – «theft of trade secrets» – était qualifié de délit fédéral («federal crime») par la Loi sur l'Espionnage Économique («Economic Espionage Act») de 1996, tel que modifiée par le «Foreign and Economic Espionage Penalty Enhancement Act» de 2012. Des mesures civiles pouvaient ainsi être prononcées, telles qu'une ordonnance valant mise en demeure («injunctive relief»), mais l'action devant les juridictions civiles fédérales n'était ouverte qu'au procureur général («U.S. Attorney General»).

1.3. Pour les parties privées, une action devant les juridictions fédérales nécessitait de faire reconnaître la compétence des tribunaux fédéraux par la démonstration d'une diversité (le litige devant impliquer plusieurs états du fait des parties ou de son objet) ou en tentant de lier la demande à une procédure distincte bénéficiant de la compétence fédérale. Dans tous les cas, cette preuve était difficile à établir.

2. Les avancées du DTSA

2.1. L'avancée essentielle réalisée par le DTSA consiste par rapport à la situation antérieure à ouvrir l'action civile devant les juridictions fédérales aux parties privées.

2.2. En outre, le DTSA améliore les capacités de défense des victimes de captation ou violation de secret commercial en ce qu'il :

- fournit des définitions claires et homogènes des concepts fondamentaux ;
- introduit des mesures ex parte ; et
- contient des dispositions plus favorables que certaines lois d'état non seulement au niveau des principes, mais aussi s'agissant de la procédure. Par exemple, dans la version du UTSA adoptée dans l'état de Californie, le demandeur est tenu d'identifier dans le détail le secret commercial réputé être violé avant toute mise en œuvre de la procédure (prediscovery trade secret identification), alors que le DTSA l'exige seulement pour d'une saisie ex parte.

2. La coexistence des systèmes

2.1. Le DTSA n'abolit pas le régime précédent, à la différence de certains autres textes fédéraux relatifs à la propriété intellectuelle qui se substituent à la législation d'état. Il lui superpose une législation fédérale en matière civile, sauf en certaines matières où le DTSA écarte le droit de l'état (comme la doctrine de la « divulgation inévitable »)

- Il demeure donc possible de choisir entre le système fédéral et celui de l'état concerné, même lorsque les conditions d'application du DSTA sont réunies. Dans certains cas, une loi d'état peut accorder une protection plus large que l'action fédérale, ou dans d'autres hypothèses il peut s'agir de solutions tirées de la common law non contraires à la loi d'état s'il en existe une. Seul un examen au cas par cas peut permettre de déterminer le régime le plus favorable.
- De même, l'application du DTSA étant subordonnée à certains critères de diversité, des litiges intervenant uniquement à l'intérieur d'un état et impliquant des cas de violation simples de secret commercial comme le vol de listes de clients ou de tarifs demeureront soumis aux lois d'état et de la compétence des lois de l'état.

3. Le champ d'application du DTSA

3.1. Le droit à engager une action civile sur le fondement du DTSA est limité aux violations concernant un secret relatif à un produit ou à un service commercialisé ou offert à la commercialisation entre états ou à l'international [1]

3.2. Ce droit est reconnu aux propriétaires (« owners ») de secrets commerciaux, sans que ce terme soit défini, ce qui ouvre une incertitude quant à l'applicabilité du texte lorsque ladite propriété fait préalablement l'objet d'une contestation ou lors de l'introduction de la demande.

3.4. Pour obtenir la protection du DTSA, le propriétaire doit bien évidemment prouver que le secret dont il allègue la violation constitue un secret commercial (« trade secret ») au sens de la loi et que celui-ci a fait l'objet d'une violation (« misappropriation ») au sens de cette même loi.

3.5. La définition du trade secret est donc d'une importance fondamentale. Elle couvre toute information [2] (« all forms and types of information ») et peut être de nature financière, liée aux affaires, scientifique, technique, économique, ou d'ingénierie [3] (« financial, business, scientific, technical, economic, or engineering information ») dès lors que :

- le propriétaire a pris des mesures « raisonnables » en vue de préserver le caractère secret de l'information [4] ; et
- l'information a une valeur économique distincte, réalisée ou potentielle, trouvant son origine dans le fait de n'être ni connue ni susceptible d'être aisément obtenue par des moyens licites par une

[1] « if the trade secret is related to a product or service used in, or intended to be used in, interstate or foreign commerce »

[2] « all forms and types of information ».

[3] « financial, business, scientific, technical, economic, or engineering information ».

[4] « take reasonable measures to keep such information secret ».

tierce personne qui tirerait une valeur économique par l'effet de son usage ou de sa divulgation. Cette définition quelque peu alambiquée est typique de la phraséologie de la législation américaine[5].

3.6. Il est intéressant de noter ici que la définition ne repose pas sur le concept de valeur intrinsèque de l'information (le législateur aurait pu utiliser le mot « intrinsic »), mais de valeur distincte (« independent »). La valeur n'est pas consubstantielle, mais dérive uniquement du profit qui peut être retiré de l'usage ou de la divulgation… avec la conséquence logique que toute information, même anodine a priori, peut se voir reconnaître la qualification de trade secret. Une définition potentiellement très large qui doit amener à ne négliger aucune des connaissances accumulées au sein de l'entreprise comme ayant vocation à être protégées au titre du DTSA.

3.7. En d'autres termes, vu sous l'angle de la préservation, comme sous celui de l'absence de valeur intrinsèque, il n'existe pas de secret commercial par nature : un trade secret n'existe pas en tant que tel, il se crée.

3.8. La définition de la violation (« misappropriation ») n'est pas moins importante. Il s'agit d'une définition complexe et « en cascade » typique du style de rédaction des lois des États-Unis.

Constitue une violation :

(a) l'obtention du secret commercial d'un tiers par une personne sachant ou ayant toute raison de savoir que ledit secret a été obtenu par des moyens illicites

ou

(b) la divulgation ou l'usage non autorisé par le propriétaire d'un secret commercial par une personne qui :

(i) a utilisé des moyens illicites pour se procurer ledit secret, ou

(ii) savait ou avait des raisons de savoir que la connaissance du secret :

- avait été obtenue par des moyens illicites ; ou
- avait été obtenue sous condition d'en respecter le secret ou d'en faire un usage limité ; ou
- avait été obtenue d'une personne tenue d'en respecter la confidentialité ;

ou

(iii) savait ou avait des raisons de savoir que l'information constituait un secret commercial et savait que l'obtention dudit secret était le résultat soit d'un accident soit d'une erreur.

3.9. La notion de moyens illicites (« improper means ») fait l'objet d'une définition, sur le modèle, non pas du texte du UTSA, mais de la jurisprudence dérivée de celui-ci.

Constituent un moyen illicite :

- le vol
- la corruption
- la tromperie
- la violation ou l'encouragement à la violation d'une obligation de préservation du secret
- l'espionnage utilisant des moyens électroniques ou autres moyens.

En revanche, la définition exclut expressément toute ingénierie inversée et méthodes assimilées qui sont considérées comme des moyens légaux d'acquisition [6].

4. Application dans le temps et dans l'espace

4.1. Le DTSA n'a pas d'application rétroactive et ne concerne donc que les actes de violation commis après son entrée en vigueur, soit le 11 mai 2016.

[5] « the information derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable through proper means by, another person who can obtain economic value from the disclosure or use of the information ».

[6] « reverse engineering, independent derivation, or any other means »

4.2. L'action civile sur le fondement du DTSA est soumise à une prescription de trois ans à compter de la date à laquelle la violation a été découverte ou aurait dû être découverte par l'emploi d'une « diligence raisonnable" [7].

4.3. Dans le cas de violation continue, celle-ci est réputée avoir été commise (et la durée de la prescription avoir commencé à être décomptée) à cette même date[8].

4.4. Comme souvent, l'application internationale de la loi américaine est conçue de façon extensive, puisque s'étendant[9] à tout acte commis en quelque lieu que ce soit, donc y compris en dehors du territoire des États-Unis, par un citoyen américain ou une entreprise américaine, mais aussi lorsqu'un acte en rapport avec la violation est commis sur territoire américain[10]. Ce dernier critère est bien sûr ouvert à interprétations.

5. La protection des lanceurs d'alerte

5.1. Le DTSA offre une protection aux lanceurs d'alerte (« whistleblowers ») qui leur garantit l'immunité pour certains de leurs actes contre toute action pénale ou civile fondée sur une loi de protection du secret commercial, que celle-ci se situe au niveau de l'état ou au niveau fédéral[11]. Il s'agit par conséquent d'un domaine dans lequel, par exception au reste du texte, la loi fédérale DTSA se substitue à toute disposition contraire des lois d'état.

5.2. Les actes concernés sont :

(a) la divulgation d'un secret commercial ; ×

(b) dans une des conditions requises pour que soit accordée la protection :

- sous forme confidentielle (« in confidence ») à un agent public (« government official ») ou un avocat (« attorney ») dans le seul but de rapporter ou d'enquêter sur la violation présumée d'une loi, ou
- sous le sceau du Palais (« under seal ») en qualité de pièce produite dans le cadre d'une procédure judiciaire ou assimilée.

5.3. De surcroît, les personnes intentant une action judiciaire dirigée contre une sanction de leur employeur dont ils prétendent qu'elle a été motivée par une dénonciation de leur part (« retaliation suits »), peuvent également divulguer le secret commercial concerné, mais uniquement :

(a) à leur propre avocat ; × ou

(b) dans le déroulement du procès, soit sous forme confidentielle (« under seal ») soit sur ordre du tribunal.

5.4. Une préoccupation existe au regard de la divulgation auprès d'un agent public, car dès que celle-ci intervient, le propriétaire du secret commercial en perd le contrôle et ne dispose d'aucune autre protection que celle pouvant résulter de lois dont l'objet n'est pas directement celle du secret commercial comme le Freedom of Information Act.

5.5. Les « employeurs » ont l'obligation de porter cette immunité à la connaissance de leurs « employés » dans tout contrat comportant une clause relative à l'usage du secret commercial ou de toute autre information confidentielle [12].

L'obligation vise tous les contrats conclus ou modifiés, mais également complétés par un avenant (« update ») après le 11 mai 2016, date d'entrée en vigueur du DTSA.

L'immunité peut être mentionnée soit dans le corps du contrat, soit par renvoi dans celui-ci (ou dans une annexe aux contrats existants) à un document externe décrivant la procédure pour la dénonciation des prétendues violations de la loi.

[7] « reasonable diligence ».
[8] « a continuing misappropriation constitutes a single claim of misappropriation ».
[9] Selon une disposition du Economic Espionage Act précité non abrogée par le DTSA [U.S.C. §1837])
[10] « an act in furtherance of the [misappropriation] was committed in the United States »
[11] « under any Federal or State trade secret law ».
[12] « any contract or agreement with an employee that governs the use of a trade secret or other confidential information ».

5.6. À cette fin, il est donné du terme « employé » (« employee ») une définition très large, qui ne se limite pas aux personnes titulaires d'un contrat de travail et placées à ce titre sous un lien de subordination, mais aussi aux consultants et fournisseurs.

5.7. Le défaut d'information n'est pas sanctionné en tant que tel, mais indirectement en ce qu'il interdit à « l'employeur » de demander des dommages-intérêts punitifs ou le remboursement des frais d'avocat. Toutefois, on ne peut exclure que la jurisprudence étende la sanction de l'absence d'information au-delà de la simple renonciation à ces chefs d'indemnisation jusqu'au rejet pur et simple de toute action contre un « employé » coupable d'avoir violé un secret commercial, ce qui devrait inciter les « employeurs » à mettre leurs contrats en conformité avec le DTSA.

5.7. Ceci souligne à nouveau le difficile arbitrage existant en droit américain entre droit de l'état et droit fédéral. En Californie par exemple, la loi de l'état sur la protection du secret commercial ne prévoit pas explicitement d'indemnité au profit des lanceurs d'alerte, tout en précisant qu'elle n'a pas pour objet de faire obstacle aux dénonciations de situations illégales. Il peut donc être tentant pour un employeur dans cet état (a) de ne pas fournir à ses employés l'information prévue par le DTSA, (b) en cas de violation d'intenter une action n'incluant pas une demande de dommages-intérêts punitifs et remboursement des frais d'avocats, et (c) d'engager séparément sur la base des mêmes faits et contre les mêmes personnes une action en responsabilité. Ce qui est possible puisque le DTSA n'interdit pas les actions en responsabilité de droit commun (« tort claims ») pouvant être introduites précisément sur les mêmes fondements de violation aggravée (« willful and malicious misappropriation ») qui auraient pu servir de base à une action en réparation civile au titre du DTSA si l'obligation d'information des employés avait été respectée. Un tel arbitrage est envisageable en théorie puisque le DTSA ne contient pas l'équivalent de la clause du UTSA (qui prévaut par l'effet de la jurisprudence même dans les états n'ayant pas adopté cette clause) interdisant les actions distinctes pour les mêmes faits en matière de violation du secret commercial[13].

5.8. Par ailleurs, seule est concernée la « dénonciation légale » sans que soient affectées les lois interdisant l'accès à l'information par des voies non autorisées, comme le Computer Fraud and Abuse Act.

5.9. Une révision des contrats concernés, sinon impérative, est donc très souhaitable, comprenant tout contrat de travail ou de service, tout contrat conclu dans le cadre d'une relation commerciale (distribution, agence, franchise) ou dans le cadre d'une acquisition, contenant une clause se rapportant à la confidentialité des informations (« confidentiality »), la non-divulgation (« non disclosure »), la non-concurrence (« non compete ») et la bonne conduite dans les affaires (« code of conduct »).

6. Mesures conservatoires ex parte

6.1. Le propriétaire d'un secret commercial est désormais autorisé à demander à un tribunal fédéral la saisie d'objets dans la mesure où celle-ci est nécessaire pour empêcher la propagation ou la dissémination d'un secret commercial. Cette demande peut être faite ex parte, c'est-à-dire sans information ni présence des détenteurs des objets.

Certaines lois d'état prévoyaient déjà les saisies ex parte en matière de violation de secret commercial, mais tel n'était pas le cas du UTSA.

6.2. Le tribunal, toutefois, n'est pas tenu de prononcer la saisie demandée. Il lui revient de décider s'il est justifié de l'accorder, seulement en présence de « circonstances extraordinaires » (« extraordinary circumstances ») et après s'être assuré que :

(a) il n'existe pas d'autre moyen en droit, telle une simple injonction restrictive (« restraining order ») permettant d'aboutir au même résultat ;

[13] « displaces conflicting tort, restitutionary, and other law of this State providing civil remedies for misappropriation of a trade secret ».

(b) il existe une certitude (et non pas seulement un risque (« immediate and irreparable injury will occur ») de dommage immédiat et irréparable en l'absence de saisie ;

(c) il existe une forte probabilité (« likely to succeed ») que le demandeur parvienne à prouver tant l'existence du secret commercial que sa violation par la personne visée par la demande de saisie ;

(d) ladite personne est effectivement en possession du secret commercial et de l'objet devant être saisi ; et

(e) soit seule soit de concert avec des tiers, cette personne, si elle était avertie au préalable de la saisie :

- procéderait à la destruction, au déplacement ou à la dissimulation de la preuve de la violation, ou
- empêcherait le tribunal par tout autre moyen d'y avoir accès.

Il faut en outre que le demandeur décrive avec suffisamment de précision l'objet de la saisie et dans toute la mesure du possible, son emplacement.

6.3. Avant la saisie, le DTSA interdit expressément les copies de documents saisis et exige du tribunal qu'il formule de façon détaillée la façon dont devra se dérouler la saisie, notamment la date exacte de celle-ci et le droit de recourir à la force si les éléments objets de la saisie sont inaccessibles.

6.4. Après la saisie par des policiers fédéraux :

- le ou les objets ainsi saisis doivent être placés sous la protection du tribunal et conservés en un lieu interdisant tout accès physique ou électronique.
- Le tribunal doit tenir une audience dans les sept jours suivant la saisie, au cours de laquelle le demandeur devra prouver les éléments de fait et de droit justifiant ladite saisie.

6.5. D'autres dispositions du DTSA ont pour objet d'éviter que la procédure de saisie ex parte ne soit utilisée à des fins anticoncurrentielles :

- il est de la responsabilité du tribunal de prendre toutes mesures nécessaires afin d'éviter que la saisie soit connue des tiers.
- Une saisie injustifiée ou excessive (« wrongful or excessive ») peut donner lieu à dommages-intérêts au profit de la personne contre qui elle a été diri gée.

6.6. Toutefois, et à l'inverse de certaines législations, comme la version du UTSA adoptée ou la loi de l'état de Californie, le DTSA n'oblige pas le plaignant à identifier le détail des éléments de secret commercial qu'il allègue avant le début de la procédure de recherche des preuves chez la partie adverse (« discovery »).

6.7. Le législateur, étant manifestement conscient des difficultés que ces règles pouvaient occasionner dans leur application, a demandé (dans le chapitre six du DTSA) que soit confié au Federal Judicial Center (agence chargée de l'éducation et de la recherche pour les tribunaux fédéraux) de formuler des recommandations (« best practices ») destinées aux tribunaux en rapport avec les saisies d'information et stockage des secrets commerciaux.

7. L'exclusion de la doctrine de la « divulgation inévitable »

Certaines lois d'état sur la protection du secret commercial autorisent le tribunal à délivrer une ordonnance interdisant l'emploi d'une personne par un nouvel employeur sur la seule base de l'information dont cette personne est détentrice (« inevitable disclosure ») :

Le DTSA écarte cette notion et la remplace par celle de risque effectif de violation [14].

Ceci illustre à nouveau le rapport entre droit de l'état et droit fédéral : il peut être avantageux pour un employeur d'ignorer le DTSA et d'intenter une action fondée sur le droit de l'état, dont l'exigence en matière de preuve, alignée sur le critère posé par l'UTSA, est moins contraignante.

[14] « threatened misappropriation and not merely on the information the person knows ».

8. Sanction et indemnisation de la violation du secret commercial

8.1. Le DTSA n'apporte pas de changement aux sanctions et remèdes pouvant être prononcés par le tribunal, qui demeurent les mêmes que sous le régime du UTSA :

- injonction ;
- dommages-intérêts ;
- ou alternativement, redevances justifiées en réparation du préjudice effectivement subi ou compensatoires de l'enrichissement sans cause.

8.2. Dans les cas de violation aggravée (« willful and malicious misappropriation »), le DTSA autorise le tribunal à prononcer :

- le remboursement des frais d'avocats engagés par le demandeur ;
- le paiement de dommages-intérêts punitifs d'un montant ne pouvant excéder le double des dommages-intérêts compensatoires.

8.3. Reconnaissant la difficulté que peut rencontrer un tribunal à évaluer le préjudice immédiat, le DTSA l'autorise, dans des circonstances exceptionnelles qui rendraient une injonction inéquitable, à subordonner l'usage futur d'un secret commercial au paiement d'une redevance d'un montant justifié (« reasonable royalty »), pour une durée ne pouvant excéder la période durant laquelle l'usage du secret commercial aurait pu être interdit.

8.4. Le DTSA ne fait pas que modifier la Loi sur l'Espionnage économique (« Economic Espionage Act ») de 1996 modifiée par le « Foreign and Economic Espionage Penalty Enhancement Act » de 2012, elle aggrave les sanctions pénales prévues par 18 U.S.C § 1832, la section du chapitre du United States Code consacré au droit pénal (title 18 of the U.S.C. "Crimes and Criminal Procedure") qui concerne le vol de secrets commerciaux (« Theft of trade secrets »).

Cette section du U.S.C. (« Chapter 90 of title 18 ») vise (en résumé) le fait de voler, s'approprier, dissimuler, copier par tous moyens, recevoir, acheter ou posséder en connaissance de cause un secret commercial en vue d'en tirer profit, ou en vue de causer préjudice à son propriétaire.

Dans la version précédente, la pénalité maximale encourue était de 5 millions US $. Dans la version telle que modifiée par le DTSA, cette sanction est portée à la plus élevée des deux sommes : 5 millions US $ ou le triple de la valeur du secret commercial dérobé y compris les frais de recherche, de mise en forme (« design ») et autres frais de reproduction du secret commercial que la partie coupable aura pu s'épargner.

8.5. En outre, le DTSA dispose que de tels actes peuvent constituer désormais des actes qualifiés d'activités criminelles tombant sous le coup du « RICO » (« Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act »), ce qui du reste n'est pas sans conséquence à l'international compte tenu de l'appli cation extraterritoriale de ce texte par les tribunaux américains.

9. Les implications du DTSA et actions à prendre en conséquence

Les implications du DTSA pour les sociétés françaises de toutes tailles en relation d'affaires avec les États-Unis sont manifestement étendues et comprennent de multiples ramifications.

9.2. En matière de divulgation du secret commercial, ces sociétés peuvent être concurremment, voire simultanément, victimes et auteurs d'infraction. Il faut s'assurer à la fois que la protection de ses secrets commerciaux bénéficie des avancées du DTSA, mais aussi que la société ne se rend pas coupable, directement ou indirectement par l'intermédiaire de ses partenaires commerciaux, de violation de secret commercial appartenant à un tiers. Une révision des pratiques et des documents est donc indispensable.

9.2. Plus précisément, toute société concernée doit:

- identifier ses secrets commerciaux ;
- les valoriser en fonction des différentes hypothèses de perte, violation et utilisation par un tiers à des fins concurrentielles ou contraires aux intérêts de l'entreprise ;

- lister et apprécier l'efficacité des moyens de protection existants ;
- en cas d'insuffisance, organiser des moyens de détection et de protection efficace ;
- concevoir et mettre en place des mesures destinées à empêcher la violation même involontaire de secrets commerciaux appartenant à des tiers ;
- intégrer dans tous contrats où celle-ci doit figurer, la clause d'information sur l'immunité des lanceurs d'alerte prévue par le DTSA ;
- concevoir et mettre en place des mesures spécifiques aux débuts et fins de contrat ;
- concevoir et mettre en place des moyens de répondre immédiatement à toute accusation de violation de secret commercial appartenant à un tiers ;
- s'assurer du respect de ses secrets commerciaux et du DTSA et autres textes applicables par les partenaires commerciaux.

9.2. La première étape doit consister à identifier les secrets commerciaux de l'entreprise, sur la base de la définition fournie par le DTSA, qui est très large comme indiqué au paragraphe 3 ci-dessus. Ceux-ci comprennent aussi les secrets commerciaux dont la société est propriétaire en France. L'inventaire en toute hypothèse constitue une démarche salutaire, car le secret commercial dans toutes les juridictions n'est protégé par la loi que s'il l'est par son propriétaire, ce qui implique au premier chef d'en connaître l'existence, le contenu et les limites.

9.3. Le domaine de ce qui au sein de l'entreprise est susceptible de constituer un secret commercial protégé par la loi étant fréquemment sous-estimé, il peut être utile de se référer à la définition donnée dans le DTSA de ce qui constitue « toute forme et type d'information » :

- le DTSA fournit la définition suivante [15] : information de nature financière, liée aux affaires, scientifique, technique, économique, ou d'ingénierie [16].
- Le DTSA complète cette définition en précisant qu'elle inclut tout modèle, plan, compilation, dispositif, formule, conception, prototype, méthode, technique, procédé, procédure, programme ou code[17].
- Le DTSA précise encore que l'élément concerné est susceptible de protection indépendamment de savoir s'il se présente sous forme tangible ou intangible, et qu'il a été ou non (et s'il l'est, sous quelque forme que ce soit) enregistré/conservé, compilé ou mis en mémoire sous forme physique, électronique, graphique, photographique ou par écrit [18].

Dans la recherche en interne des secrets commerciaux faisant partie du patrimoine immatériel de l'entreprise, il ne faut donc écarter a priori aucun élément ou catégorie d'élément.

9.3. Il ne suffit pas d'identifier les secrets commerciaux, souvent latents, il est recommandé de surcroît – et ceci aide à les faire sortir de l'état de latence – de leur affecter une valeur. L'exercice n'est pas aisé, mais constitue une étape nécessaire, et doit comprendre une évaluation du coût pour l'entreprise de la perte ou de la captation par un tiers du secret, total ou partiel, selon les différents cas de figure envisageables (divulgation à un ou plusieurs concurrents, divulgation auprès de l'industrie à laquelle appartient l'entreprise, divulgation auprès du public en général…).

9.4. Il convient ensuite d'identifier et d'apprécier l'efficacité des moyens, mis en œuvre par l'entreprise elle-même, pour protéger ses secrets commerciaux. Ceux-ci sont trop souvent bien maigres, car la prise de conscience de la valeur des secrets commerciaux n'a pas encore vraiment pris forme au sein de nombreuses entreprises

[15] Cf. Supra II.

[16] « financial, business, scientific, technical, economic, or engineering information ».

[17] « patterns, plans, compilations, program devices, formulas, designs, prototypes, methods, techniques, processes, procedures, programs, or codes ».

[18] « whether or how stored, compiled, or memorialised physically, electronically, graphically, photographically, or in writing ».

notamment françaises. Cette attitude procède généralement d'une préconception selon laquelle le secret commercial n'est pas protégeable : pas protégeable donc pas de valeur, donc pas de mesures de protection… ce cercle vicieux est à briser.

La réforme du DTSA qui met le secret commercial sur un pied d'égalité avec les autres piliers de la propriété intellectuelle que sont les marques, les brevets et le droit d'auteur, devrait alerter les responsables d'entreprises… Il faut se rappeler que la formule du Coca-Cola est protégée par un secret de fabrique, et non par un brevet!

9.5. La vulnérabilité de chaque secret commercial doit être examinée dans le détail. La décomposition du risque en ses éléments constitutifs permet de mieux l'apprécier, d'en organiser la défense et de se préparer à demander la protection par l'injonction et/ou l'indemnisation si celui-ci se matérialise.

9.6. Il en résulte logiquement que l'étape suivante doit consister à mettre en œuvre tous les moyens pratiques disponibles de protection du secret commercial. La meilleure façon de convaincre un tribunal de l'existence et de la valeur d'un secret commercial est de le prendre soi-même au sérieux.

Ces moyens peuvent être des moyens physiques, mais sont aussi, et surtout, des moyens contractuels : non seulement dans les contrats de travail, mais aussi dans tous documents avec les fournisseurs, distributeurs, agents, consultant, etc. Sont bien entendu concernés les contrats les plus évidents, comme les contrats de distribution. ainsi que tous ceux portant sur le secret commercial même sans le désigner nommément, comme les accords de confidentialité (« confidentiality agreements »), accords de non-divulgation (« non disclosure agreements »), accords de transfert ou de partage de données confidentielles (« proprietary information assignment/sharing agreements ») soit isolés soit inclus dans un accord de coopération, de partenariat ou dans un accord de négociation préalable à une acquisition ou une cession.

9.7. Compte tenu de la généralité de la définition du terme « employee » dont les limites ne sont pas clairement connues, il est prudent et recommandable d'inclure aussi dans le périmètre de révision les contrats avec les fournisseurs, prestataires de services, partenaires dans une Joint Venture, les offres et documents précontractuels, les accords de non-débauchage, les engagements de retour de matériel en fin de contrat etc.

9.8. La dimension introduite par le travail à domicile ou « télétravail » doit être prise en compte, de même que l'usage partagé d'instruments tels qu'ordinateurs portables et téléphones intelligents, ainsi que l'autorisation expresse ou implicite de l'usage de tels instruments détenus privativement aux fins des besoins de l'entreprise (« BYOD bring your own device » plus répandu aux États-Unis qu'en France).

9.9. De même qu'aucun secret commercial ne devrait être négligé dans la rédaction de ces documents, doit-on s'assurer que la définition en est précise et rigoureuse, ni trop large ni trop vague ce qui ôterait son efficacité à la disposition protectrice.

9.10. Réciproquement, la société doit mettre en œuvre, si elles n'existent déjà, ou renforcer dans le cas contraire les mesures visant à empêcher l'acquisition de secrets commerciaux appartenant à des tiers. Cette exigence ne connaît pas de limite géographique, mais dans la mesure où le marché américain est visé, une attention particulière doit être portée aux exigences du DTSA et généralement de la législation et jurisprudence des États-Unis en la matière.

9.11. La société doit ensuite intégrer, dans tous les documents concernés (notamment contrats de distribution, agence, franchise, consultant,[19], et a fortiori contrats de travail le cas échéant y compris les contrats des VIE), une mention de l'immunité de lancement d'alerte prévue par le DTSA.

9.12. S'agissant des relations avec les employés au sens strict, il est essentiel que la société mette en place des procédures (comprenant, mais ne se limitant pas à des documents contractuels) visant à protéger dans les conditions légales les secrets commerciaux en rapport avec les entrées et sorties de personnel, ainsi que les changements

[19] V. tous les contrats cités supra

d'affectation ayant pour objet de rapprocher un employé de la source de secrets commerciaux (« on-boarding and off-boarding »). Plus généralement, une formation à intervalles réguliers serait souhaitable, ainsi que des entretiens de sortie (« exit interviews »), si ceux-ci ne sont pas déjà en place. Le comportement de l'employé après la cessation de fonctions ne peut être négligé, dans le respect de l'intimité de celui-ci et des conditions de la loi, par exemple sous forme de rappels de ses obligations post-emploi (« obligations reminders »). Même en l'absence d'employés directs (si la société n'a pas de filiale aux États-Unis), cette précaution doit être étendue par voie contractuelle, avec les distributeurs, agents et consultants, aux employés respectifs de ceux-ci ayant accès ou pouvant avoir accès aux secrets commerciaux.

9.13. Il est important de prendre en considération sous cet angle défensif l'état de la technologie, qui facilite grandement la captation de secret commercial (délibérée ou accidentelle), notamment en fin de contrat (qui peut être un contrat de travail, mais aussi un contrat de consultant, de distributeur ou d'agent) et prévoir une procédure en conséquence.

C'est d'ailleurs cette évolution technologique qui a été à l'origine du DTSA, ou plutôt son appréciation, dans un document de 2013 du gouvernement des États-Unis, intitulé « Administration Strategy on Mitigating the Theft of U.S. Trade Secrets », qui a mis l'accent sur l'élévation du risque en découlant pour la préservation des secrets commerciaux et a conduit progressivement le Congrès vers la rédaction puis l'adoption du DTSA.

9.14. La société doit avoir mis en place un mécanisme lui permettant de répondre rapidement et efficacement à toute accusation par un tiers de violation de son secret commercial. Ceci doit comprendre des moyens permettant de démontrer, en cas de menace de saisie ex parte, que des mesures alternatives et moins dommageables peuvent également convenir.

9.15. Parallèlement et en complément des mécanismes de défense, la société doit mettre en place des procédures lui permettant de détecter les violations de ses secrets commerciaux ou, à défaut, d'être en mesure de démontrer avoir fait preuve de la « diligence raisonnable » faute de quoi, selon le DTSA, le délai de prescription court à partir de la violation elle-même et non de sa découverte ou présumée découverte.

Dans la pratique, une société ne peut se contenter d'avoir mis en place des documents contractuels convenablement rédigés, elle doit aussi s'assurer que l'accès à ses secrets commerciaux au quotidien par ses consultants, distributeurs, agents, partenaires de Joint Venture et, le cas échéant, employés est géré de façon rigoureuse, de préférence sur la base de procédures préétablies comportant des échéanciers d'autovérification.

9.16. Enfin, elle doit s'assurer que ses partenaires commerciaux (consultants, distributeurs, agents, franchises… etc.) ont eux-mêmes pris les mesures adéquates visant à assurer :

- la protection des éléments de secret commercial qui leur auront être transmis de façon confidentielle ; et
- le respect du DTSA et généralement de la législation américaine en matière de respect du secret commercial.

En conclusion, le DTSA est non seulement un texte générateur de nouveaux droits et de nouvelles obligations, il est également un texte qui rappelle et souligne opportunément la valeur du secret commercial en tant qu'actif incorporel de l'entreprise. Comme la marque, le brevet et dans une moindre mesure (dans certaines juridictions, comme la Chine et les États-Unis) le droit d'auteur, il n'existe pas sans mesures destinées à le protéger, et devient ainsi le quatrième pilier de la propriété intellectuelle.

Le secret commercial peut être efficace s'il est géré correctement, or il s'agit d'un mode de protection moins onéreux que le brevet ou même que le certificat d'utilité. Là où il est possible, l'effort pour le protéger en vaut la peine, d'autant que les États-Unis ne sont pas le seul marché où s'applique le principe du « secret commercial protégé par la loi si protégé par son propriétaire », d'autres pays comme la Chine en font de même.

P. G-F.

Asie

& R P L W p 5 p$JVLLRHQ D O

0 D N R W R 1 $ * $ 7 6 8 . $

Professeur à l'Université Hitotsubashi

$ V R 7 6 8 . $ 6 $

Maître de conférences à l'Université de Kyushu

LYON
Le Contemporain,
50 Chemin de la Bruyère,
69574 Dardilly Cedex
France

SHANGHAI
Espace Rhône-Alpes 3/F
379 Bao Tun Lu, 200011 Shanghai
China

MUNICH
Theresienhöhe 28,
80339 München
Germany

STRASBOURG
1A, Place Boecler, CS 10 063,
67024 Strasbourg Cedex
France

DIJON
Rue Edmond Voisenet
21000 Dijon
France

SAINT-ÉTIENNE
3 Place de l'Hôtel de ville,
CS 70 203, 42005 Saint-Étienne Cedex 1
France

LAURENT CHARRAS

CONSEILS EN PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

PATENT AND TRADEMARK ATTORNEYS

Tél. (+33) (0)4.78.33.16.60

www.laurentcharras.com

À la recherche d'une propriété littéraire et artistique dans la Chine ancienne

Emmanuel Gillet

Docteur en Droit

'HX[PLOOH DQV G·XQH KLVWRLUH FKLQRLVH GX OLYUH PDUTX
LQWHUQDWLRQDOHV RQQp XQH SHUFHSWLRQ RX PLHX[XQH VHQVLELOLWp
OLWWpUDLUH HW DUWLVWLTXH " /H SUpVHQW DUWLFOH SHUFHFKLQRLVH
TXH SRXUUDLW DYRLU GpMj H[LVWp GDQV OD &KLQH DQFLHQQH
RX G·HPSUXQWV GH OHXUV ±XYUHV HW G·DXWUHV SHQVpHV
DXSUqV DX[TXHOV RQ V·HVW UHSRVp /·DXWHXU FRQFOXW TX·XQH
XQ QLYHDX ORFDO HW VRXV XQH IRUPH SDUWLFXOLqUH GH
GpYHORSSHPHQW GH FHWWH SURSULpWp

« Je dirais, quand bien même on ne le trouverait pas inscrit dans les codes ou défendu devant les tribunaux, qu'une conscience des droits de propriété intellectuelle, ou une sensibilité à leur égard, a probablement existé en Chine, et ce depuis longtemps » (J. Ocko, « Copying, Culture, and Control: Chinese Intellectual Property Law in Historical Context », Yale J. L. H., Vol. 8 (1996), Issue 2, pp. 559-578, spéc. p. 571).

À des époques aussi lointaines que celles de l'Antiquité [1] et des Temps Modernes, le plagiat produisait, dans la conscience des auteurs, un profond sentiment de réprobation. Outre l'usurpateur méprisé de La Fontaine [2] et les « impudents plagiaires » de Molière [3], de nombreux auteurs n'ayant pas connu une telle gloire prirent la peine de tancer les coupables de cette vile pratique [4].

[1] E. Caillemer, 1868, Etudes sur les Antiquités juridiques d'Athènes. Sixième étude, La propriété littéraire à Athènes, A. Durand (Paris) et Prudhomme (Grenoble). Et pour une critique, v. Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, Tome XIX, Ernest Thorin (Paris) et F. Gimet (Toulouse), Séance du 19 juillet 1870, p. 207, spéc. pp. 228 à 232. V. égal. S. Messina, « Le plagiat littéraire et artistique dans la doctrine, la législation comparée et la jurisprudence internationale », RCADI La Haye, t. 52, 1935 pp. 443-582. Enfin, pour une étude plus récente sur la question, v. B. Legras, « La sanction du plagiat littéraire en droit grec et hellénistique », in G. Thür et F J F Nieto (eds.), Comunicaciones Sobre Historia de Derecho Griego y Helenístico, Böhlau Verlag, 2003, pp. 443-452.

[2] J. de La Fontaine, Le Geai paré des plumes du Paon, 1668.

[3] Molière, Les femmes savantes, 1672. L'expression est reprise par Condillac quelques années plus tard, « De l'art de penser », Œuvres complètes de Condillac, Tome VI, Ch. Houel, Paris, 1798, spéc. p. 78.

[4] Parmi de nombreuses illustrations : « [c]ar si je prétendais m'attribuer chose quelconque, qui fut de l'invention d'autrui, je me rendrais digne du nom de plagiaire, ce que je déteste et abhorre autant qu'autre qui vive de mon siècle. Et pour le montrer en effet, je confesserais avoir entrepris d'écrire un livre contre telles manières de gens, usurpateurs ou se revendiquant le labeur d'autrui (…) ou de ceux qui s'attribuent, et mettent en leur nom, les œuvres, ou compositions desquelles ils ne sont pas auteurs ou inventeurs » (François Grudé La Croix du Maine, Premier volume de la

La définition donnée par l'édition de 1777 du Dictionnaire de l'Académie à « Plagiaire » dépeint parfaitement l'opinion d'alors : « [q]ui s'approprie ce qu'il a pillé dans les ouvrages d'autrui (…) Les plagiaires s'attirent le mépris de tout le monde »[5]. Il fallut néanmoins un renversement de régime • s'agissant du droit français • avant que les premières lois sur la propriété littéraire et artistique ne soient adoptées[6]. La juridicité ne reflète pas toujours immédiatement ce que se représente la conscience des uns ou des autres.

Le propos est-il transposable à la Chine ancienne[7], mère du papier et de l'imprimerie ? L'archéologie fait remonter la découverte du papier par d'anciennes civilisations chinoises au 3e siècle avant notre ère[8], tandis que les techniques d'impression, xylographie et typographie à caractères mobiles, dateraient respectivement des 8e et 11e siècles[9], la première ayant généralement dominé la seconde pour des raisons financières et matérielles[10]. Encore faut-il préciser, pour être complet, que ces techniques n'ont jamais fait disparaître le manuscrit[11].

Alors que la puissance intellectuelle chinoise s'est remise en marche il y a près de trente ans, une question s'impose : est-il concevable que les formidables esprits de cette Chine, si vaste, si ancienne et au passé culturel si prolifique et si glorieux, n'aient jamais eu la moindre conscience d'une propriété littéraire et artistique ?

La question est posée, et les travaux en la matière font émerger deux visions. Une première école de pensée, incarnée par le professeur William P. Alford, voit généralement dans le rapport entre l'auteur et son œuvre, de l'abnégation, voire de l'allocentrisme, qu'il justifie en grande partie par le poids de l'ascendance confucéenne[12]. Cette opinion est combattue par une seconde école. Énergiquement menée par le professeur Ken Shao[13], elle considère que le professeur Alford ne tient pas suffisamment compte, d'une part, de la réalité du marché du livre et, d'autre part, de l'émoi • et donc la sentiment d'une certaine injustice •, que de nombreux auteurs et éditeurs ont pu éprouver et exprimer face au plagiat ou à la reproduction des œuvres qu'ils avaient produites.

Ce débat nourrit la connaissance des aspects historiques et culturels du droit chinois de la propriété intellectuelle. À l'heure où la Chine entend se positionner en leader mondial dans les domaines de la connaissance et de l'innovation, il convient de ne pas l'ignorer. Nous nous en ferons l'écho en nous efforçant d'en livrer la quintessence dans une logique visant à déceler la perception des parties prenantes (I) avant de présenter la réalité juridique (II).

---

bibliothèque du sieur de la Croix du Maine, A. L'Angelier, Paris, 1584, spéc. p533).

5 Dictionnaire de l'Académie française, t. 2, Pierre Beaume, Nismes, 1977.

6 D. des 13 et 19 janvier 1791 «relatif aux spectacles» et des 31 décembre 1790 et 7 janvier 1791 «relatif aux auteurs de découvertes utiles ».

7 Soit jusqu'en 1912, chute du régime impérial.

8 J.-P. Dègre, «Les débuts du papier en Chine », Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, 131e année (1987), n° 4, pp. 642-652.

9 G. Beaujouan, «La science au XIVe me si cle », Revue d'histoire des sciences et de leurs applications, t. 3, 1950, n° 1, pp. 5-20, spéc. pp. 12 et 13; C. J. Brokaw, «On the History of Books in China », in C. J. Brokaw and K.-W. Chow (eds.), Printing and Book Culture in Late Imperial China, University of California Press, 2005, pp. 3-53, spéc. p. 8.

10 C. J. Brokaw, «On the History of Books in China », préc., spéc. pp. 8 à 10.

11 Id., p. 16.

12 W. P. Alford, To Steal a Book is an Elegant Offense. Intellectual Property Law in Chinese Civilization, Stanford University Press, 1995.

13 V., en particulier, K. Shao, The Justice of Balance: Understanding Intellectual Property from Chinese Historical and Philosophical Perspectives, Ph.D Thesis, Queen Mary University of London, 2007; « Alien to Copyright?: A Reconsideration of the Chinese Historical Episodes of Copyright », I.P.Q., 2005, No. 4, pp. 400-31 et «The Global Debates on Intellectual Property: What if China is not a Born Pirate? », I.P.Q., 2010, No. 4, pp. 341-355. Les convictions du professeur Shao sont partagées par plusieurs auteurs, dont le prolifique P. K. Yu (V. not. « Intellectual Property and Asian Values », Marq. Intell. Prop. L Rev, Vol. 16 [2012] pp. 329-399), W. Shi (v. not. « The Paradox of Confucian Determinism: Tracking the Root Causes of Intellectual Property Rights Problem in China », J. Marshall Rev. Intell. Prop. L., Vol. 7 [2008], pp. 454-468) ou encore P. J. Ivanhoe, « Intellectual Property and Tradi tional Chinese Culture », in J. K. Campbell, M. O'Rourke, and D. Shier (eds.), Topics in Contemporary Philosophy, Vol. 3, Law and Social Justice, MIT Press, 2005, pp. 125-142. Nombreux sont ceux qui renvoient, d'une manière ou d'une autre, aux travaux de l'illustre Chengsi Zheng.

I. La perception

Comment artistes, lettrés et éditeurs percevaient-ils le plagiat, l'imitation, la reproduction, en somme, ce que nous qualifierions aujourd'hui de « contrefaçon » ? Y étaient-ils indifférents au point de tolérer, voire d'encourager de telles pratiques ? Ou bien, au contraire, ces pratiques pouvaient-elles affecter leur quiétude ? La portée de ces questions embrasse les arts visuels (peinture, calligraphie et gravure) comme les arts littéraires (ouvrages universitaires et encyclopédies, poèmes ou recueils de poèmes, romans ou autres). De précieux travaux sur l'histoire chinoise du livre [14] ont récemment apporté d'importants éléments de réponse, essentiellement dans les domaines littéraires, ce qui nous conduit à examiner la perception des auteurs (A) et celle des éditeurs (B).

A. La perception des auteurs

La perception des auteurs constitue l'une des questions qui cristallisent le débat. Certains considèrent que les auteurs, investis de sentiments altruistes, ne concevaient pas même l'idée d'un droit de propriété sur des créations intellectuelles (1). D'autres, au contraire, soutiennent qu'il existe des vestiges archéologiques témoignant des sentiments que pouvaient connaître certains auteurs à l'égard de l'imitation ou de la reproduction de leurs œuvres (2).

1. « Je transmets, je ne crée pas »

Le professeur Alford insiste sur l'importance du respect et de l'honneur dus au passé et aux aînés. La place occupée par le culte du passé permettrait de saisir les raisons pour lesquelles les répliques et les imitations d'œuvres littéraires et artistiques étaient si répandues. Il souligne que le pouvoir du passé est contenu dans cette proclamation de Confucius : « Le Maître dit : je transmets l'enseignement des Anciens sans rien créer de nouveau, car il me semble digne de foi et d'adhésion » [15]. Une formule permet d'appréhender l'importance que revêt le passé dans la tradition confucéenne : « l'expérience du passé correspond, avec la même force et la même valeur, à l'attention que l'on porte à la vérité dans la tradition occidentale » [16].

Ceci explique également le fait, reconnu par les historiens du droit et les historiens de l'art, que l'apprentissage des valeurs, des lettres et des arts, reposait substantiellement sur la mémorisation, l'imitation ou la reproduction des Classiques, ces œuvres qui concentrent la quintessence de la tradition chinoise [17]. L'on sait, par exemple, que la copie manuscrite servait de moyen mnémotechnique [18]. L'homme lettré étant versé dans les Classiques, s'il s'en appropriait le langage et c'est inconsciemment qu'il en venait à en réciter ou reproduire une partie [19].

Selon le professeur Wen Fong, « la copie de bonne foi, dans la Chine ancienne comme dans la Rome antique, était une forme d'art nécessaire car seule à même de reproduire • et en reproduisant, de faire circuler et de perpétuer • les précieux chefs d'œuvres de la calligraphie et de la peinture » [20]. Loin d'avilir l'œuvre passée, l'œuvre seconde la vénérait tout autant qu'elle honorait son auteur [21], lui-même parfois

[14] V., par ex. : S. Cherniack, « Book Culture and Textual Transmission in Sung China », Harvard Journal of Asiatic Studies, Vol. 54 (1994), No. 1, pp. 5-125 ; R. E. Hegel, Reading Illustrated Fiction in Late Imperial China, Stanford University Press, 1998; L. Chia, Printing for Profit. The Commercial Publishers of Jianyang, Fujian (11th-17th Centuries), Harvard University Press, 2002 ; C. J. Brokaw and K.-W. Chow (eds.), Printing and Book Culture in Late Imperial China, préc.

[15] W. P. Alford, To Steal a Book is an Elegant Offense, préc., spéc. p. 25. V. aussi Lunyu, « Paroles et discours», VIII-1, dans Les Entretiens de Confucius, traduit du chinois par Anne Cheng, Le Seuil, 1981, spéc. p. 61.

[16] S. Owen, Remembrances. The Experience of Past in Classical Chinese Literature, Harvard University Press, 1986, spéc. p. 22 (cité par W. P. Alford in To Steal a Book is an Elegant Offense, préc., spéc. p. 26.

[17] V., par ex. : C. J. Brokaw, «On the History of Books in China », préc., spéc.p. 14 ; N. Vandier-Nicolas, in F. Blanchon (dir.), La question de l'art en Asie orientale, Presses Universitaires Paris Sorbonne, 2008, Paris, pp. 119 et 120.

[18] C. J. Brokaw, «On the History of Books in China », préc., spéc. p. 16.

[19] D. E. Pollard, A Chinese Look at Literature. The Literati Values of Cho Tso-jen in Relation to the Tradition, University of California Press, 1973, spéc. p. 148.

[20] W. Fong, « The Problem of Forgeries in Chinese Painting (Part I) », Artibus Asiae, Vol. 25 (1962), No. 2/3, pp. 95-140, spéc. p. 95.

[21] D. C. K. Chow, The Legal System of the People's Republic of China In a Nutshell, West, 2nd ed (2003), pp. 428 à 430 ; J. R. Floum, « Counterfeiting in the People's Republic of China : The Perspective of the Foreign Intellectual Property Holder », 28 J. World Trade 35, 44 (1994) W. P. Alford, To Steal a Book is an Elegant Offense, préc., spéc. p. 29.

perçu comme simple exécutant des pensées créatives de la Nature[22]. Adopter une attitude contraire à l'orthodoxie et s'écarter de l'œuvre originale pouvait valoir de sévères critiques[23]. Un commentaire d'Escarra conforte cette opinion : « [u]n autre trait remarquable est la permanence des formes et des thèmes décoratifs. À la vérité, lorsqu'un art déterminé a atteint un degré de perfection reconnu, des générations d'artistes, loin de vouloir innover, mettent leur point d'honneur à copier les modèles. Des traités de peinture enseignent minutieusement la façon de peindre « à la manière de... ». En art, comme en littérature, les Chinois sont indifférents au plagiat »[24].

Il faudrait donc voir dans l'imitation ou dans l'emprunt verbatim non pas une exception, mais un usage, pour ne pas dire la norme[25], les œuvres passées appartenant à un héritage commun[26]. Les professeurs Alford et Fong en déduisent que la reproduction, l'imitation et même la falsification d'œuvres picturales étaient généralement tolérées[27].

Il reste qu'une telle appréhension de la création soulève immanquablement des questions quant aux marqueurs de la propriété littéraire et artistique, tels que nous les connaissons aujourd'hui : l'argent (droit de reproduction), la réputation (droit moral) et l'originalité (la personnalité de l'auteur). La première est rapidement tranchée. La vision romantique l'aurait emporté : le peintre et lettré idéal – identifié en la personne de Wang Wei (677-759) – ne concevait la création que comme une nourriture spirituelle personnelle[28].

S'agissant de la réputation, les illustres auteurs ajoutent à leurs développements une citation de Shen Zhou (1427-1509) : « [s]i mes poèmes et mes peintures, qui ne me demandent que de minces efforts, se révèlent utiles aux faussaires, quelle rancune pourrais-je éprouver envers eux ?[29] » Au-delà de la simple tolérance, les copies étaient parfois même désirées avec enthousiasme par les auteurs eux-mêmes[30].

Quant à l'originalité, le professeur Alford ne se résout pas à laisser entendre que l'exercice consistant à « reprendre » tout ou partie d'une œuvre préexistante avait pour seule finalité la reproduction à l'identique de l'œuvre littéraire[31] ou picturale[32] primaire. Il soutient, au contraire, que les valeurs confucéennes sont plus exigeantes, qu'elles appellent à une démarche interactive, d'intégration et de transformation avec le passé[33]. Par ailleurs, nul

---

[22] W. P. Alford, To Steal a Book is an Elegant Offense, préc., spéc. p. 27.

[23] Le témoignage du calligraphe et critique d'art Dong Qichang (1555-1636) est éloquent. Son but était de « s'éloigner de l'original, de ne pas s'y conformer. Quand on étudie la calligraphie des anciens maîtres, écrivait-il, il est acceptable que le travail de chacun ne ressemble pas aux modèles, afin de ne pas être tourné en ridicule et appelé l'esclave d'esclaves ». Cette attitude, si peu conventionnelle, lui avait valu des critiques sévères au motif que le fruit de son travail ne formait pas une réplique (G. Cheng-Chi Hsü, « Imitation and Originality. Theory and Practice », in M. J. Powers and K. R. Tsiang (eds.), A Companion to Chinese Art, Wiley Blackwell, 2016, pp. 293-311, spéc. p. 302).

[24] J. Escarra, La Chine et sa civilisation, Armand Colin, 1937, spéc. p. 79.

[25] R. A. LaFleur, « Literary Borrowing and Historical Compilation in Medieval China », in L. Buranen and A. M. Roy (eds.), Perspectives on Plagiarism and Intellectual Property in a Postmodern World, Suny Press, 1999, pp. 141-151.

[26] C. R. Stone, « What Plagarism Was Not: Some Preliminary Observations on Classical Chinese Attitudes Toward What the West Calls Intellectual Property », Marq. L. Rev., Vol. 92 [2008], pp. 199-230.

[27] W. Fong, « The Problem of Forgeries in Chinese Painting (Part I) », préc., spéc. p. 100; W. P. Alford, To Steal a Book is an Elegant Offense, préc., spéc. p. 29.

[28] W. Fong, « The Problem of Forgeries in Chinese Painting (Part I) », préc., spéc. p. 104.

[29] W. Fong, « The Problem of Forgeries in Chinese Painting (Part I) », préc., spéc. p. 101; W. P. Alford, To Steal a Book is an Elegant Offense, préc., spéc. p. 29. Il nous paraît utile de signaler deux choses: d'une part, Shen Zhou avait lui-même, dans sa jeunesse, réalisé des copies ou des imitations de chefs d'œuvres (W. Fong, « The Problem of Forgeries in Chinese Painting (Part I) », préc., spéc. p. 103) ; d'autre part, il était le descendant d'une lignées d'artistes reconnus dont les succès l'avait mis à l'abri du besoin.

[30] W. Fong, « The Problem of Forgeries in Chinese Painting (Part I) », préc., spéc. p. 100; W. P. Alford, To Steal a Book is an Elegant Offense, préc., spéc. p. 29.

[31] Sur la question, en matière littéraire, v. W. P. Alford, To Steal a Book is an Elegant Offense, préc., spéc. pp. 26 et 27.

[32] W. P. Alford in To Steal a Book is an Elegant Offense, préc., spéc. pp. 27 et 29. Le commentaire d'un historien de l'art conforte cette opinion : « [l]'art des "individualistes" est plein d'émotion et de vitalité. Comme ils ne s'arrêtaient pas à la copie des maîtres anciens et ne suivirent pas les techniques anciennes, ils purent expérimenter et développer des techniques nouvelles en peinture. Ils ne s'intéressèrent que très peu à reproduire la nature de façon réaliste. Au contraire, ils peignirent de façon impulsive sans suivre les dogmes en vigueur » (S. W. Bushell, L'art de la Chine, Parckstone Press International, 2009, p. 237).

[33] Le professeur Alford emploie l'expression « process of transformative engagement » (W. P. Alford, To Steal a Book is an Elegant Offense, préc., spéc. p. 26). On trouve les traces d'une telle démarche sous la dynastie Ming (1368-1644), qui a vu

n'ignore que, dans le cadre de l'acquisition des techniques artistiques, En Chine comme dans la Rome antique où à l'époque de la Renaissance, l'imitation et la reproduction sont perçues comme des étapes vers le développement d'un style personnel[34].

Si le plagiat résulte, comme nous le pensons, d'une intention fourbe et malicieuse de s'approprier le travail ou le talent d'autrui, rien ne permet d'affirmer, en présence d'une telle perception des choses, que c'était généralement le cas dans la Chine impériale. C'est précisément ce que le professeur Fong entend faire savoir : « la falsification des œuvres d'art n'a jamais écopé de la connotation négative qu'elle reçoit en Occident »[35].

2. « Les mots doivent émerger de nous même. Sinon, nous plagions »

Cette expression, de Han Yu (768-824), apparaît en guise d'épigramme dans un article du professeur Shao[36]. Selon ce dernier, les actes que nous qualifions aujourd'hui de « contrefaçon » étaient perçus comme immoraux, et ce dès les 3e et 5e siècles[37]. Il faut reconnaître que l'argument est conforté par l'origine et l'étymologie du mot « plagiat » (t'<), dont le second caractère ('<) signifie « voler ». En outre, on le connaissait déjà au 5e siècle[38].

Le point de départ de l'argumentation du professeur Shao repose sur la vitalité du marché de l'édition. Un raisonnement inductif le conduit à concevoir l'idée qu'un marché d'un tel dynamisme et d'une telle ampleur n'aurait pu prospérer sans une certaine perception et même une certaine pratique de la propriété littéraire et artistique. Restaient alors à débusquer des vestiges susceptibles de confirmer son intuition.

C'est dans cette démarche qu'il édifie un faisceau d'indices visant à démontrer que les professionnels de la culture et de la connaissance n'étaient pas insensibles au « pillage » du fruit de leur investissement et de leurs efforts. Les exemples recueillis et proposés sont de natures différentes. Certains paraissent vouloir • et peut-être pouvoir • insuffler dans la conscience populaire une maxime qui reviendrait à dire : « tu ne plagieras point ». C'est bien en ce sens que l'on peut interpréter cette citation de Han Yu, auteur qui figure au panthéon de la littérature chinoise : « les mots doivent émerger de nous même. Sinon, nous plagions »[39].

D'autres permettent de saisir l'émoi de ceux dont les œuvres avaient été répliquées ou imitées. Y sont décrits des sentiments d'indignation, de mépris et de colère. Telles sont bien les émotions qui gagnèrent, par exemple, le poète Su Shi (1037-1101) quand il découvrit que ses œuvres avaient été mêlées à d'autres, qu'il jugeait vulgaires : « [m]es poèmes et essais sont […] mélangés avec de prétendues œuvres. Il arrive parfois qu'ils soient vulgairement modifiés. J'éprouve de l'indignation à leur lecture […]. Je condamne les motifs pécuniaires de ceux qui ont ainsi publié mes œuvres. Il me tarde de détruire le matériel qui a servi à leur publication »[40].

Un juriste contemporain verrait ici la marque d'une atteinte insoutenable au droit moral. On sait depuis longtemps que l'une des fonctions du droit moral vise précisément à préserver la réputation de l'auteur[41]. Force est de constater que, dans

l'émergence d'un mouvement appelé « imitation créative », « imitation libre » ou encore « imitation non-imitative » (G. Cheng-Chi Hsü, « Imitation and Originality. Theory and Practice », préc., spéc. p. 300).

34 Id., spéc. p. 293.

35 W. Fong, « The Problem of Forgeries in Chinese Painting (Part I) », préc., spéc. p. 99

36 Il emploie une version anglaise : « In our tradition, words should come from one self. Otherwise, one plagiarizes » (K. « Alien to Copyright?: A Reconsideration of the Chinese Historical Episodes of Copyright », préc., spéc. p. 400). En chinois : « » Han Yu (768-824).

37 Id, spéc. p.417.

38 X. Zheng, Do not Kill the Goose that Lays Golden Eggs: the Reasons of the Deficiencies in China's Intellectual Property Rights Protection, Thèse, MPhil University of York, 2015.

39 Préc.

40 Id., spéc. p. 420. Cela dit, Su Shi aurait également clamé, pour se défendre d'une accusation de plagiat : « la poésie n'appartient à personne » (D. Palimbo-Liu, The Poetics of Appropriation. The Literati Theory and Practice of Huang Tingjian, Stanford University Press, 1993, spéc. p. 175).

41 « [L]a doctrine et la jurisprudence reconnaissent d'une façon formelle aujourd'hui le droit pour l'écrivain et pour l'artiste de défendre en son œuvre sa personnalité et sa réputation parce que l'œuvre les représente et les symbolise (…). L'auteur est en droit de défendre sa personnalité et sa réputation dans son œuvre parce que son œuvre le personnifie » (G. Verley, obs. sous Trib. Civ. Seine,

l'exemple ainsi rapporté, l'indignation éprouvée par l'auteur relève bien de cette nature. Le professeur Shao insiste fortement sur cet aspect : la réputation[43]. Or de la réputation au droit moral, il n'y a qu'un pas. Le lien entre l'une et l'autre ne paraît pas si distendu quand on considère, dans la tradition chinoise, le culte dit de la face. Il « ressemble un peu au préjugé du qu'en-dira-t-on en Europe [mais] il est plus fort, plus universel et souvent tyrannique. Perdre la face, c'est être souvent déconsidéré, devenir ridicule »[44]. La réputation risquant d'être indélébilement imprimée dans les écrits, il n'est pas surprenant que certains universitaires jugèrent opportun de ne pas se laisser associer à des œuvres compromettantes, voire de désavouer des publications non autorisées[44]. C'est peut-être ce qui conduisit Zhu Xi (1130-1200) • parfois présenté comme le philosophe le plus influent après Confucius[45] • à acheter un stock entier d'ouvrages reproduisant l'une de ses œuvres[46], alors même qu'il était confronté à des difficultés financières chroniques[47].

Il paraît également utile de mettre en lumière un élément qui, bien que très brièvement évoqué par le professeur Shao, n'en demeure pas moins révélateur d'une pratique susceptible de donner naissance à des droits patrimoniaux. Ainsi apprend-on que des auteurs écrivant au 17e siècle pouvaient percevoir un intéressement calculé sur le nombre d'ouvrages vendus[48]. Malgré l'abnégation que le poids de la morale confucéenne était censée imposer aux probes lettrés[49] • et en dépit du mépris dont souffraient les marchands dans la Chine ancienne •, il serait exagéré d'ignorer les difficultés matérielles et financières auxquelles ils pouvaient être confrontés.

Le faisceau d'indices peut encore être utilement enrichi par une contribution, indiquée par les professeurs Carré et Lamouroux[50]. On y dresse une liste « de ce que les auteurs Song et les maisons d'édition (…) percevaient comme malversations : gravure d'un ouvrage sans autorisation de l'auteur ; modifications apportées au contenu d'une œuvre originale lors d'une reproduction ; ajouts au contenu d'une œuvre originale lors d'une réédition ; modification du titre initial d'un livre ; utilisation mensongère du nom d'un auteur réputé pour accroître les ventes[51] »

B. La perception des éditeurs

Hier comme aujourd'hui, en Chine comme ailleurs, il est dans la nature de l'éditeur de pouvoir investir (1) et d'être doué de sentiments (2).

1. L'investissement

Sur le plan démographique, à l'aube de la dynastie Yuan (1271-1368), la population chinoise atteignait

---

3e ch., 20 mai 2011, Héritiers Millet c. Kuhn et Kunzli, L'art et le droit, 1912, p. 97 et s., spéc. pp. 102 et 103).

42 K. Shao, « Alien to Copyright?: A Reconsideration of the Chinese Historical Episodes of Copyright », préc., spéc. pp. 411 et 412, puis 416 et 417.

43 Et l'auteur d'ajouter que « dans certains cas, plusieurs préfèrent la mort à cette humiliation » (Mgr. P. M. Reynaud, Une autre Chine, Paillart, 1897, spéc. p. 34).

44 S. Cherniack, « Book Culture and Textual Transmission in Sung China », préc., spéc. p. 65.

45 Confucius Analects. With Selections from Traditional Commentaries, translated by E. Slingerland, Hackett Publishing, 2003, v. « Appendix 4: Traditional Chinese Commentators Cited », spéc. p. 269.

46 S. Cherniack, « Book Culture and Textual Transmission in Sung China », préc., spéc. p. 65.

47 Ibid. A moins que ce ne soit précisément pour ces difficultés matérielles qui l'aient amené à acheter ce stock, de manière à assurer l'écoulement des copies autorisées de son œuvre. Le scrupuleux Zhu Xi, pénétré de sa vocation, a dû même faire face aux faux dans son travail d'auteur. Plus précisément, il s'est trouvé confronté aux problèmes posés par l'impression hors de tout contrôle de ses écrits (…). [Ceux-ci] le pénalisaient matériellement en le privant des bénéfices matériels qu'il pouvait attendre de son travail » (G. Carré et C. Lamouroux, « Faux produits et marchandises contrefaites dans la Chine et le Japon prémodernes : réglementations, corps de métiers et contraintes éthiques », Extrême-Orient, Extrême-Occident, 2010, n° 32, pp. 115-161, spéc. para. 45). Cette interprétation mérite toutefois d'être lue avec précaution car les auteurs se réfèrent également à l'article du professeur Cherniack (S. Cherniack, « Book Culture and Textual Transmission in Sung China », préc., spéc. p. 65), laquelle rapporte cette anecdote dans le cadre d'un exposé relatif à la réputation.

48 K. Shao, « Alien to Copyright?: A Reconsideration of the Chinese Historical Episodes of Copyright », préc., spéc. p. 422.

49 V. ci-dessus, au I-A-1.

50 G. Carré et C. Lamouroux, « Faux produits et marchandises contrefaites dans la Chine et le Japon prémodernes : réglementations, corps de métiers et contraintes éthiques », préc., spéc. para. 45.

51 Feng Nianhua, « Daoban dui Songdai banquan baohu xianxiang de yingxiang », Tushuguan gongzuo yu yanjiu, 2006/3, pp. 63-65. Cité par G. Carré et C. Lamouroux, « Faux produits et marchandises contrefaites dans la Chine et le Japon prémodernes : réglementations, corps de métiers et contraintes éthiques », spéc. note 37.

près de 59 millions d'habitants[52]. Elle connut un formidable accroissement sous le règne des Qing (1644-1912), passant de 177 millions en 1644 à 432 millions en 1912[53]. Or, dès l'époque de la dynastie Song (960-1279), le marché de l'édition prenait son essor, porté et nourri par l'institution d'un système d'examen civil destiné à grossir les rangs de la bureaucratie impériale[54]. Ce dernier donnait « accès à un certain statut social, à la richesse et à l'autorité politique »[55]. Mais de la réussite dépendaient la possession ou l'accès aux ouvrages nécessaires[56]. Par ailleurs, le livre constituant un objet de reconnaissance sociale[57], un mouvement bibliophilique avait émergé quelques siècles avant les Song[58]. Au cours des dynasties Ming (1368-1644) et Qing (1644-1912), il y eut un développement significatif de l'industrie du livre[59] au point qu'en 1861, un auteur faisait remarquer qu'il était « très rare de rencontrer un Chinois complètement illettré »[60]. Cependant, cette impression est largement tempérée par des études reposant sur des méthodes plus scientifiques : la population lettrée devait alors représenter 25 à 45 % des hommes et 2 à 10 % des femmes[61].

À l'unanimité, les experts affirment que l'histoire du livre chinois est quantitativement marquée par les éditions, rééditions et reproductions successives des ouvrages académiques destinés à tous ceux qui envisageaient d'occuper un poste au sein la bureaucratie[62]. On reconnaît d'ailleurs que nombre de candidats ne disposaient pas de moyens suffisants pour se procurer les ouvrages utiles, ce qui les amenait à en réaliser des copies manuscrites[63]. Cependant, l'histoire du livre ne se résume pas à cela. Il faut être conscient du fait que les éditeurs ne se satisfaisaient pas de répondre à la demande : ils l'anticipaient et la créaient[64]. Cela nous conduit à ne pas ignorer ni sous-estimer la diversité et l'ampleur d'un marché qui donnait naissance à la parution d'ouvrages utiles (almanachs, calendriers, manuels de médecine et même des manuels de droit des contrats[65]) et d'œuvres de fiction ou de divertissement (recueils de poèmes, romans, manuels d'échecs, etc.). L'industrie du livre s'était, au fil des siècles, structurée et rendue économiquement puissante, à tout le moins dans certaines provinces.

Cet environnement nous invite à insister sur la concurrence et les investissements[66].

Les historiens du livre démontrent l'existence d'une concurrence parfois féroce entre les éditeurs. À

[52] J. Banister, China's Changing Population, Stanford University Press, 1991 spéc. p. 4.

[53] Ibid.

[54] Cet examen est décrit et commenté par E. Biot, Essai sur l'histoire de l'instruction publique en Chine et de la corporation des lettrés depuis les anciens temps jusqu'à nos jours, Benjamin Duprat, 1845 (vol. 1) et 1847 (vol. 2).

[55] C. J. Brokaw, «On the History of Books in China », préc., spéc. p. 3.

[56] Ibid.

[57] S. Cherniack, «Book Culture and Textual Transmission in Sung China », préc., spéc. p. 65.

[58] Id., p. 4.

[59] C. J. Brokaw, «On the History of Books in China », préc, spéc. p. 23.

[60] A. Poussielgue, Voyage en Chine et en Mongolie de M. de Bourboulon, ministre de France et de madame de Bourboulon, 1860-1861, Hachette, 1866, pp. 226-227. L'auteur ajoute : « [l]es rues sont littéralement tapissées d'affiches, de réclames, de sentences philosophiques (…). [L]es bibliothèques sont dans les rues : non-seulement les façades des tribunaux, les paroles, les temples, les enseignes des marchands, les portes des maisons, l'intérieur des appartements, les corridors sont remplis de maximes de toute sorte, mais encore les tasses à thé, les assiettes, les vases, les éventails sont autant de recueils de poésie. Dans les plus pauvres villages où les choses les plus nécessaires à la vie manquent complètement, on est sûr de trouver des affiches » (p. 101) et il poursuit « [i]l n'y a pas un pays au monde où les murailles soient placardées d'autant d'affiches (p. 238).

[61] C. J. Brokaw, «On the History of Books in China », préc, spéc. pp. 30 et 31.

[62] L. Chia, Printing for Profit. The Commercial Publishers of Jianyang, Fujian (11th-17th Centuries), préc., spéc. p. 74.

[63] J. P. Park, «Art, Print and Cultural Discourse in Early Modern China », in M. J. Powers and K. R. Tsiang (eds.), A Companion to Chinese Art, Wiley Blackwell, 2016, pp. 73-90, spéc. pp. 74 à 76.

[64] L. Chia, Printing for Profit. The Commercial Publishers of Jianyang, Fujian (11th-17th Centuries), préc., spéc. p. 118.

[65] Id., spéc. p. 237.

[66] Les plus éminents experts s'accordent à reconnaître que la typographie à caractères mobiles requérait un investissement initial colossal, compte tenu du nombre de caractères que contient le système d'écriture chinois. Cela explique que la technique fut le plus souvent délaissée au profit de la xylographie. V., par ex. : J.-P. Dègre, «Poirier et Jujubier. La technique de la xylographie en Chine », in F. Barbier, A. Parent-Charon, F. Dupuisgrenet Desroussiles, C. Jolly et D. Varry (éds.), Le livre et l'historien. Etudes offertes en l'honneur du professeur Henri-Jean Martin, Droz, 1997, pp 85-94.

l'époque des Yuan (1271-1368) et des Ming (1368-1644), on trouve ainsi des colophons dans lesquels certains éditeurs n'hésitaient pas à encenser leurs ouvrages tout en dénigrant ceux des concurrents[67]. Dans un marché de plus en plus spécialisé et segmenté[68], les éditeurs rivalisaient d'imagination pour favoriser la commercialisation de leurs ouvrages. On rapproche même certaines des pratiques d'alors des techniques de marketing actuelles[69]. Enfin, relevons que la qualité des publications commerciales, souvent mauvaise[70], était directement attribuable à la pression de la concurrence[71].

Or la concurrence appelle l'investissement. À cet égard, le cas de l'éditeur Mao Jin (1599-1659) est remarquable. Pour mener à bien son entreprise, il avait acquis pas moins d'une dizaine d'immeubles pour y accommoder ses employés (environ une centaine), dont des écrivains, des copistes, entre trente et quarante graveurs et une trentaine d'universitaires de renom[72]. Ajoutons que l'acquisition des techniques liées à la xylographie requérait deux à trois années d'apprentissage[73]. Le marché étant segmenté, un certain nombre de maisons d'édition faisaient le choix de mettre, à la disposition d'un lectorat sélectionné, des œuvres d'un raffinement remarquable[74]. Leur prix de vente, élevé[75], laisse entendre que la confection de tels ouvrages exigeait un investissement conséquent.

Enfin, malgré la concurrence, des maisons d'édition pouvaient être amenées à rapprocher leurs forces pour venir conjointement à bout de projets faramineux[76].

Un tel contexte pose fatalement la question de la rentabilité et, indirectement mais certainement, celle de la tolérance envers les pratiques malhonnêtes. Nous nous contenterons de mettre en lumière quelques exemples qui devraient suffire à attester la réalité de ces dernières

Parmi les « techniques de marketing » déjà évoquées, le nom (ou l'absence de nom) de l'auteur ou de l'éditeur pouvait jouer un rôle déterminant. À cet égard, certaines manœuvres paraissaient bien peu scrupuleuses, à l'instar de cet éditeur qui apposa le nom du célèbre poète Wang Shipeng (1112-1117) dans l'espoir d'assurer un niveau de ventes élevé[77]. À l'opposé, il est avéré que les éditions des époques Ming (1368-1644) et Qing (1644-1912) ne mentionnaient pas toujours le nom de l'imprimeur. Cette obligation leur était pourtant imposée afin de permettre aux autorités de s'assurer de la qualité, de la fiabilité et de l'orthodoxie des parutions. D'éminents experts estiment que cette « omission » s'explique en partie par le fait qu'il s'agissait de vulgaires plagiats ou de copies non autorisées[78]. Par ailleurs, des motifs commerciaux tenant à la nécessité d'attirer un lectorat composé d'érudits et de lettrés amenaient certaines maisons d'édition à insérer dans leurs ouvrages des imitations d'œuvres picturales[79]. Un ensemble de pratiques qu'un juriste contemporain qualifierait de déloyales paraît pouvoir être incarné en la personne d'un fameux éditeur : Yu Xiangdou (1588-1609). Le professeur Chia dresse un portrait en demi-teinte de cette heureuse et prolifique figure de l'édition. Ainsi, nous n'ignorons pas qu'il lui arrivait, entre autres agissements, de modifier des œuvres existantes dans une entreprise de séduction du

[67] L. Chia, Printing for Profit. The Commercial Publishers of Jianyang, Fujian (11th-17th Centuries), préc., spéc. p. 51.
[68] R. E. Hegel, Reading Illustrated Fiction in Late Imperial China, préc., spéc. pp. 140 et s.
[69] Id., spéc. pp. 73 à 75.
[70] L. Chia, Printing for Profit. The Commercial Publishers of Jianyang, Fujian (11th-17th Centuries), préc., spéc. 185.
[71] Id., spéc. pp. 24-62 et p. 74.
[72] R. E. Hegel, Reading Illustrated Fiction in Late Imperial China, préc. spéc. p. 75. L. Chia, Printing for Profit. The Commercial Publishers of Jianyang, Fujian (11th-17th Centuries), préc., spéc. p. 187
[73] L. Chia, Printing for Profit. The Commercial Publishers of Jianyang, Fujian (11th-17th Centuries), préc., spéc. p. 34.
[74] C. J. Brokaw, «On the History of Books in China », préc., spéc. pp. 25 et 26; R. E. Hegel, «Niche Marketing for Late Imperial Fiction », in C. J. Brokaw and K.-W. Chow (eds.), Printing and Book Culture in Late Imperial China, préc., spéc. pp. 235-267; J. P. Park, «The Art of Being Artistic: Painting Manuals of Late Ming China (1550-1644) and the Negotiation of State», Artibus Asiae, Vol. 71 (2011), No. 3, pp. 51-54.
[75] R. E. Hegel, «Niche Marketing for Late Imperial Fiction », préc. spéc. pp. 239 et s.
[76] L. Chia, Printing for Profit. The Commercial Publishers of Jianyang, Fujian (11th-17th Centuries), préc., spéc. pp. 188 et 189.
[77] Id., spéc. p. 118.
[78] R. E. Hegel, Reading Illustrated Fiction in Late Imperial China, préc. spéc. p. 141; L. Chia, Printing for Profit. The Commercial Publishers of Jianyang, Fujian (11th-17th Centuries), préc., spéc. p. 52.
[79] L. Chia, Printing for Profit. The Commercial Publishers of Jianyang, Fujian (11th-17th Centuries), préc., spéc. p. 217.

lectorat, tout en s'en attribuant exclusivement les mérites[80]. Photographies de documents d'époque à l'appui, le professeur Chia assure que la concurrence et la nécessité de réaliser des économies avaient rendu cette pratique courante[81].

2. Le sentiment

Le contexte nous invite à partager volontiers l'intuition du professeur Ocko évoquée à travers l'épigramme de cette contribution. Il imagine mal que l'idée de propriété intellectuelle n'ait pas pu germer dans les esprits de « ceux qui tiraient leur prestige social de connaissances plus occultes que la connaissance confucéenne »[82]. En effet, dès le 12e siècle, des éditeurs respectables se souciaient des effets d'un marché « parallèle ». Nous retrouvons ainsi Zhu Xi[83] qui, dans une lettre à Lü Zuqian (1137-1181), exprimait son désarroi face à la reproduction, par un marchand, de son ouvrage intitulé Quintessence du Mencius, qu'il avait édité à compte d'auteur : « [j]e ne sais comment faire. Je considère que le coût de ce livre a été assez important et qu'il est le produit de très nombreux efforts (…) Si l'on parvient à interrompre tout cela alors que les frais ne sont pas encore importants, il n'y aura de dommage pour aucune des deux parties. (…) La mention de cette affaire est, j'en ai pleinement conscience, ridicule, mais c'est inévitable d'en arriver là dès lors que cela touche le gagne-pain de pauvres gens, et elle est donc également excusable[84] ». Le contenu de cette lettre est assez révélateur : l'auteur y évoque bien à la fois l'investissement et le labeur enduré pendant la réalisation de l'ouvrage. Le professeur Shao assure que, dans cette affaire, Zhu Xi avait formé une requête auprès des autorités locales[85].

Bien plus tard, une inscription sur l'une des œuvres de Yu Xiangdou (1588-1609) apporte un élément d'appréciation concordant : « [t]ous les romans que j'ai publiés sont des compositions soigneuses venues de mon cœur. Le travail fut si laborieux que des callosités sont apparues sur ma main. J'ai investi tellement d'argent qu'il est difficile d'en faire le calcul ! Ces profiteurs sont assez impudents pour être qualifiés de scélérats et de fripons »[86].

Enfin, pour terminer cette série d'illustrations[87], se faisant les gardiens d'une certaine éthique, des éditeurs ayant une perception suffisamment précise de ce que nous nommerions aujourd'hui « contrefaçon », en venaient à menacer les potentiels contrefacteurs de poursuites. Ce colophon de l'époque Qing (1644-1912) en atteste : « [n]ous, qui investissons dans l'édition et composons des ouvrages, ne nous engageons que dans des activités élégantes et créatives, et rejetons fermement le plagiat. Si un profiteur ose contrefaire ou tromper le lecteur, il sera sévèrement poursuivi. Nous ne montrerons aucune pitié[88] ».

Force est de reconnaître que tant les arguments avancés que les illustrations qui les appuient sont de nature à emporter la conviction. Il existait bien, en tout cas parmi les parties prenantes, mais en tout état de cause, à diverses époques, un sentiment d'exaspération vis-à-vis de toute forme de reproduction non autorisée.

II. La juridicité

Deux mille ans d'une histoire chinoise du livre, marqués par une progression constante de son marché, n'ont-ils jamais façonné une perception ou mieux, une conscience, susceptible de faire émerger une idée d'une propriété littéraire et artistique ? Il est certain qu'aucun instrument de nature législatif n'a consacré le droit de propriété littéraire et

[80] Id., p. 157.
[81] Id., p. 213.
[82] J. Ocko, « Copying, Culture, and Control: Chinese Intellectual Property Law in Historical Context », préc., spéc. p. 570.
[83] Celui qui, précédemment, avait acquis la totalité d'un stock de copies. V. ci-dessus.
[84] Zhu Xi, Huianji, j. 33, éd. Siku quanshu, spéc. p. 31a-31b (rapporté et traduit en français par les professeurs Carré et Lamouroux, « Faux produits et marchandises contrefaites dans la Chine et le Japon prémodernes : réglementations, corps de métiers et contraintes éthiques », préc, spéc. para. 46).
[85] K. Shao, « An alien of copyright? A reconsideration of the Chinese historical episodes of copyright », préc., spéc. p. 424.
[86] Cité par K. Shao, id, spéc. p. 422.
[87] Il en existe bien d'autres. V. not. K. Shao, in « An alien of copyright? A reconsideration of the Chinese historical episodes of copyright », préc., spéc. pp. 424 et s.
[88] Rapporté par K. Shao, id, spéc. p. 423. Cela dit, la personnalité contrastée de Yu Xiangdou (v. nos développements ci-dessus au I-B-1) autorise à douter de la parfaite véracité de ce témoignage. V. égal. L. Chia, Printing for Profit. The Commercial Publishers of Jianyang, Fujian (11th-17th Centuries) préc., spéc. 157.

artistique (A). Malgré tout, historiens et archéologues ont découvert que de nombreux auteurs et éditeurs, à diverses époques, avaient formulé des requêtes auprès d'autorités locales (B).

A. La loi

Contrairement à la période actuelle, le législateur chinois n'a pas toujours été prolifique. Un auteur fait remarquer que l'expression de Montesquieu « [q]uand un peuple a de bonnes mœurs, les lois deviennent simples[89] » conviendrait parfaitement à Confucius[90], dont la pensée était mue par cet aphorisme que l'homme est bon et d'une bonne morale par nature[91]. Cela réduit, en effet, la nécessité de recourir à la loi. Il n'empêche que, sous l'influence de la pensée légaliste, des instruments normatifs régissaient les actes de la vie en société[92]. Cependant, aucun ne contient, de près ou de loin, quelque disposition que ce soit en matière de propriété littéraire et artistique. À titre d'exemple, si le Code Tang comporte un chapitre sur la fraude et la contrefaçon et des articles concernant les artistes et les lettrés appelés à la Cour impériale, aucune de ces dispositions ne consacre ne serait-ce que des droits individuels[93].

Il est acquis que des instruments normatifs furent adoptés pour interdire la reproduction ou la distribution de certaines œuvres littéraires[94]. Les variations dans l'intensité de l'inquisition littéraire sont révélatrices de la politique impériale[95]. À cet égard, un édit de 835 est parfois présenté comme la plus ancienne loi sur la presse[96]. Il prohibait l'édition et la reproduction d'ouvrages édités à titre commercial qui portaient sur l'astronomie et la météorologie, tels que les calendriers et les almanachs. La prohibition tient à la nature des informations contenues, perçues comme primordiales dans le cadre d'une société essentiellement agraire.

De tels édits n'avaient pas vocation à reconnaître une protection de nature juridique contre les imitations ou reproductions non autorisées. La structure sociétale de la Chine ancienne, solidement fondée sur la famille et la collectivité, aurait étouffé les velléités portant vers une telle reconnaissance. Les historiens du droit chinois décrivent une société féodale, patriarcale et hiérarchisée[97]. Dans une société féodale rigoureusement hiérarchisée, où « chaque individu doit tout à ses parents et, par extension, à la nation personnifiée par l'empereur[98] », la notion même de droits personnels n'était guère concevable[99].

En réalité, ces édits avaient pour cause et objet exclusifs de contrôler les œuvres et leur diffusion afin, d'une manière générale, de garantir la pérennité du pouvoir impérial[100]. Il pouvait s'agir, en particulier, de s'assurer du caractère orthodoxe et de la fiabilité d'informations perçues comme jouant un rôle central dans l'organisation sociale. Cette politique se révélait encore à un ministre

89 Montesquieu, De l'esprit des lois, Livre XIX, Cha. XXII, Vue Dabo, 1824, spéc. p. 209.

90 Voir J. W. Head, China's Legal Soul: The Modern Chinese Legal Identity in Historical Context, Carolina Academy Press, 2009, spéc. pp. 14 et 15.

91 Id., spéc. p. 15.

92 Pour un aperçu général, v. J. W. Head, China's Legal Soul: The Modern Chinese Legal Identity in Historical Context, Carolina Academy Press, 2009, spéc. pp. 26 et s.

93 Voir The T'ang Code, Volume I, traduit par W. Johnson, Princeton University Press, 1997.

94 W. P. Alford, To Steal a Book is an Elegant Offense, préc., spéc. pp. 12 à 15.

95 Ibid. V. aussi M. Bastid, « Les lettrés et l'"ordre moral" : la "prison des lettres", — censure et inquisition sous la dynastie des Qing », Extrême-Orient Extrême-Occident, 1984, n° 4, pp. 71-80.

96 M. Bastid, « Les lettrés et l'"ordre moral" : la "prison des lettres", — censure et inquisition sous la dynastie des Qing », préc, spéc. p. 72; C. J. Brokaw, «On the History of Books in China », préc., spéc. pp. 18 à 20.

97 Lequel renvoie « au comportement approprié en fonction de la place qu'occupe l'individu au sein de la famille ou du système social ou politique» J. W. Head, China's Legal Soul: The Modern Chinese Legal Identity in Historical Context, préc., spéc. p. 11.

98 C. L. Miller II, « A cultural and Historical Perspective to Trademark Law Enforcement in China », 2 Buff. Intell. Pro. L.J. 103 2003-2004, spéc. p. 108, l'idée étant développée jusqu'à la page 113.

99 V. not. K. Fan, Arbitration in China. A Legal and Cultural Analysis, Hart Publishing, 2013, spéc. pp. 92 et s.

100 « Tous les exemples connus d'efforts déployés par l'État, avant le vingtième siècle, pour assurer la protection de ce que nous appelons à présent la propriété intellectuelle, semblent avoir été massivement dirigés vers le maintien de l'empire impérial. Les efforts de l'administration ne concernaient que de manière très marginale, pour ne pas dire nulle, la création ou le maintien de droits de propriété (…) ou la promotion du droit de paternité sur une œuvre de l'esprit ou sur une invention» (id., spéc. pp. 16 et 17).

français voyageant en Chine à la fin du 19e siècle : « [l]a littérature, écrit-il, n'a d'autre mérite que d'être utile à la société, en adoucissant les mœurs et en apprenant aux hommes à se conduire »[101]. En d'autres termes, rien n'était autorisé en dehors des frontières de l'orthodoxie confucéenne. C'est également à des fins sociétales que les autorités impériales et provinciales exerçaient un contrôle notamment sur la qualité des œuvres universitaires destinées aux candidats aspirant à une carrière au sein de la bureaucratie impériale.

Malgré l'absence de loi explicite visant à interdire la reproduction non autorisée d'ouvrages, certains auteurs estiment que le contrôle de la diffusion des œuvres n'était pas fondamentalement incompatible avec un régime de droit d'auteur et soutiennent même que de tels droits ont effectivement été reconnus, serait-ce sous une forme parsemée et embryonnaire[102].

Pour avancer dans cette direction, il convient de préciser que les sujets de l'empire disposaient de la faculté d'élever leurs protestations auprès de magistrats. Bien que la tradition confucéenne invite fortement à se détourner du conflit[103], les historiens du livre ont révélé des ouvrages marqués d'avertissements frappés de sceaux préfectoraux. Ces derniers pourraient constituer les prémices d'une reconnaissance, à tout le moins à un niveau local, d'une certaine propriété littéraire et artistique.

B. Les recours

Auteur d'un article paru en 1943, le professeur Wu Kuang-Ch'ing indique, d'une part, que beaucoup d'éditeurs n'avaient pas hésité à employer ce moyen pour assurer la protection de leurs œuvres, d'autre part, que cette voie juridique était déjà bien ancrée à l'époque de la dynastie Song et, enfin, qu'aucune législation ne l'avait abolie[104].

L'exemple qu'il présente paraît, de prime abord, tout à fait éloquent. Il s'agit de l'œuvre magistrale intitulée Commentaires des Treize classiques, publié en 1639 par Mao Jin (1599-1659)[105], dont nous avons brièvement résumé les investissements qu'il avait nécessités[106]. Est annexée à l'œuvre une déclaration officielle émanant de l'autorité préfectorale de Suzhou (province du Jiangsu), qui mérite bien d'être reproduite in extenso :

« Ce Bureau imprime des collections littéraires, le Shih chi et d'autres œuvres, et les fait circuler. Des individus peu scrupuleux les reproduisent dans un but lucratif, en utilisant des blocs[107] mal coupés et en livrant des textes défectueux en raison d'omissions et d'erreurs. Ils sont vendus à bas prix. Des libraires éloignés ont souvent été trompés; les étudiants ont également été induits en erreur. Compte tenu des bonnes intentions de ce Bureau, cette pratique ne peut être considérée que comme déplorable. Quelques-uns des coupables ont donc été punis ; mais un certain nombre d'entre eux sont encore en liberté. Ce bureau a demandé l'aide de certaines autorités pour les traduire en justice. Dès lors, ceux qui continuent à enfreindre les droits de ce Bureau, qui a publié les Treize Classiques, les Vingt et une Histoires Dynastiques, les Œuvres Philosophiques des écrivains des périodes Chou, Ch'in, Han et Wei, ainsi que les écrits des principaux auteurs des dynasties Tang et Song, seront poursuivis ; et leurs blocs seront confisqués, qu'ils soient proches ou loin de cette préfecture. Aucune indulgence ne sera montrée ; et tous les revendeurs d'œuvres contrefaites seront poursuivis. Ceux qui ont publié des ouvrages publiés par ce Bureau en en ayant modifié les titres seront également punis. Cette déclaration est faite spécialement pour qu'il n'y ait aucune contravention suivie de remords de la part des

[101] A. Poussielgue, Voyage en Chine et en Mongolie, préc., spéc. pp. 222 et 223.

[102] En ce sens, v. not. : J. Ocko, « Copying, Culture, and Control: Chinese Intellectual Property Law in Historical Context », préc., spéc. p. 570 (où l'auteur exprime son scepticisme) ; C. Zheng, Zhishi Chanquan Lun [On intellectual property], Falu chubanshe, 1998 (rapporté par de nombreux juristes sinophones, dont W. Guan, Intellectual Property Theory and Practice. A Critical Examination of China's TRIPS Compliance and Beyond, Springer, 2014, spéc. p. 50).

[103] V. not. K. Fan, Arbitration in China. A Legal and Cultural Analysis, Hart Publishing, 2013, spéc. pp. 94 et s. ; J. Zhang, The Tradition and Modern Tradition of Chinese Law, Springer, 2014, pp. 429 et s.

[104] Wu Kuang-Ch'ing, « Ming Printing and Printers », Harvard Journal of Asiatic Studies, Vol. 7 (1943), No. 3, pp. 203-260, spéc. p. 230.

[105] S. McDowall, Qian Qianyi's Reflections on Yellow Mountain. Traces of a Late Ming Hatchet and Chisel, Hong Kong University Press, 2009, spéc. p. 30.

[106] V. ci-dessus, au I-B-1.

[107] La xylographie est réalisée par sculpture sur « blocs » de bambou.

délinquants. Daté du premier mois intercalaire, 1640 »[108].

À première vue, cet avertissement est éblouissant tant on aimerait y déceler une mesure de protection d'un droit de propriété littéraire. Il prête pourtant à discussion. En effet, bien que Mao Jin fût un éditeur privé, il doit être tenu compte du fait que les Commentaires des Treize classiques étaient « officiellement sponsorisés »[109]; autrement dit, commandités par une autorité impériale ou provinciale et, en l'occurrence, celle de Suzhou. Or, nous savons que ces autorités tenaient fortement à la fiabilité des œuvres mises à la disposition du public et en particulier des écoliers, des étudiants et des candidats à un poste au sein de la bureaucratie impériale. À cet égard, nous avons la certitude que les maisons d'édition avaient l'obligation d'indiquer leur nom sur les ouvrages[110]. Quelles en étaient les raisons ? Deux explications paraissent envisageables, mais à des niveaux de probabilité différents.

La première, selon nous la plus vraisemblable, concernerait la traçabilité du produit et la responsabilisation de celui qui en était à l'origine[111], de manière à pouvoir engager la responsabilité de l'éditeur en cas d'erreurs ou d'omissions. C'est bien ce qui ressort d'une lecture attentive de cet avertissement qui paraît fondé exclusivement sur l'impériosité de ne laisser pénétrer l'esprit du public que des œuvres d'une qualité irréprochable. Or la littérature sur le sujet révèle que de nombreuses publications étaient d'une qualité médiocre. En ce sens, le professeur Chia offre une anecdote édifiante. Après que de nombreux candidats eurent été recalés parce qu'ils s'en étaient remis à un ouvrage truffé d'erreurs, la Commission de Surveillance de la préfecture de la Province de Fujian enjoignit aux éditeurs concernés de graver à nouveau les blocs, cette fois-ci avec rigueur et application, au risque de subir des sanctions[112]. L'irritation provoquée par cette piètre qualité est manifeste dans un lègue laissé par le bibliophile Xie Zhaozhe (1567-1624). Après avoir encensé quelques éditeurs, il n'hésite pas à en condamner d'autres dans des termes méprisants, notamment un certain M. Ling dont il juge les ouvrages « pires que les livres plagiés »[113]. Cette thèse trouve également un appui dans l'une des affaires qui ont préoccupé Zhu Xi (1130-1200)[114]. Ce dernier avait reçu une lettre de son ami Zhang Shi (1133-1180)[115], laquelle peut être utilement versée au débat : «J'ai récemment appris que quelqu'un d'une maison de livres de Jianning avait gravé le Mengzi jie de l'année Kuisi et je suis au plus au point effrayé, non seulement à l'idée qu'il soit maintenant impossible d'y apporter des corrections et qu'il égare ceux qui l'étudieront, mais aussi que l'addition de ces deux situations ne soit un désastre. Du matin au soir je ne m'accorde plus aucun loisir, et j'ai déjà transmis des dossiers à l'Intendance et à la Préfecture, pour détruire aujourd'hui même les planches »[116].

---

[108] Nous tenons à préciser qu'il s'agit d'une traduction fondée sur la version anglaise livrée par Wu Kuang-Ch'ing (« Ming Printing and Printers », Harvard Journal of Asiatic Studies, Vol. 7 (1943), No. 3, pp. 203-260, spéc. p. 231) et non sur celle de Ken Shao («Alien to Copyright?: A Reconsideration of the Chinese Historical Episodes of Copyright », préc., spéc. p. 407). A la note 43, ce dernier renvoie à une reproduction du texte original qui se trouverait à la p. 35 de l'ouvrage de Lucille Chia (Printing for Profit. The Commercial Publishers of Jianyang, Fujian (11th-17th Centuries), préc.). En réalité, il s'agit de deux déclarations préfectorales différentes : celle traduite par Wu Kuang-Ch'ing date de 1640 et émane de la préfecture de Suzhou (province de Jiangsu), tandis que celle traduite par Ken Shao date de 1532 ou 1533 et provident de la préfecture de Jianning (province de Fujian). Une traduction anglaise de cette dernière est produite aux pp. 177 et 178 de l'ouvrage du professeur Chia. Nous avons sollicité le professeur Deng Wei, docteur en traductologie et enseignant-chercheur à l'Université d'Etudes Etrangères de Guangdong, pour éclaircir ce point. Nous la remercions vivement pour son concours.

[109] Ibid.

[110] V. Not. L. Chia, Printing for Profit. The Commercial Publishers of Jianyang, Fujian (11th-17th Centuries), préc., spéc. p. 35. Pour une traduction en anglais, v. id., spéc. pp. 177 et 178.

[111] Sur cet aspect, v. G. Carré et C. Lamouroux, « Faux produits et marchandises contrefaites dans la Chine et le Japon prémodernes : réglementations, corps de métiers et contraintes éthiques », préc., spéc. pp. 115-161.

[112] Injonction de la Commission de Surveillance de la Province de Fujian datée de 1532-1533). Pour une photographie de l'originale, v. L. Chia, Printing for Profit. The Commercial Publishers of Jianyang, Fujian (11th-17th Centuries), préc., spéc. p. 35. Pour une traduction anglaise, v. id., spéc. pp. 177 et 178.

[113] L. Chia, Printing for Profit. The Commercial Publishers of Jianyang, Fujian (11th-17th Centuries), préc., spéc. p. 185.

[114] Pour une autre, v. ci-dessus, au I-A-2.

[115] Il ne paraît pas superflu d'ajouter que Zhang Shi était proche des arcanes du pouvoir (X. Yao, The Encyclopedia of Confucianism, Routledge, 2013, spéc. p. 800)

[116] Zhang Shi, Nanxuqnji, j. 24, éd. Siku quanshu, spéc. p. 3a.

La seconde raison tendrait à reconnaître un droit de propriété littéraire. Elle nous paraît moins plausible, en tout cas dans le colophon tel qu'il apparaît dans l'article du professeur Wu Kuang-Ch'ing. Il faut bien reconnaître, en effet, que rien dans cet avertissement ou dans la lettre de Zhang Shi ne permet de déceler la reconnaissance • qui prendrait alors une nature officielle • d'un quelconque droit individuel. Ce que l'autorité déplore, c'est exclusivement la qualité du produit mis en circulation, non l'atteinte à un droit de propriété.

En revanche • et l'argument nous semble particulièrement sérieux •, on imagine facilement que des auteurs ou des éditeurs contrariés aient pu, de manière très astucieuse, soumettre des requêtes à des autorités locales en vue de faire cesser l'injustice qu'ils éprouvaient et limiter le préjudice qu'ils subissaient, détournant ainsi la fonction première de ces déclarations frappées d'un sceau officiel.

En s'appuyant sur des travaux récents[117], le professeur Shao relève, de manière plus explicite, des exemples susceptibles d'emporter davantage notre conviction dans la recherche d'une reconnaissance de droits individuels pouvant être assimilés à des droits d'auteur. Certaines des déclarations officielles, auxquelles il fait référence, comportent une terminologie qui, à bien y regarder, n'est pas loin d'évoquer celle du droit d'auteur. Parmi de nombreuses illustrations, il en est une qui appelle notre attention, celle qui fut provoquée par une requête de Zhu Mu (qui vivait au 13e siècle), disciple de Zhu Xi[118]. Outre des termes rappelant à nouveau l'investissement financier, la rudesse du travail nécessaire à l'accomplissement de l'œuvre ou encore la réputation (la crainte de voir les noms des auteurs changés[119]), on trouve, par exemple, les expressions « composition indépendante » et « efforts intellectuels » qui, il faut bien le reconnaître, rappellent suffisamment le concept d'originalité[120]. Plus probante encore est une déclaration officielle, celle-ci requise par Zhu Zhu (fils de Zhu Mu), dans laquelle, cette fois-ci, apparaît le terme « plagiat »[121].

Il est intéressant de noter que l'époque paraissait également connaître ce que nous pourrions appeler un ancêtre du référé-contrefaçon. On apprend en effet, dans une lettre de Li Yu (1611-1680), dramaturge et romancier de l'époque Qing, qu'ayant été informé que l'on envisageait de reproduire l'une de ses œuvres, il aurait requis le soutien de la puissance publique pour faire cesser le méfait[122]. Enfin, on observera que les sanctions consistaient, pour l'essentiel, dans la destruction des blocs ayant servi à produire les copies non autorisées.

Conclusion

Les récents travaux sur l'histoire chinoise de la propriété littéraire et artistique confortent la réalité du phénomène d'imitation et de reproduction. Là où le débat se cristallise, c'est sur sa perception morale. Les travaux menés par les historiens et les archéologues nous permettent désormais de confronter notre perception aux faits archéologiques. Ceux-ci permettent d'affirmer que certains auteurs et éditeurs s'opposaient radicalement à l'imitation ou à la reproduction de leurs œuvres, à tout le moins dans les régions dans lesquelles l'industrie du livre s'était développée. Le sentiment d'injustice qu'ils éprouvaient est perceptible. L'analyse peut être poussée jusqu'à conclure, d'une part, que certains auteurs avaient conscience de ce que la théorie juridique a conceptualisé sous le terme « droits moraux » et, d'autre part, que certains éditeurs avaient conscience de la nécessité de protéger l'investissement réalisé, ce qui ne manque pas de créer un lien avec ce que nous appelons « droits patrimoniaux ». Par ailleurs, la destruction des blocs ayant servi à la réalisation de la reproduction permet d'aller dans le sens d'une reconnaissance du caractère revendicatoire de la requête.

(rapporté et traduit en français par les professeurs Carré et Lamouroux, « Faux produits et marchandises contrefaites dans la Chine et le Japon prémodernes : réglementations, corps de métiers et contraintes éthiques », préc., spéc. para. 47).

117 Ø Ø (Zhou li) ¼ ¤ Â £ (Li Shang[illegible] (Histoire du droit chinois du droit d'auteur), p \ ‰ G '"&k , 1999.

118 K. Shao, « Alien to Copyright?: A Reconsideration of the Chinese Historical Episodes of Copyright », préc., spéc. p. 424.

119 Ibid.

120 Ibid.

121 Id., spéc. p. 425.

122 Id., spéc. p. 429.

Cependant, il est certain que la « simple indignation littéraire, [l'attitude hostile à l'égard des plagiaires] n'atteignit pas cette couche profonde des convictions sociales où la notion du droit et du tort fait naître les normes juridiques »[123]. Cela nous conduit à une dernière interrogation : Beaumarchais n'avait-il pas un homologue, dans la Chine de son époque ou plus ancienne, dont la position et les relations avec la Cour auraient pu favoriser la reconnaissance législative d'un droit de propriété sur les créations littéraires et artistiques ? On sait que les éditeurs commerciaux et les autorités locales étaient souvent incarnés dans la même personne[124]. L'existence de relations établies, sérieuses et continues entre la Cour impériale et l'industrie de l'édition est attestée[125]. Ajoutons que des branches du gouvernement Ming étaient impliquées dans l'industrie du livre, et de nombreux ouvrages étaient supportés financièrement par des princes[126]. On sait, enfin, que les plus éminents lettrés étaient appelés à la Cour. Ce fut notamment le cas de Zhu Xi, qui perdait sa quiétude lorsque ses œuvres étaient reproduites ou malmenées. Malgré cela, la possibilité d'une reconnaissance effective d'un droit de propriété sur les créations intellectuelles paraît illusoire. Tant le confucianisme que le légalisme • les deux principales écoles qui ont fondé le droit chinois • appelaient à circonscrire la loi aux aspects criminels et civils les plus essentiels pour garantir l'harmonie de la société. Dans une économie essentiellement rurale, il est évident que le concept de propriété intellectuelle ne peut être suffisamment nourri pour prendre racine et se développer au point d'être consacré par la loi.

E. G.

[123] S. Messina, « Le plagiat littéraire et artistique dans la doctrine, la législation comparée et la jurisprudence internationale », préc., spéc. p. 474.

[124] W. P. Alford, To Steal a Book is an Elegant Offense. Intellectual Property Law in Chinese Civilization, préc., spéc. p. 14.

[125] En ce sens, v. par ex. L. Chia, Printing for Profit. The Commercial Publishers of Jianyang, Fujian (11th-17th Centuries), préc., spéc. p. 175.

[126] R. E. Hegel, Reading Illustrated Fiction in Late Imperial China, préc. spéc. p. 133.

Droit d'auteur : La notion d'œuvre protégée

« Étude comparative de la conception islamiste et moderne »

Mohammed IRIQAT

Maître de conférences, Université de Jérusalem

(Alquds) - Jérusalem Est-Palestine

Vice Président de l'Association Palestinienne

pour la protection de la propriété intellectuelle

Le droit d'auteur protège les créateurs pour toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. La loi musulmane a été une ressource essentielle pour proteger le droit d'auteur dans les pays arabes et muslumans jusqu'a la creation de premier code de la propriété intellectuelle (Code de l'Ottoman).

Le droit de la propriété littéraire et artistique est un terme qui désigne les droits conférés aux auteurs d'un large éventail d'œuvres quel que soit leur genre, leur mérite ou leur destination[1]. Ce droit est constitué par l'ensemble des prérogatives exclusives dont dispose un créateur sur son œuvre de l'esprit originale.

La propriété littéraire et artistique vise les créations artistiques aussi diverses que les livres, la musique, les peintures et les sculptures, les films et les œuvres fondées sur la technologie telles que les programmes d'ordinateur ou les bases de données électroniques[2].

Malgré les termes généraux de la loi, les créations intellectuelles ne sont pas automatiquement protégées par le droit d'auteur. La protection ne profite qu'aux œuvres de l'esprit répondant à certains critères.

Pour être protégée par le droit d'auteur, une création littéraire ou artistique doit être originale,

[1] L'article 2 de Convention de Berne dispose : «Les termes «oeuvres littéraires et artistiques» comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, telles que: les livres, brochures et autres écrits; les conférences, allocutions, sermons et autres oeuvres de même nature; des oeuvres dramatiques ou dramatico-musicales; les oeuvres chorégraphiques et les pantomimes; les compositions musicales avec ou sans paroles; les oeuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les oeuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie; les oeuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie; les oeuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les oeuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie; les oeuvres des arts appliqués; les illustrations, les cartes géographiques; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences»

[2] Comprendre le droit d'auteur et les droits connexes, publication revue de l'OMPI, n° 909 (F), 2009, p.4

c'est-à-dire, dans la conception traditionnelle, témoigner de l'empreinte de la personnalité de l'auteur [3].

Le droit d'auteur consiste en un monopole d'exploitation accordé pour un temps à l'auteur et, après sa mort, à ses successeurs sur l'œuvre réalisée. Les droits accordés permettent à l'auteur (ou ses héritiers) d'autoriser ou d'interdire l'utilisation de son œuvre et de percevoir, en cas d'autorisation, une rémunération en contrepartie [4]. Lorsque se pose la question du droit de la propriété littéraire et artistique, il convient de s'interroger sur les œuvres protégés.

La présente étude se propose d'examiner la conception d'œuvre en droit Musulman (I), et celle du droit Moderne (II).

I. La conception islamiste

Autrefois, dans le monde arabe, le vol et la piraterie intellectuelle se propageaient en l'absence de lois règlementant ce type de propriété. Ces faits sont désignés par l'utilisation de plusieurs termes : usurpation, vol, plagiat ou larcin littéraire [5].

Peu à peu, l'islamisation des contrées conquises par les Arabes se réalise, et le Coran régit toutes les sanctions. Le Coran est la source principale de la jurisprudence islamique. La notion « d'œuvre » évolue considérablement au cours des premiers siècles del'Islam. Il nous faut donc rechercher dans le Coran les raisons de cette évolution.

Le Coran a consacré la liberté de penser dans la première «Sourate d'Elalak», qui dispose: «Lis, au nom de ton Seigneur qui a créé tout, il a créé l'homme d'un caillot de sang. Lis, car ton Seigneur est le très généreux, qui a instruit l'homme au moyen du calame (plume), et lui a enseigné ce qu'il ignorait» [6], ainsi que la «Sourate Al Qalm» qui cite : «Noun. Par le calame et parce qu'ils écrivent» [7].

Dans le Coran, le terme signifiant «faire, former » est synonyme de celui qui veut dire «créer». Mais l'Islam considère que seul Dieu est créateur [8]. On ne peut donc pas concevoir une «création» humaine. L'œuvre ne peut donc pas être «création», mais seulement savoir-faire. Dans leur ensemble, les artistes musulmans ambitionnaient essentiellement d'égaler leurs maîtres.

Le droit musulman, dont la source primordiale est le Coran, ne pouvait donc pas connaitre une notion similaire à la notion actuelle «d'œuvre». Certains ont expliqué l'absence du droit d'auteur en droit musulman en s'appuyant sur le fait que ce dernier ignore l'existence des biens incorporels.

Il est vrai qu'en droit musulman, ceux -ci ne sont pas répertoriés dans la liste des biens. Pour autant, faut-il en déduire que les choses dites incorporelles sont ignorées par le droit ? Le droit musulman n'ignore pas, par exemple, la question du démembrement de la propriété. Quand il s'agit d'un immeuble, il y a l'usufruitier aux côtés du nue -propriétaire de la terre. Par analogie, il est possible de dire que le droit musulman a reconnu un genre de biens incorporels dans le cas de l'usufruit (Melk el manfaa = la propriété de l'usufruit des choses corporelles [9]). D'autre part, les juristes musulmans n'ignorent pas non plus le droit de jouissance.

Ces exemples ne prétendent pas justifier l'existence de droits d'auteurs, mais démontrent que le droit musulman n'ignore pas complètement la notion de bien incorporel, même si l'appellation n'est pas utilisée. On peut donc, en principe, imaginer une législation portant sur le droit d'auteur n'allant pas à l'encontre du droit musulman. Il est possible aussi de supposer qu'un auteur puisse avoir certains droits sur son œuvre, tout en l'ayant cédée, voire d'imaginer un usufruitier et un nu- propriétaire pour un seul objet.

[3] P. Tafforeau, Droit de la propriété intellectuelle, Gualino, 2004, p. 59

[4] C. Bernault, «Propriété littéraire et artistique - Objet du droit d'auteur. - œuvres protégées. Règles générales», J-Cl. Civil, Fasc. 1135, 2005.

[5] H. Alshrani, Droit d'auteur dans la doctrine islamiste Arabie Saoudite, 1er éd., 2004, p.32

[6] Le Coran, « sourate d'Elalak », verset du 1 au 5

[7] Le Coran, « sourate Al Qalm », verset du 1 au 3

[8] Y. Isliman, Le droit d'auteur entre la jurisprudence islamique et les lois modernes, Dar Alnhada, Caire, 2008, p. 33

[9] L. Milliot, Introduction à l'étude du Droit musulman, Sirey, 1953, p.606.

Nous croyons que cette conception est compatible avec l'idée moderne du droit d'auteur qui considère que la création d'une œuvre donne, au profit de son créateur, certains droits d'ordre patrimonial et d'ordre moral. Cette création ne lui confère pas, comme autrefois, un droit de propriété.

Cependant, la nouveauté de la notion de droit d'auteur est évidente. L'expression même «droit d'auteur» est très récente. Trouver ce terme dans la terminologie du droit musulman est donc impossible, mais il n'est à l'inverse pas impossible de trouver un fondement juridique parmi les principes généraux de ce droit, après avoir essayé de le trouver dans le principe du droit de jouissance.

Citons le verset du Coran «Dieu ordonne l'équité et la bienfaisance» et le Hadith au terme duquel «il n'est pas permis de nuire à quiconque». Il est clair que ces deux principes donnent une solution à tous les problèmes soulevés par le droit naturel, et donc par le droit d'auteur [10].

Des divergences sont apparues entre les jurisconsultes musulmans quant à l'interprétation de la nature de cet intérêt. Il nous semble que cet intérêt doit être compris de façon très large pour qu'il englobe les intérêts moraux, car le Hadith est absolu «il n'est pas permis de nuire à quiconque».

Nous croyons que la protection des droits d'auteurs doit trouver sa source et son fondement ici ; il n'y a pas lieu de bouleverser les principes généraux du droit musulman pour incorporer au sein de celui-ci un droit dont l'objet est une chose incorporelle [11].

Par ailleurs, la science en Islam était l'une des causes principales de l'évolution de la scène intellectuelle et scientifique. On peut remarquer que le Califat a soutenu toutes les actions qui promouvaient la science. Le calife Al-Maamoune (le calife abbasside) a institué Beit Al-Hikma (maison de sagesse) à Bagdad en 830, en s'intéressant à la traduction et à la philosophie des grecs ; de plus il a organisé des réunions pour discuter et négocier les affaires scientifiques. Nous pouvons par exemple citer le calife Haroun Rachid qui, après sa victoire à Ankara, a demandé la délivrance des manuscrits des Grecs à la place d'armes et de navires [12].

Par ailleurs, en 891, il existait à Bagdad des bibliothèques aidant les étudiants dans la recherche scientifique, et dans chacune, il y avait un service de traduction et de reproduction. Il y avait également une bibliothèque au Caire constituée en 1013 par le calife Al-Aziz contenant environ 18 000 œuvres [13].

Enfin, l'autorité religieuse égyptienne d'Al-Azhar a décidé en octobre 2003 que : «la citation de toutes sortes de livres ou magazines, ou d'une référence, est religieusement permise à condition que la source et l'auteur de cette citation soient précisés lors de l'écriture et de l'enregistrement. La loi islamique considère comme vol, l'acte de mettre son nom sur un livre ou sur un article de magazine en usurpant le travail du véritable auteur. Par contre le transfert des idées et leur développement sont de libre parcours» [14].

Par ailleurs, les termes «œuvres littéraires et artistiques» sont apparus, dans le monde musulman, au début du siècle dernier. La première loi musulmane est le droit d'auteur ottoman du 8 mai 1910.

Le premier article de cette loi indique que : «les auteurs de productions littéraires et artistiques de tous genres possèdent sur leurs œuvres un droit de propriété ; ce droit s'appelle le droit d'auteur» [15].

La loi ottomane indiquait que le droit d'auteur est le droit de la propriété sur toutes les productions de l'esprit, telles que : les œuvres, les dessins, les tableaux, les œuvres des beaux-arts, les œuvres d'architecture, les cartes géographiques, le droit

[10] A. Khalil, Droit de la propriété intellectuelle en jurisprudence islamique, Dar almtbouat, Khartoum, 1er éd., 1999, p.54.

[11] H. V.M. Chakir Nasser, Traité du droit civil commentaire du Code civil Irakien, Baghdad, 2001, p.7.

[12] A. A. Ashour, Le rôle de traduction dans l'enrichissement de la civilisation scientifique musulmane, Dar al mtbouat, Koweit, 1986, p.45.

[13] M. Salama-Carr, «L'évaluation des traductions vers l'arabe chez les traducteurs du moyen âge», TTR : traduction, terminologie, rédaction, vol. 6, n° 1, 1993 p. 15.

14 K. Alnjar, «La protection de la propriété intellectuelle en droit islamiste», Revue de droit des religions 2005, Vol n° 3-28, p.232.

[15] Y. Albadi, «L'expérience jordanienne dans le domaine de la propriété intellectuelle», Revue générale de droit 2009, vol. n°15-17, p.13.

d'édition, le droit d'imprimerie, le droit de vente et le droit de traduction. Cette loi ne comportait cependant aucune disposition sur la protection des œuvres cinématographiques, et sur les œuvres audiovisuelles, ni concernant les œuvres de folklore national[16].

II. La conception moderne

La notion d'œuvre de l'esprit occupe une place essentielle dans la construction du droit d'auteur. Abd El-Razzâq El-Sanhourî définit l'œuvre comme : «une création de l'esprit humain de diverses formes littéraire, artistique ou scientifique»[17].

Les termes «œuvres littéraires et artistiques» englobent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, tels que : les livres, les brochures et autres écrits; les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales; les œuvres chorégraphiques et les pantomimes, les compositions musicales, avec ou sans paroles; les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie; les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie; les œuvres des arts appliqués; les illustrations, les cartes géographiques, les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences;[18]

Il existe plusieurs types d'œuvres dans le domaine du droit de la propriété littéraire et artistique.

A. Œuvres de collaboration

Les œuvres de collaboration existent lorsque plusieurs auteurs participent à la création de l'œuvre. Il s'agit d'œuvres auxquelles ont participé plusieurs personnes. L'exploitation de l'œuvre de collaboration se fait sur la base de l'unanimité, chaque collaborateur devant donner son accord.

Toutefois, au stade de l'exploitation, le droit moral reste attaché à la personne, chaque collaborateur peut protester contre une atteinte du droit au respect, ou du droit au nom[19].

B. Œuvres collectives

La loi investit la personne à l'origine de la création du droit de divulguer l'œuvre sous son propre nom. Toutefois, si la participation de chacun des intervenants est individualisable, ceux-ci recouvrent le droit de l'exploiter séparément. Même si le droit moral est le premier des droits d'auteurs, en ce qu'il lui garantit le respect de son travail et de sa réputation, il ne lui permet pas pour autant d'en vivre; il revient au droit patrimonial de remplir cette fonction[20].

---

[16] M. Altlhouni, « Le droit d'auteur jordanien », Revue de WIPO/IP/JU/AMM/1/04/4a, Amman, 2004, p. 2.

[17] A. El-R. El-Sanhouri, Le médiateur pour expliquer le droit civil, le droit de propriété, Dar Alshrouq, Caire, 1980, p.325.

[18] Convention de Berne, Art. 2 alinéa 1, http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html

[19] L'article L. 35 – a du Code de droit d'auteur Jordanien précise que : «Lorsque plusieurs personnes ont concouru à la création d'une œuvre de telle façon que leurs apports respectifs sont indissociables, elles sont considérées comme co-titulaires à parts égales, sauf accord contraire conclu entre elles. Aucun des co-titulaires ne peut exercer seul les droits d'auteur sans l'accord des autres co-titulaires. Chacun des co-titulaires peut s'adresser au tribunal pour s'opposer à toute violation du droit d'auteur». En droit Français, L'article L.113-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Est dite de collaboration l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques ».

[20] L'article L.35- c du Code de droit d'auteur Jordanien dispose : «L'œuvre collective est une œuvre à la création de laquelle un groupe a concouru, selon les instructions d'une personne physique ou morale qui se charge de la publier sous sa direction et en son nom. Les apports des co-auteurs s'inscrivent dans l'objectif poursuivi par ladite personne physique ou morale de telle façon qu'ils sont indissociables et indistincts. La personne physique ou morale qui a dirigé et organisé la création de l'œuvre est considérée comme son auteur; et elle a seule le droit d'exercer les droits d'auteur. En droit français, l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se

C. Œuvre composite

La protection juridique des œuvres ne se limite pas aux œuvres qui sont inédites, mais s'étend à des œuvres dérivées de travaux antérieurs. Est dite ainsi composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière[21]. Par ailleurs, selon Ashwaq Abd Alrsoul, deux conditions concernant l'œuvre composite doivent être remplies : premièrement, l'intégration de l'ancienne œuvre dans la nouvelle et, deuxièmement, que l'auteur de l'ancienne œuvre ne contribue pas à la nouvelle[22].

B. D- Œuvre dérivée

Sont protégées comme des œuvres originales, sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale, les traductions, les adaptations, les arrangements de musiques et autres transformations d'une œuvre littéraire ou artistique.

Les auteurs de traductions, d'adaptations, de transformations ou d'arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le Code du droit de la propriété intellectuelle, sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même pour les auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, telles que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles[23].

& R Q F O X V L R Q

/ H G U R L W G H O D S U R S U L p W p L Q W
G U R L W V G H V D X W H X U V V X U © W
O H V S U L W T X H O V O T X H Q U H D R L H Q W
G H [S U H V P L R Q W R X O D G H V W L Q D W L R Q
G U H V X H O L V W H X Y U H V p I L F L H Q W W H
S U R W H F W L R Q O H V X D P L W W p O D L U H
F U p D W L R Q V L F D O H V J U H V S K D T X H L T X H
P D L V D X V O L H V R J L F L H V p D W L R Q V D U W
D S S O L T X p H V D U W L V W H U S L q V O H V
S U R G X F W H X U V Y L G p R J U D P H W G H
S K R Q R J U D P H W O H V H Q W U H S U L V H V
F R P P X Q L F D W L R Q D X G p J R Y L H R G H Q W H
G U R L W V Y R L V L Q V G X G U R L W G · D X V

/ H P R Q G X H V X O P D Q D U H F R Q W L X R Q U H
G H O · H V S U L · p S R T X H (P S H L U H W W R H Q D Q
3 X L V F K D T X H V X O P D E U p R Q
S U R S U H F R G H D S U R S U L p W p W p U W L U H
D U W L V W L T X H G H S X L V (P S H U H R Q G U H

M. I.

fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé».

[21] CPI français, art. L. 113-2.

[22] A. Ashwaq Abd, « La protection juridique des œuvres et des auteurs : étude comparée », Revue de Sciences Juridiques 2010, Caire, vol. n°213, p.5.

[23] H. Albdrawi, « La protection de droit d'auteur en Jordanie», revue de WIPO/IP/JU/AMM/1/04/2, 2004

L’exception de data mining en droit d’auteur japonais

Makoto Nagatsuka

Professeur à l’Université Hitotsubashi

$ X - D SCOR·QU W LU F H H D W L I DX G DW D p W W DO QH W QR QD X LQ V GH SU RKHVR XG YHR JDHU²D C V X F F² qG W VS U R MHHUWHV F K HSUDFWKHRW D W GTHX HOV p SDRSTX M HFQRQHW U LVE X WRLSRQV H U H Y H QE HU W W X HU HQ[F X YSHW OLRHQ DX GUSRHLW HGV DGXHV DX X HSF TRXL XE BUHPV HEUF W W RXSWH· XG X YUHH [F HOS WHLURQ DGDBQVHFV GH VGRQQQ pX W RULVDWLRQ SUpDO

La loi sur le droit d’auteur japonais prévoit, depuis 2010, une exception spécifique en faveur du data mining. La présente étude aura pour objectif de l’expliquer en tentant compte des rapports officiels et des doctrines publiés en langue japonaise.

Dans un premier temps, l’élaboration et l’interprétation de l’article 47 septies (47-7)[1], relatif à cette exception, seront présentées. Puis, dans un second temps, l’impact de l’exception devra être interrogé avec ses effets et ses limites.

I. L’exception

A. L’élaboration

La loi en vigueur sur le droit d’auteur date du 6 mai 1970[2]. Les droits patrimoniaux de l’auteur y sont envisagés de manière analytique aux articles 21 à 28. On y retrouve notamment les droits de reproduction, de représentation, de mise à disposition du public et d’adaptation.

Les limitations aux droits patrimoniaux sont, quant à eux visés également de manière analytique, aux articles 30 à 47 dixies. On retrouve des exceptions classiques telles que, notamment, la reproduction pour l’usage privé, la courte citation et la représentation gratuite et non lucrative. Aucune disposition ne renvoie cependant au « fair use».

&HW DUWLFOH IDLW VXLWH j XQH FRQIpUHQFH DVVXUpH DX &(&2- 83 8QLYHUVLWp GH 3RLWLHUV OH PDUV DX &(,3, 8QLYHUVLWp GH 6WUDVERXUJ OH PDUV HW j O· (3,728 8QLYHUVLWp 7RXORXVH &DSLWROH OH PDUV $X FRXUV GH FHWWH FRQIpUHQFH 17 XQLYHUVLWDLUHV ORUVTXH M·HQVHLJQDLV j 2WDUX DX QRUG GX -DSRQ M·DL pWp LQWpJUpH DX &(&2-, FRPPH FKHUFKHXU LQYLWpH 'XUDQW OH PRLV GH PDUV M·DL pWp LQWpJUpH DX &(&2- 83 FRPPH SURIHVVHXUH LQYLWpH -H UHPHUFLH YLYHPHQW 6RQHDQQH 5RQDQJHU OHV FROOqJXHV HW OHV GRFWRUDQWV GH 3RLWLHUV DLQVL TXH FHX[TXL RQW DVVLVWp j PHV FRQIpUHQFHV 7RXV OHV OLHQV j GHV VLWHV :HE GDWHQW GX VHSWHPEUH

[1] Reproduction, etc. pour l’analyse de l’information) Article 47 septies : Aux fins de l’analyse de l’information (« ×l’analyse de l’information ×» s’entend de l’extraction, de nombreuses œuvres ou d’autres masses d’informations, des éléments constitutifs de ces informations tels que langues, sons, images ou d’autres afin d’en faire une analyse statistique telle qu’une comparaison, une classification autre ×; la même définition s’applique ci-après dans le présent article) au moyen d’un ordinateur, il est permis de faire un enregistrement sur une mémoire ou de faire une adaptation (y compris l’enregistrement d’une œuvre dérivée créée par cette adaptation) d’une œuvre dans la mesure où cela

HVW MXJp QpFHVVDLUH &HSHQGDQW XQH EDVHV GH GRQQpHV TXL VRQW GHV ±XYUHV SDU GHV SHUVRQQHV TXL SUpVHQWHQW XQ

Sa traduction française se trouve sur le site de l’OMPI, dans une version de 1995 (http://www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=2620). Une traduction anglaise de la version de 2009, se trouve sur le site web « ×Japanese Law Translation » (http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?printID=&id=2506&re=&vm=02) et une traduction de la version de 2014, est consultable est sur le site du CRIC (http://www.kidscric.com/english/clj/cl1.html).

Le data mining entre en conflit avec le droit de reproduction, les œuvres devant faire l'objet d'une reproduction numérique. Or, lorsqu'il est le fait de chercheurs ou d'entreprises, il ne peut bénéficier de l'article 30 relatif à la reproduction pour usage privé du copiste.

a) Comment réformer la loi sur le droit d'auteur au Japon ?

Lorsque l'exploitation d'œuvres de l'esprit ne peut être légitimée par l'interprétation de dispositions existantes – chose fréquente lorsqu'il s'agit d'Internet –, le droit japonais a tendance à élaborer de nouvelles limitations ou exceptions au droit d'auteur dans le cadre d'un processus législatif. Ceci explique pourquoi depuis une vingtaine d'années, la loi japonaise sur le droit d'auteur est sans cesse mise à jour. Il convient de revenir brièvement sur ce processus de réforme.

Depuis 2003, le Japon est doté du Quartier Général de la Propriété Intellectuelle (QGPI)[3] au sein du Cabinet du Premier Ministre. Il a été inauguré à l'initiative du Premier Ministre de l'époque Jun'itchiro KOIZUMI[4], homme politique néolibéral. Le QGPI publie chaque année le Plan de Promotion de la Propriété Intellectuelle (PPPI)[5]. Il s'agit d'un programme traitant des réformes et des mises à jour dans ce domaine : le brevet, la marque et le droit d'auteur, entre autres. La loi sur le droit d'auteur est gérée au sein de l'Agence des Affaires Culturelles (AAC) par la Division du Droit d'Auteur (DDA)[6]. L'AAC est une agence dépendant du Ministère de l'éducation, de la culture, du sport, des sciences et technologies[7]. La DDA organise, compte tenu du programme du PPPI, la Branche du Droit d'Auteur (BDA) auprès du Conseil des Affaires Culturelles (CAC) afin qu'il soit débattu des problèmes actuels en vue de proposer une réforme[8]. La BDA se compose notamment d'auteurs, universitaires et avocats spécialisés, de représentants des sociétés de gestion collective, de représentants de groupes d'entreprises ainsi que de consommateurs. Elle se divise en plusieurs sous-branches composées de spécialistes compétents pour traiter des problématiques qui lui sont rattachées et ayant la faculté d'interroger les personnes intéressées. Au terme de son mandat, la BDA rend son rapport en intégrant la production de chaque sous-branche. La réforme se fera alors sur la base de ce rapport.

b) Le cas de l'art. 47 *septies*

Le phénomène du data mining est apparu au Japon dans les années 2000. Par exemple, l'éditeur de dictionnaires Sanseido utilise son propre corpus depuis 2003[9]. Le Ministère de l'Economie, du Commerce et de l'Industrie (METI en anglais) a entamé, après en avoir débuté la préparation en décembre 2005, un Projet étatique intitulé « Grandes découvertes de l'information » en avril 2007, dans le but de créer un moteur de recherche au Japon[10].

[3] http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/ (en japonais)
[4] http://www.kantei.go.jp/jp/koizumiprofile/ (en japonais)
[5] Son édition 2016 en anglais: http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikeikaku20160509_e.pdf
[6] L'organisation de l'AAC en anglais : p. 1 de http://www.bunka.go.jp/english/about_us/policy_of_cultural_affairs/pdf/2015_policy.pdf La DDA est présentée ici comme « Copyright Division ».
[7] http://www.mext.go.jp/en/ (en anglais)
[8] CAC et BDA en anglais : http://www.mext.go.jp/en/policy/council/ Le CAC est présenté ici comme « Council of Cultural Affaires » et la BDA comme « Subdivision of Copyright »
[9] Cf. infra. http://dictionary.sanseido-publ.co.jp/dicts/english/wisdom_ej3/sp/corpus.html (en japonais)
[10] Projet abandonné. Page Web archivée en anglais http://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1368617/www.meti.go.jp/policy/it_policy/daikoukai/igvp/index_en/project-outline/000about-the-information-grand/ Grandes découvertes sont présentées ici comme « Grand Voyage ».

Pour ce faire, a été construit un immense archivage de pages Web en japonais.

Or, ces corpus et ces archives constituent l'objet même du data mining, à savoir l'analyse de l'information au moyen d'un ordinateur. En d'autres termes, l'étape précédant une recherche au moyen du datamining est la création d'un corpus ou d'une archive.

Lorsqu'il s'agissait d'analyser mentalement un livre, il n'y avait pas d'exploitation d'une œuvre. On le consultait, on en extrayait des mots ou, tout au plus, des phrases. L'intégration du même livre à un corpus numérique, afin de l'analyser au moyen d'un ordinateur, implique qu'il soit reproduit entièrement. Formellement, l'œuvre fait l'objet dans ce cadre d'une exploitation au sens de l'article 21 de la loi sur le droit d'auteur. Cette reproduction n'a cependant pour but de jouir de l'œuvre. Le data mining s'inscrit dans une logique de recherche scientifique, et ce, dans plusieurs domaines[11].

La réforme de la loi sur le droit d'auteur favorisant le datamining est intégrée dans le Plan de Promotion de la Propriété Intellectuelle (PPPI) de 2008[12]. À l'occasion de la réforme 2009, appelée la grande réforme de Héïséï[13], dont les changements les plus significatifs concernent l'Internet, l'art. 47-7 a vu le jour. En raison de son caractère technique, la loi fut complétée par divers décrets et arrêtés[14].

L'art 47-7 est le résultat d'un consensus portant sur un acte strictement défini dans le vaste domaine de la recherche[15]. Ce consensus n'a pu être trouvé pour d'autres actes, tel que, par exemple, le « reverse engineering » des logiciels.

B. L'interprétation

Le texte se présente de la manière suivante :

> (Reproduction, etc. pour l'analyse de l'information)
> Article 47 septies : Aux fins de l'analyse de l'information (« l'analyse de l'information » s'entend de l'extraction, de nombreuses œuvres ou d'autres masses d'informations, des éléments constitutifs de ces informations tels que langues, sons, images ou d'autres, afin d'en faire une analyse statistique telle qu'une comparaison, une classification ou d'autres ; la même définition s'applique ci-après dans le présent article) au moyen d'un ordinateur, il est permis de faire un enregistrement sur une mémoire ou de faire une adaptation (y compris l'enregistrement d'une œuvre dérivée créée par cette adaptation) d'une œuvre dans la mesure où cela est jugé nécessaire. Cependant, une exception n'est pas faite pour les bases de données qui sont des œuvres faites pour leur utilisation par des personnes qui présentent une analyse de l'information.

Cet article a pour but de légaliser le data mining. À côté de la politique de promotion des recherches, le législateur admet que la reproduction à des fins de data mining ne consiste pas en la jouissance, ou en une exploitation, de l'œuvre de l'esprit. Les chercheurs extraient un texte, un son, une image ou autre en vue de simplement les analyser[16]. Ces extractions ne sont pas lues, ni écoutées, ni vues.

La formule « l'analyse de l'information au moyen d'un ordinateur » inclut l'analyse faite à des fins commerciales, l'analyse faite par des entreprises étant aussi importante pour le progrès de l'informatique. Des oppositions sont apparues sur ce point. Mais la majorité des conseils n'est pas persuadée du bien fondée de celles-ci[17]. « Au moyen d'un ordinateur » n'exclut pas une analyse principalement faite par ordinateur et accessoirement faite à la main[18].

[11] Rapport du janvier 2009 de la Branche du Droit d'Auteur auprès du Conseil des Affaires Culturelles, p. 88. Ci-après « Rapport BDA 2009 »
http://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h21_hokaisei/pdf/21_houkaisei_houkokusho.pdf (en japonais)

[12] http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/keikaku2008_e.pdf (en anglais) Voyez p. 110 et s.

[13] S. Ikemura, Commentaire de la loi sur le droit d'auteur réformé en 2009, Kéïso-shobô 2010, p.iii (en japonais). Héïséï est le nom de l'ère qui a commencé en 1989 et continue jusqu'à la date de la publication de cet article.

[14] Ibid.

[15] Rapport BDA 2009, p. 90.

[16] Rapport BDA 2009, p. 88.

[17] Ibid., pp. 88-90.

[18] M. Handa et M. Matsuda (dir.), Commentaire de la loi sur le droit d'auteur 2e éd, Kéïso-shobô 2015, tome II, p. 568 [K. Okumura] (en japonais).

La notion d'« Œuvre » comprend les œuvres qui ne sont pas encore publiées[19]. On peut y trouver toutes sortes d'œuvres. Toutefois, il faut noter que la base de données, créée pour des analyses de l'information, est exclue. Quand une base de données, originellement créée dans un but général, est utilisée par des personnes qui présentent une analyse de l'information, elle est exclue également[20]. Une base de données « Big-data » ne peut constituer, en général, une œuvre de l'esprit au Japon parce qu'elle est dépourvue d'originalité[21]. Mais si, dans quelques rares cas, elle est originale, elle peut alors entrer dans le champ d'application de l'art. 47-7[22].

L'« enregistrement sur une mémoire » est compris dans la notion de reproduction (article 2 alinéa 1 15° de la loi sur le droit d'auteur). Les reprographies constituant également des reproductions, cette « mémoire » comprend également le format « papier »[23]. De ce fait, l'analyse de l'information comprenant un processus manuel, on peut en déduire que l'adaptation d'une œuvre au cours de l'analyse est également tolérée[24]. Il pourrait s'agir de modifications manuelles ou de choix de textes avant de procéder à l'analyse au moyen de l'ordinateur. Quid ensuite de la notion d' « adaptation » ? Doit-elle être comprise dans son sens premier, en ce sens qu'elle ferait référence à une modification donnant naissance à une œuvre composite[25]? Le débat reste ouvert. En tout état de cause, l'enregistrement d'une œuvre dérivée créée par cette adaptation est également toléré.

II. L'impact

La réforme de 2009 est entrée en vigueur le 1er janvier 2010. Plusieurs articles, publiés au Journal of Japanese Society for Artificial Intelligence[26], ont été consacrés à la question du data mining au Japon. Ceux-ci permettent de mettre en exergue l'impact de cette réforme, à travers son effet et sa limite.

A. L'effet

Plusieurs exemples de data mining pratiqué au Japon peuvent être évoqués.

Afin d'élaborer son dictionnaire Anglais-Japonais « Wisdom », l'éditeur Sanséïdô a façonné et utilise son propre corpus depuis 2003. Le Corpus Sanséïdô (CS) est présenté sur une page Web spécialement conçue à cet effet[27]. Contrairement au British National Corpus qui existait depuis la deuxième moitié des années 80 et qui accumulait des exemples d'expressions écrites en Angleterre, le CS est composé d'exemples d'expressions orales et quotidiennes trouvées dans des journaux, revues, interviews, etc. La version 3 du CS regroupe 100 millions de mots, dont presque la moitié proviennent de l'Angleterre et du reste des États-Unis.

Sanséïdô analyse son corpus au moyen de logiciels spécialisés, et déduit, pour chaque mot-clé, la fréquence d'utilisation des mots utilisés avant ou après. Le but de l'analyse est de trouver des phrases utiles pour les élèves japonais apprenant la langue anglaise. La capture d'écran ci-dessous, issue de sa page Web, montre comment Sanséïdo a traité la phrase « be (actively) engaged in ». L'éditeur utilise ce résultat d'analyse pour créer son dictionnaire.

[19] Ibid., p. 572.
[20] Ibid., p. 579.
[21] On ne protège que des bases de données originales (article 12 bis de la loi sur le droit d'auteur). Il n'existe pas de protection sui generis au Japon.
[22] K. Okumura, op.cit., p. 579.
[23] Ibid., p. 576.
[24] Ibid., p. 577.
[25] Ibid., p. 577 ; Contra S. Ikemura, op.cit., p. 118.
[26] Vol. 25, 2010. Cette revue est en japonais et ses bases de données ont un accès papier ou numérique. Page Web anglaise de la société http://www.ai-gakkai.or.jp/en
[27] http://dictionary.sanseido-publ.co.jp/dicts/english/wisdom_ej3/sp/corpus.html (en japonais) La capture d'écran est issue de cette page.

Des projets de construction de corpus sont également menés depuis les années 2000 dans le secteur public ou non lucratif. Le National Institute for Japanese Language and Linguistics (NINJAL) a construit le corpus de la langue japonaise verbale, achevé en 2004, et celui de la langue japonaise écrite, achevé en 2009 [28]. Des chercheurs de l'Université de Kyûshû ont établi plusieurs corpus de la langue anglaise en 2011 [29]. Ces corpus font l'objet d'une analyse au moyen d'un ordinateur dans le cadre de diverses recherches linguistiques.

Citons également une archive globale des pages Web, en japonais, collectées par l'Université de Tokyo depuis 1999 [30]. Cette archive est analysée pour diverses recherches notamment sociologiques et linguistiques,. Cette archive était à la base du Projet « grandes découvertes de l'information » dirigé par le METI, qui n'a pas pourtant abouti à construire un moteur de recherche au Japon [31].

Ces différentes recherches se faisant avant la réforme de la loi de 2009, les chercheurs devaient obtenir l'autorisation des ayant-droit des œuvres littéraires avant de mettre au point les corpus. Un sondage montre que 69 % des auteurs d'œuvres littéraires étaient pour la reproduction, 27 % n'avaient pas répondu et 5 % étaient contre, même si l'équipe de recherche ne pouvait pas les rémunérer [32]. Il apparaît par ailleurs qu'il est plus difficile d'obtenir l'autorisation des personnes morales titulaires de droit – sur les œuvres composant les journaux [33] – que celle des auteurs personnes physiques [34].

La réforme constitue un réel progrès en permettant de passer outre ces refus et de reproduire un nombre significatif d'œuvres [35].

Aujourd'hui, les reproductions d'œuvres pour le data mining sont particulièrement importantes dans le domaine de l'intelligence artificielle (IA) ou de la robotique. Afin de pratiquer un apprentissage en profondeur (deep learning), de nombreuses œuvres sont reproduites afin que des IAs ou des robots puissent les lire. Là encore, l'exception de data mining trouve toute son utilité.

B. La limite

Si la réforme a permis de résoudre un problème, d'autres, néanmoins, persistent.

L'article 47-7 ne permet pas de partager le corpus ou le résultat issu de la limitation au droit de reproduction. C'est ce que l'Université de Tokyo et de Kyushu déplorent dans le cadre de l'élaboration de leurs corpus respectifs [36].

Grâce à l'article 47-7, il est possible d'analyser des données collectées concernant des pages Web en japonais. Il n'est cependant pas possible de proposer un service pour guider des internautes directement vers les pages Web collectées.

Comme le signale l'Université de Tokyo – qui a créé un corpus de l'ensemble des pages Web en Japonais –, quand un service d'analyse de réputation est offert en utilisant des données collectées grâce à l'article 47-7, ce service n'est pas en mesure

[28] K. Maekawa, « Copyright Protection and Corpus Development », Journal of Japanese Society for Artificial Intelligence, 2010, vol. 25, p. 632. (en japonais). M. Maekawa est interviewé par une sous-branche de la Branche du Droit d'Auteur auprès du Conseil des Affaires Culturelles. Rapport BDA 2009, p. 85.

[29] N. Ando, « Information Analysis under Copyright Law », Journal of Japanese Society for Artificial Intelligence, vol. 25 (2010), p. 643. (en japonais).

[30] M. Kitsuregawa et J. Makino, « Development of Information Technology and Non Assumed Area of Legal System, », Journal of Japanese Society for Artificial Intelligence, 2010, vol. 25, p. 621. (en japonais).

[31] Ibid., p. 622.

[32] K. Maekawa, préc., p. 629.

[33] L'article 15 de la loi sur le droit d'auteur dispose que l'auteur d'une œuvre créée par un salarié au cours de son travail appartient à son employeur.

[34] K. Maekawa, préc., p. 631.

[35] N. Ando, préc., p. 651.

[36] N. Ando, préc., p. 652 ; M. Kitsuregawa et J. Makino, préc., p. 623.

d'afficher directement les pages Web qui sont source de réputation. Seules seront affichées les URL[37].

Même si l'article 47-7 est applicable, des chercheurs ne peuvent pas confier des reproductions aux tiers. Un jugement du TGI de Tokyo, en date du 30 septembre 2013, a affirmé que la reproduction par une officine de copie numérique qui reproduit des livres appartenant à ses clients, était illégale[38]. C'est la raison pour laquelle le Todai robot Projet n'utilise pas les sujets d'examen de japonais auquel contribuent des écrivains parfois très soucieux de la protection de leur droit d'auteur. Ce projet dirigé par la Professeure Noriko ARAI a pour objet de permettre à une intelligence artificielle de réussir le concours d'Université de Tokyo[39]. En effet, sa mise en place implique la reproduction d'œuvres par des coopérateurs ou cocontractants, et non par les membres de l'équipe de recherche.

Il faut, pour conclure sur ce point, souligner que l'article 47-7 ne couvre pas toutes les reproductions aux fins de recherches. Il n'est, par exemple, pas possible de reproduire une émission télévisuelle pour la présenter publiquement, même si cette émission porte sur un événement historique et est présentée à l'occasion d'une réunion scientifique dédiée à cet événement[40].

Conclusion

Telle est la situation du droit d'auteur japonais concernant le data mining. L'article 47-7, relatif au data mining, a permis de trouver un compromis entre les droits des auteurs et les intérêts des chercheurs. Cette exception a été introduite en 2009 afin de promouvoir – et de garantir le succès – des projets de recherche parfois étatiques, de l'époque. Une fois que le QGPI a eu pris position, la réforme s'est faite rapidement. Ce nouvel article permet de reproduire, avec ou sans but commercial, tout type d'œuvre, à l'exception de certaines bases de données, sans autorisation préalable. Pour autant, l'exception ne permet pas de partager le résultat de la reproduction, tel qu'un corpus.

Il est en outre important de préciser, une fois de plus, qu'il n'existe pas de limitation ou d'exception générale au droit d'auteur au profit de la recherche au Japon[41]. Les chercheurs qui pratiquent le data mining sont favorables à une telle limitation du droit d'auteur, analogue au « fair use » aux États-Unis[42]. Lorsque le Journal of Japanese Society for Artificial Intelligence fut publié en 2010, le Japon réfléchissait à un projet législatif qui aurait introduit un système de « fair use à la japonaise », une limitation générale comblant les lacunes des limitations déjà existantes au droit d'auteur. Les chercheurs comptaient sur cette réforme. En 2012, le législateur a finalement fait le choix d'abandonner ce projet et d'ajouter des limitations spécifiques. Il n'en demeure pas moins que ce « fair use à la japonaise » est toujours souhaité par une doctrine de premier plan[43]. Au niveau législatif également, il existe toujours une proposition visant à introduire une clause générale de limitation dans la loi japonaise sur le droit d'auteur[44].

M. N

[37] M. Kitsuregawa et J. Makino, préc., p. 623.

[38] http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/598/083598_hanrei.pdf (en japonais)

[39] http://21robot.org/?lang=english (en anglais)

[40] Y. Shikata, "Audiovisual Media Studies and Copyrights," Journal of Japanese Society for Artificial Intelligence, 2010, vol. 25, p. 634. (en japonais).

[41] S. Chaen, "About the Copyright Act Amended in 2009," Journal of Japanese Society for Artificial Intelligence, vol. 25 (2010), p. 660 et s. (en japonais)

[42] Kitsuregawa et Makino, op. cit., p. 626 ; Maekawa, op. cit., p. 630 ; Ando, op. cit., p. 652.

[43] T. Ueno, « Rethinking the Provisions on Limitations of Rights in the Japanese Copyright Act : Toward the Japanese-style 'Fair Use' Clause », Journal of the Japanese Group of AIPPI, 2009, n° 07 p. 159 et s. (en anglais)

[44] Rapport d'avril 2016 du comité de mise en œuvre du système de la propriété intellectuelle à la génération prochaine, p. 20. (en japonais) Ce comité, dont les professeurs Kitsuregawa et Ueno font partie, est organisé au sein de Quartier Général de la Propriété Intellectuelle.

Les aspects juridiques de la propriété intellectuelle au Cambodge

Ang Pich

Diplômé en marques, dessins et modèles du CEIPI

Avocat au barreau du Cambodge,

Fondateur et président de l'association de la propriété intellectuelle du Cambodge (IPAC)

Le système cambodgien de propriété intellectuelle marque une avancée très remarquable dès l'année 2002. Avant cette date, le Cambodge avait une législation assez légère en matière de propriété intellectuelle. La présente étude se propose de revenir sur les différents aspects juridiques de la propriété intellectuelle au Cambodge.

Le système cambodgien de propriété intellectuelle marque une avancée très remarquable dès l'année 2002. Avant cette date, le Cambodge avait une législation assez légère en matière de propriété intellectuelle. Les premières marques, telles que PERTUSSIN et RIBENA pour les produits pharmaceutiques, furent enregistrées dans les années soixante. Le régime des Khmers Rouges, de 1975-1979, a empêché le système de se développer et, pire, a imposé de faire « table rase » du passé. Les enregistrements de marque ont ainsi repris avec le ministère du commerce pour les marques étrangères et avec le ministère de l'industrie pour les marques nationales[1]. Le processus d'entrée dans l'Organisation mondiale du Commerce, concrétisé le 13 octobre 2004, a poussé le législateur cambodgien à adopter certaines lois.

La loi portant sur les marques a été promulguée le 07 février 2002. La loi portant sur les brevets, les modèles d'utilité et les dessins et modèles a été adoptée le 22 janvier 2003 et celle sur les droits d'auteur et les droits voisins le 05 mars 2003. Le Cambodge a également mis en place une loi sur les indications géographiques le 20 janvier 2014 et une loi relative aux variétés végétales le 13 mai 2008. Plusieurs décrets d'application ont par ailleurs ont été adoptés afin d'assurer une mise en œuvre efficace de ces différents textes : le sous-décret sur l'application de la loi sur les marques du 12 juillet 2006, l'arrêté ministériel sur la procédure d'obtention de brevets et de modèles d'utilité du 28 mai 2007, l'arrêté ministériel sur les dessins et modèles du 29 juin 2006, etc. Le Cambodge développe également des lois, connexes à la propriété intellectuelle, relatives au droit de la concurrence, à la protection des consommateurs, au commerce électronique, aux recours commerciaux et aux contrats commerciaux.

[1] http://www.abacus-ip.com/guide-to-trademark-law-in-cambodia

Le Cambodge s'illustre en outre par son appartenance à de nombreux textes internationaux. Il est devenu membre de la Convention instituant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle le 25 juillet 1995, de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle le 22 septembre 1998, du Protocole de Madrid sur l'enregistrement international des marques le 5 juin 2015, du Traité de coopération en matière de brevets le 8 décembre 2016, de l'Arrangement de La Haye concernant l'enregistrement international des dessins et modèles industriels le 25 novembre 2016, et de l'Accord sur les ADPIC le 13 octobre 2004.

Un Comité national des droits de la propriété intellectuelle a été établi le 18 septembre 2008 en vue d'unifier les politiques en propriété industrielle, et de promouvoir l'éducation et l'application des lois et règles de propriété intellectuelle. Celui-ci a établi une stratégie nationale de la propriété intellectuelle en 2014. Pour autant, il est difficile d'affirmer que l'Administration cambodgienne de la propriété intellectuelle soit unifiée. Ainsi, l'enregistrement des marques relève de la compétence du Ministère du commerce, celui des brevets, des modèles d'utilité, et des dessins et modèles dépend du Ministère de l'industrie et de l'artisanat. Enfin, les questions de droits d'auteur sont à la charge du ministère de la culture et des beaux-arts.

Le Cambodge n'a pas de tribunal spécialisé. Le tribunal de première instance connaît de toutes sortes d'affaires, y compris les affaires administratives, commerciales et de propriété intellectuelle. Il est important, néanmoins, de préciser que le pays met actuellement en place des chambres spécialisées. Deux promotions de juges commerciaux ont été formées. Un centre d'arbitrage commercial, qui connaît entre autres d'affaires afférentes à la propriété intellectuelle, a été établi en 2006.

I. Les marques et les noms commerciaux

/D ORL FDPERGJLHQQH SRUWDQW VXU OHV PDUTXHV OHV QRPV FRPPHUFLDX[HW OD FRQFXUUHQFH GpOR\DQH D pWp SURPXOJXpH OH IpYULHU HW FRQVWLWXH OH IRQGHPHQW GX FDGUH MXULGLTX PDUTXHV

Elle ne vise que les marques « visibles », pouvant donc faire l'objet d'une représentation graphique. La loi cambodgienne définit ainsi la marque comme étant un signe « visible », capable de distinguer des biens et services de chaque entreprise (Art. 2). On retrouve par ailleurs les conditions traditionnelles de validité de la marque. Ainsi, certaines marques ne peuvent pas être enregistrées en raison de leur incapacité à distinguer des produits ou services, de leur contrariété à l'ordre public, de leur déceptivité, de leur similitude avec des signes interdits – sauf à ce que les organisations concernées l'autorisent –, de leur similitude avec une marque antérieure désignant des produits ou services identiques ou similaires, de leur similitude avec une marque renommée enregistrée pour désigner des produits ou services identiques, similaires, voire différents et, enfin, de leur similitude avec une marque notoire, non enregistrée, exploitée pour produits ou services similaires. L'enregistrement d'une marque ne sera pas, non plus, possible en cas d'existence d'un nom commercial antérieur – identique ou similaire exploité dans la même spécialité que la marque déposée - ou s'il y a une confusion dans l'esprit du public avec le nom d'une entreprise (Art. 20).

L'enregistrement d'une marque prend six à neuf mois. Si le titulaire n'a pas de domicile ou de résidence commerciale au Cambodge, il doit être représenté par un « agent marques » ou un avocat cambodgien. Actuellement, il existe environ 40 agences et cabinets d'avocats en propriété intellectuelle, essentiellement basés à Phnom Penh.

L'examen préalable opéré par l'office des marques porte non seulement sur l'aspect formel, mais également sur l'aspect substantiel, y compris les motifs relatifs de refus. Dans ce sens, l'officier peut refuser l'enregistrement d'une marque sur la base de son indisponibilité, lorsqu'il existe une marque antérieure similaire désignant des produits et services similaires.

Lorsque les conditions de forme et de fond de la demande sont satisfaites, la marque faisant l'objet de la demande est enregistrée. Un certificat est alors délivré et l'enregistrement est publié dans le Bulletin officiel du ministère du commerce. A l'inverse, une demande ne remplissant pas les conditions de fond et de forme peut faire l'objet d'une rectification durant 45 jours, après notification écrite par l'officier. A défaut de rectification, l'officier peut refuser son enregistrement.

Le demandeur peut se prévaloir de son droit de priorité sur une marque déjà enregistrée dans un pays membre de la Convention de Paris, durant un délai de 6 mois. La durée de la protection d'une marque enregistrée est de 10 ans. Elle est renouvelable infiniment. En cas de retard dans le renouvellement, un délai de grâce de 6 mois peut être accordé.

Une fois l'enregistrement de la marque publié dans le bulletin, s'ouvre un délai de 90 jours pendant lequel toute personne intéressée peut former une opposition pour non-respect d'une des conditions de fond et de forme d'enregistrement. Une copie de la notification d'opposition sera envoyée au demandeur qui doit y répondre dans un délai de 45 jours. A défaut, l'office considère que le demandeur a abandonné sa demande. L'une ou l'autre des parties – voire les deux – peut proposer une audience au terme de laquelle l'Office statuera sur le sort à réserver à l'opposition.

De plus, toute personne intéressée peut demander, auprès du ministère du commerce, l'annulation d'une marque déjà enregistrée sur le fondement des conditions de fond (Art. 13). La nullité, si elle est prononcée, rétroagit à la date d'enregistrement.

Le Ministère du commerce peut, par ailleurs, rayer – sans effet rétroactif – une marque déjà enregistrée des registres dans les cas suivant : l'absence de renouvellement de la marque ; la renonciation expresse du propriétaire ; le manquement à l'obligation de fournir des documents exigés par l'office dans un délai de 90 jours suite à l'enregistrement ; si le propriétaire n'a plus d'adresse au Cambodge ; si l'officier est persuadé que le propriétaire de la marque n'est pas le propriétaire légal de la marque ; ou si la marque enregistrée est identique ou similaire à une marque renommée d'un tiers (Art. 14).

Cinq ans après l'enregistrement, le propriétaire d'une marque doit fournir un affidavit d'usage. Doit ainsi être rayée une marque qui n'a pas fait l'objet d'un usage « sérieux» pendant une durée de cinq ans, sauf si le titulaire justifie d'une excuse légitime. Toute personne intéressée peut invoquer, devant le ministère du commerce, cette cause de perte du droit de marque dans un délai d'un mois avant la fin du délai de cinq ans ou après ce délai.

Une marque peut, par ailleurs, être collective. En plus des conditions générales exigées pour l'enregistrement d'une marque, une marque collective doit avoir un règlement commun. Celle-ci peut faire l'objet d'une demande d'annulation si le propriétaire est le seul utilisateur de la marque ou s'il viole ou autorise une violation du règlement commun ou fait un usage déceptif de la marque quant à la source ou les autres caractéristiques communes des produits ou services (art. 16-18).

Il est également possible d'enregistrer une marque de certification auprès du ministère du commerce. Cette marque permet d'apporter des garanties sur les matières premières, les sources, le processus de production, la qualité, la spécification et les autres caractéristiques. Cette marque est nouvelle dans le paysage juridique cambodgien, puisqu'elle a été mise en place par l'arrêté ministériel du ministère du commerce du 30 août 2016.

Hormis l'hypothèse des marques collectives, une marque enregistrée peut faire l'objet d'une licence, le titulaire devant néanmoins garder un moyen effectif de contrôle de la qualité des produits ou services. A défaut de stipulations sur ce moyen de contrôle ou de contrôle effectif de la part du titulaire de la marque, la licence doit être considérée comme non valable (Art. 19). Il est à noter que pour garantir l'opposabilité des contrats portant sur la marque, tout changement de titulaire ou tout contrat de licence doit être enregistré auprès du ministère du commerce (Art. 48-52).

L'utilisation d'une marque enregistrée sans le consentement de son propriétaire constitue une atteinte à la marque. L'action appartient prioritairement au titulaire. Le licencié, qu'il soit exclusif ou non, peut également agir en justice, après avoir mis le titulaire en demeure d'agir sans succès(Art. 27). Le titulaire ou le licencié peut saisir le tribunal en vue de :

- prendre des mesures provisoires afin de prévenir ou d'interrompre une atteinte à la marque ou à un nom commercial ou un acte de concurrence déloyale ;
- demander réparation ; et
- préserver la preuve.

Une mesure provisoire immédiate et effective peut être prise par le tribunal sur requête du demandeur. Afin de prévenir un dommage résultant d'une demande non justifiée, le juge peut demander une somme de garantie dans les intérêts de l'autre partie. Le demandeur doit agir au fond dans un délai de 20 jours ouvrables, faute de quoi le juge retirera sa mesure provisoire à la demande de l'autre partie.

Le titulaire d'une marque enregistrée peut également demander à l'administration des douanes, ou aux autres autorités concernées, voire au juge, de suspendre le traitement des formalités d'importation de marchandises soupçonnées de contrefaçon. L'autorité compétente doit notifier sa décision sous dix jours. Au cas où l'autorité fait droit à cette demande, le demandeur doit saisir au fond le tribunal dans un délai de dix jours. Si nécessaire,ce délai peut être prolongé de dix jours supplémentaires (Art. 35-40).

Le droit pénal sanctionne toute contrefaçon d'une marque, d'une marque collective ou d'un nom commercial ; toute imitation d'une marque, d'une marque collective, d'un nom commercial d'une entreprise déjà enregistrée au Cambodge en vue de créer la confusion parmi le public avec les marques ou le nom commercial d'une autre entreprise ou tout acte d'importation, de vente ou d'offre de vente, ou le fait de vouloir intentionnellement vendre (sic !) des produits/services comportant une marque reproduite ou imitée (Art. 64-66).

Enfin, sont considérés comme actes de concurrence déloyale, les actes ayant pour conséquencede créer une confusion avec une entreprise, des produits ou services d'un concurrent ; les affirmations inexactes portant atteinte à la réputation d'une entreprise, des produits ou des services d'un concurrent ; les affirmations inexactes dans le commerce de nature à entrainer une confusion sur la nature, le processus de production, les caractéristiques, la conformité ou sur la quantité de produits (Art. 22).

II. Les indications géographiques (IG)

La loi cambodgienne sur les indications géographiques a été promulguée le 20 janvier 2014. Elle permet de protéger tant les indications géographiques nationales que celles en provenance de l'étranger.

Il est précisé dans la loi qu'une IG ne peut être enregistrée lorsqu'elle est déceptive, contraire à la loi et aux bonnes mœurs, ou constituée d'un nom d'une variété de plante, d'une race animale ou d'un terme générique. La demande d'enregistrement doit être faite par une association, celleci disposant d'un cahier des charges comme outil de coordination interne. Celui-ci comporte des dispositions communes aux producteurs et assure la confiance de la part du milieu extérieur. Une IG « étrangère » peut être déposée au Cambodge si elle a été déjà enregistrée dans son pays d'origine (Art. 19).

Le cahier des charges doit mentionner les produits, la délimitation des zones, la qualité et le moyen de contrôle de la qualité des produits. Une entité est à ce titre chargée de certifier la conformité de qualité des produits. Celle-ci peut demander à ce que le ministère du commerce prenne des mesures contre un membre, telles que noter les fautes et donner des recommandations, exclure une parcelle de terrain, ou interdir e provisoirement ou définitivement l'usage de l'IG (Art. 26).

La demande doit être formulée auprès du ministère du commerce qui procédera à un examen de fond et

de forme. Une réponse sur la recevabilité est donnée dans un délai de 45 jours après la réception de la demande (Art. 9). L'enregistrement est ensuite publié au bulletin officiel du ministère du commerce. Il ouvre, comme en matière de marques, un délai d'opposition de 90 jours. Sur la demande d'une des parties ou si le besoin s'en fait ressentir, l'officier ministériel peut tenir une audience sur l'opposition. La décision du ministère du commerce peut faire l'objet d'un recours auprès du conseil de l'IG ou du tribunal compétent (Art. 18). Pendant un délai de 90 jours, la décision du Conseil de l'IG est également susceptible de faire l'objet d'un recours devant le tribunal compétent.

Une fois l'IG enregistrée, les membres de l'association titulaire de droits peuvent l'utiliser. Ces droits sont inaliénables. L'utilisation illicite, sans le consentement du titulaire des droits, peut être poursuivie pour parasitisme, concurrence déloyale ou contrefaçon (Art. 23) et être pénalement sanctionnée (Art. 38).

Le fait d'utiliser une IG pour des produits similaires pour profiter de sa renommée, ou un signe similaire menant à une confusion est pénalement sanctionnable. Il en va de même de toute forme de falsification menant à une confusion sur l'origine de produit (Art. 38).

Actuellement, le Cambodge a enregistré deux IGs. L'une est le poivre de Kampot, l'autre est le sucre de palmier.

III. Les brevets, les certificats de modèle d'utilité et les dessins et modèles

Le ministère de l'industrie et de l'artisanat joue le rôle de l'office en charge de la délivrance et de l'enregistrement des brevets, des certificats de modèles d'utilité et des dessins etmodèles.

A. Les Brevets

Bien que l'adoption de la loi sur les brevets ait eu lieu en 2003, le Cambodge a toujours besoin d'ingénieurs qualifiés pour effectuer des examens techniques de brevets. A ce jour, un accord a été passé avec Singapour et un autre avec le Japon dans le cadre d'une coopération en matière d'obtention de brevet. Un autre accord est en cours de négociation avec l'Office européen des brevets. Le Cambodge a par ailleurs déposé l'instrument d'accession au Traité de coopération en matière de brevets le 8 septembre 2016.

Tandis que le brevet est un titre permettant de protéger une invention portant sur un produit ou un procédé de production applicable dans le domaine de l'industrie, le certificat de modèles d'utilité protège, quant à lui, une invention nouvelle portant sur un produit ou un procédé de production, applicable dans le domaine de l'industrie, sans qu'elle résulte nécessairement d'une activité inventive.

L'invention peut appartenir à une ou plusieurs personnes. Le dossier de demande de brevet est soumis au Ministère de l'industrie et de l'artisanat. Il comporte une description de l'invention, une revendication, si nécessaire un schéma de présentation et un résumé. Tant que le brevet n'a pas encore été délivré, le demandeur peut toujours modifier son dossier, lorsque cela ne va pas au-delà de la substance déjàfournie (Art. 40). Le demandeur peut se prévaloir d'un droit de priorité de 12 mois. Si la demande a été déposée à l'étranger, l'officier peut exiger que le demandeur lui fournisse la date de la demande et le dossier qu'il a déposé à l'étranger pour la même invention ou une invention similaire.

L'officier ministériel octroie une date à la demande lorsque celle-ci contient un certain nombre d'informations, telles que l'objet de la demande, l'identité du demandeur ou bien encore la description de l'invention. Lorsque les conditions de brevetabilité sont remplies, l'officier délivre le brevet d'invention, publie l'octroi du brevet et l'enregistre dans le registre.

La durée de protection conférée par la délivrance du brevet est de vingt ans, non renouvelable à compter de la date de dépôt de la demande. Le titulaire du brevet se voit reconnaître un monopole d'exploitation sur son invention et un « droit d'interdire » toute exploitation de l'invention par

autrui, non consentie, au Cambodge. L'exploitation d'un produit s'entend de la production, l'importation, la distribution, l'usage et le stockage de ce produit. L'exploitation d'un procédé de production s'entend d'un usage de ce procédé et de l'exploitation des produits issus de celui-ci. Le titulaire du brevet a le droit de saisir les autorités compétentes contre toute personne portant atteinte à ses droits.

La loi donne la possibilité au Ministre de l'industrie et de l'artisanat d'autoriser l'exploitation du brevet même sans l'accord de son titulaire dans le cas où l'intérêt public se pose ou lorsque le juge considère que la manière dont un brevet est exploité porte atteinte au jeu de la concurrence (Art. 47). Il en va de même, au plus tard quatre ans après le dépôt de la demande ou 3 ans après l'octroi du brevet, si le brevet n'a pas été exploité ou exploité sérieusement au Cambodge. Le Ministre peut octroyer une licence obligatoire sur ce brevet, sauf à ce que le titulaire invoque un juste motif. En cas de licence obligatoire, une compensation pour le titulaire de brevet est nécessaire (Art. 56).

Un brevet peut faire objet d'une annulation par le tribunal si les conditions d'octroi n'ont pas été remplies. Elle a un effet absolu et rétroagit à la date de délivrance du brevet.

B. Les modèles d'utilité

Un modèle d'utilité est une invention nouvelle de produit ou de procédé de production. Si cette invention est susceptible d'application industrielle, elle ne résulte pas nécessairement d'une activité inventive. Le demandeur d'un certificat de modèle d'utilité peut demander que sa demande soit convertie en une demande de brevet, l'inverse étant possible également.

La durée de la protection de modèle d'utilité est de sept ans non renouvelable. Ce délai court à compter de la date de dépôt de demande de certificat.

C. Les dessins et modèles

Un dessin ou modèle est un assemblage visible de lignes ou de couleurs ou de forme tridimensionnelle ou de matériaux qui donnent une forme particulière à un produit industriel ou artisanal. Seuls les dessins et modèles nouveaux, ne répondant pas à l'aspect technique du produit, peuvent faire l'objet d'un enregistrement. Le dessin ou modèle ne doit pas avoir été révélé au public depuis plus de 12 mois.

L'officier ministériel en charge de l'examen de la demande d'enregistrement doit s'assurer du respect des conditions de fond et de forme. Ainsi, d'un point de vue formel, la demande doit être constituée d'un dessin, d'une photo ou d'une représentation graphique du produit comportant le dessin ou modèle dont la protection est recherchée, ainsi que l'indication du produit pour lequel le dessin ou modèle sera utilisé. S'agissant des exigences de fond, le dessin ou modèle doit répondre au caractère d'apparence, ne pas être fonctionnel ni contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (Art. 102).

Suite à la décision d'enregistrement d'un dessin et modèle, une suspension de publication de l'enregistrement est possible pour un délai qui ne dépasse pas une durée de 12 mois (Art. 98).

La durée de protection des dessins et modèles au Cambodge est de cinq ans et est renouvelable deux fois. En cas de retard de paiement pour le renouvellement, un délai de grâce de six mois peut être accordé (Art. 109). Enfin, le tribunal peut annuler l'enregistrement d'un dessin si les conditions de fond n'ont pas été remplies, celle-ci ayant un effet absolu rétroactif (Art. 112).

Le titulaire d'un dessin ou modèle bénéficie d'un droit exclusif lui permettant de voir sanctionner la production, la vente, l'exportation ou l'importation des articles incorporant son dessin ou modèle. Il peut, dans ce cadre, saisir le tribunal pour toute atteinte à ses droits (Art. 105-108).

D. Règles communes au brevet, au certificat de modèle d'utilité et au dessin ou modèle

Les brevets, les modèles d'utilité et les dessins et modèles partagent un certain nombre de dispositions communes.

Le changement de titulaire ou de demandeur est fait par écrit et déposé auprès de l'office en charge de l'enregistrement (le ministère de l'industrie et de l'artisanat). Le changement de titulaire n'est en effet pas opposable au tiers tant que cette inscription au registre n'a pas été opérée (Art. 114). Il en va de même pour les contrats de licence de brevet, de modèle d'utilité ou de dessin et modèle.

La représentation par un agent est nécessaire lorsque le demandeur ou le titulaire n'a pas son domicile ou son siège social au Cambodge.

Dans le cadre d'un contentieux, l'officier ministériel peut tenir une session de conciliation sur une plainte portée par une partie. Suite à sadécision, un recours devant le tribunal compétent est possible pendant une durée de trois mois (Art. 124). Par ailleurs, tout litige portant sur un brevet, un modèle d'utilité ou un dessin ou modèle peut également faire l'objet d'une plainte devant le tribunal concerné. Ont qualité pour agir en contrefaçon le titulaire des droits et les licenciés qui ont préalablement mis en demeure le titulaire qui refuse ou omet d'agir. Le tribunal compétent peut prendre une ordonnance en vue de prévenir ou interrompre une atteinte ; décider de la réparation du préjudice et prendre toute autre décision autorisée par les lois en vigueur.

Toute atteinte volontaire aux droits est susceptible d'être sanctionnée par une amende de 5 à 20 millions de Riels (environ 1200 à 4800Euros) ou/et un emprisonnement d'un à cinq ans. En cas de récidive, la peine est doublée (Art. 133).

IV. Les nouvelles variétés végétales

La loi sur la gestion des variétés végétale et le certificat d'obtention végétale a été promulguée le 13 mai 2008.

Une variété végétale est éligible à la protection lorsqu'elle est nouvelle, distincte, homogène et stable. La tenue des registres des variétés végétales relève de la compétence du ministère de l'agriculture, des forêts et de la pêche, tandis que l'enregistrement d'une nouvelle variété végétale en vue d'obtenir un certificat dépend du ministère de l'industrie et de l'artisanat. Outre la délivrance du certificat, le ministère est compétent pour constater et enregistrer les cessions de droit, annuler le certificat, changer ou supprimer le nom de la nouvelle variété végétale ou bien encore délivrer une licence obligatoire.

La demande de la protection de la nouvelle variété végétale peut être faite par un cambodgien ou un étranger ayant sa résidence au Cambodge, par une personne ayant son domicile dans un des pays membres de la Convention de l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales ou dans un pays ayant conclu une convention bilatérale avec le Cambodge.

La durée de la protection d'une nouvelle variété est de vingt ans, sauf pour certaines variétés spéciales telles que celles des lianes ou des fruits dont la durée de protection est de vingt-cinq ans. Tout usage de la nouvelle variété doit être consenti par le titulaire, à l'exception de l'usage expérimental, personnel et de celui ayant pour but de créer une nouvelle variété. Le ministère de l'industrie et le ministère de l'agriculture peuvent par ailleurs établir des règles pour que les paysans puissent réutiliser des récoltes qu'ils ont obtenues grâce à la nouvelle variété (Art. 16).

Les litiges relatifs à l'enregistrement et à l'atteinte aux droits d'une nouvelle variété doivent être portés devant l'officier ministériel. Le titulaire de droits a également la faculté de saisir le tribunal compétent afin de voir son préjudice réparé, que soit rendue une ordonnance d'interdiction ou d'interruption de l'atteinte, que soit prononcée une

amende ou la destruction des produits qui sont les fruits de l'infraction (Art. 70).

V. Les droits d'auteur

La loi cambodgienne sur les droits d'auteur et les droits voisins a été promulguée le 5 mars 2003. Cette loi protège une œuvre qui présente un caractère original, c'est-à-dire une œuvre qui est le fruit de l'idée de son auteur, qu'elle soit achevée ou non, publié ou non, déposée ou non. Une œuvre peut appartenir à un individu ou être une œuvre de collaboration, dérivée ou collective (Art. 5 et 6). L'œuvre de collaboration implique la participation de plusieurs individus dans les efforts de création. L'œuvre dérivée implique une traduction, une imitation ou une modification d'une œuvre originale. L'œuvre collective est celle créée par plusieurs personnes physiques, à l'initiative d'une personne physique qui édite, publie et divulgue l'œuvre sous sa direction et en son nom.

Loi cambodgienne accorde une protection uniquement aux œuvres créées au Cambodge et à celles dont la protection est exigée par traités internationaux dont le Cambodge est membre. Actuellement le Cambodge n'est pas membre de la Convention de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques.

L'auteur, du fait de sa création, se voit reconnaître sur son œuvre des droits moraux et patrimoniaux. Les droits moraux sont ceux de divulgation, de paternité ainsi que le droit au respect de l'œuvre. Ils sont perpétuels, inaliénables, insaisissables et imprescriptibles. Ces droits peuvent être transmis aux héritiers de l'auteur à son décès ou à un tiers par un testament. Les droits patrimoniaux sont les droits d'exploitation de son œuvre, à travers la reproduction, la représentation et la création des œuvres dérivées.

Ces droits font, néanmoins, l'objet de limites. Ainsi, n'entrent pas dans le giron du droit exclusif : l'importation pour utilisation personnelle d'une œuvre, la reproduction pour une utilisation personnelle (Art. 24), une représentation dans un cercle familial ou amical, une copie dans une bibliothèque, l'utilisation de l'œuvre pour l'enseignement sans paiement, la traduction du texte en Khmer vers une langue des minorités ethniques et vice-versa. Il en va de même de l'analyse ou la courte citation, la diffusion de commentaires médiatiques, la diffusion d'un discours, la caricature, la copie d'une œuvre graphique ou plastique située dans un lieu public et qui ne fait pas objet d'une reproduction.

La durée de la protection du droit patrimonial est de cinquante ans après la mort de l'auteur, soixante-dix ans après la fin de l'année de publication d'une œuvre anonyme, cent ans si l'œuvre n'a pas été publiée pendant dans les cinquante années qui ont suivi sa création.

Le droit patrimonial est aliénable. Il peut être transmis dans le cadre d'une succession légale ou testamentaire. Si l'auteur n'a pas d'héritier, le droit exclusif est transféré à l'Etat. Il est à noter que tout contrat portant l'exploitation du droit patrimonial doit être conclu par écrit.

Face à une atteinte ou un risque d'atteinte à l'un de ses droits, l'auteur de l'œuvre peut saisir le tribunal en vue d'interdire la violation future de ses droits, et d'ordonner que le répondant cesse l'atteinte. Il peut également demander des dommages-intérêts, une réparation du préjudice moral, une saisine des objets résultant de la violation de droits et une remise des bénéfices issus de l'atteinte (Art. 57).

Des atteintes aux droits d'auteurs telles qu'une production, une reproduction, une représentation ou une communication au public en violation de droits d'auteurs sont pénalement répréhensibles (Art. 64).

A. P.

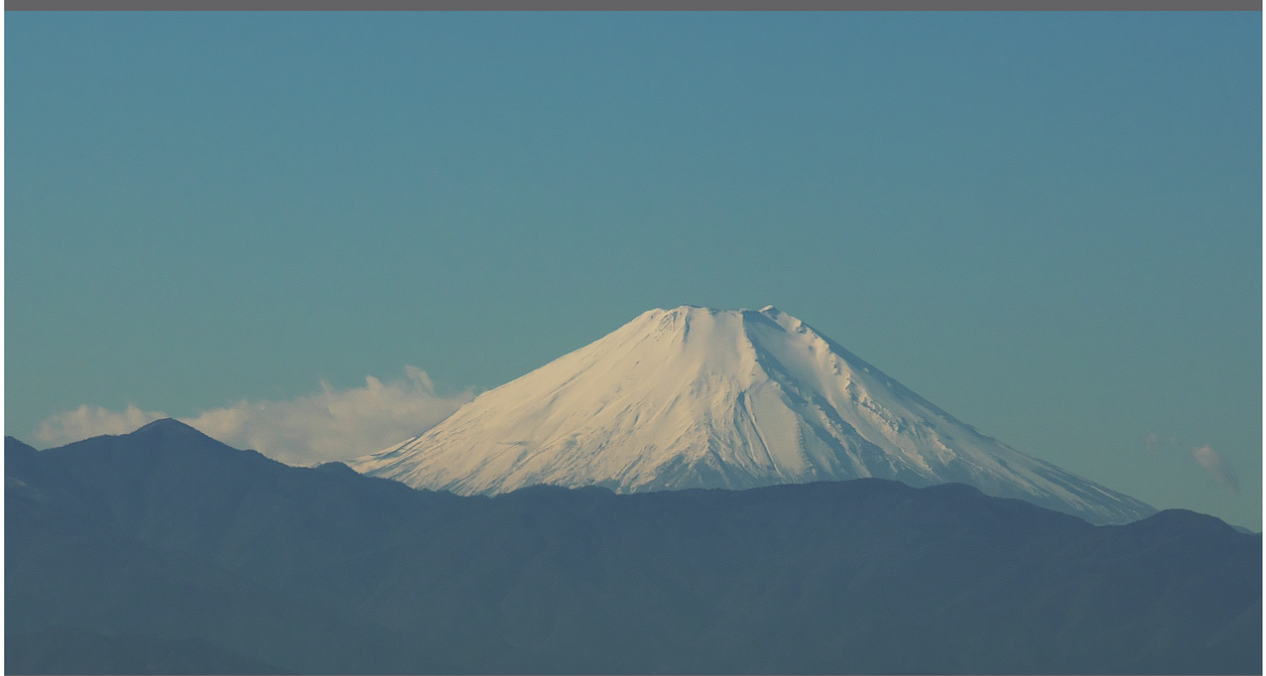
Europe

& R P L W p 5 p(JXLURRQSDHO

Alexis BOISSON
Maître de conférences à l'Université Pierre-Mendès-France
Nicolas BRONZO
Maître de conférences à l'Université Aix-Marseille
8 URã û (0 $ / 2 9 , û
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
Caroline LE GOFFIC
Maître de conférences à l'Université Paris Descartes
Natalia KAPYRINA
Doctorante en droit, Assistant-chercheur au CEIPI
Du åan POPOVI û
Professeur à l'Université de Belgrade, Serbie
Eleni-Tatiani SYNODINOU
Maître de Conférences à l'Université de Chypre

HIRATA & PARTNERS

PATENT AND TRADEMARK ATTORNEYS



29th Floor,
Shinjuku Front Tower, 2-21-1,
Kitashinjuku, Shinjuku-ku
TOKYO 169-0074, JAPAN

Tel : +81-3-6908-8753
Fax : +81-3-6908-8763
E-mail : mail@hirata-jp.net
Http: //www.hirata-jp.net/

Fondé en 1985, le Cabinet Hirata & Partners est un cabinet de conseils en propriété industrielle.
Nos services sont bien adaptés aux besoins de nos clients, et notre expérience nous permet de traiter les dossiers les plus complexes.
Nous proposons des stratégies de propriété industrielle intégrant les points de vue de nos clients.
Nous pensons toujours à ce qui leur sera le plus avantageux et avons à coeur de proposer rapidement des solutions à leurs problématiques.