

## **Bail et propriété intellectuelle en droit OAPI : aux confins des analogies...**

**Ampah Johnson-Ansah\***

RÉSUMÉ/ABSTRACT .....	49
INTRODUCTION .....	51
I- BAIL ET PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE : DES ANALOGIES FUYANTES .....	58
A- Bail et licence en droit des signes distinctifs : l'amalgame suspect .....	59
1. Diversité des signes distinctifs .....	59
2. Pluralité des contrats de mise à disposition des signes distinctifs .....	60
B- Bail et licence en droit des créations techniques : une assimilation forcée .....	63
1. Perception particulière de la licence des dessins et modèles .....	64
2. Savoir-faire secret et jouissance paisible dans la licence de brevet .....	66

---

© Ampah Johnson-Ansah, 2022.

\* Maître-assistant, Chef de Département de droit privé (Faculté de droit de l'Université de Lomé – Togo).

[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

II- BAIL ET PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE : DES ANALOGIES MUTILANTES. . . . .	70
A- Complexité des autorisations d'exploitation en droit d'auteur : une assimilation refoulée. . . . .	70
1. Confusion entre mise à disposition et transfert des droits. . . . .	71
2. Lignes de démarcation introuvables . . . . .	75
B- Mise à disposition dans la nébuleuse du numérique . . . .	77
1. Imbrication du matériel et de l'immatériel dans les logiciels . . . . .	78
2. Localisation de la mise à disposition de supports immatériels. . . . .	79
CONCLUSION. . . . .	82

## **RÉSUMÉ**

La similitude des rapports entre le bail et la propriété intellectuelle est inéluctable, puisque les droits de propriété intellectuelle sont des meubles incorporels dont l'exploitation passe par plusieurs types de contrats de mise à disposition. Il n'est donc pas contestable que par son objet, la licence d'utilisation s'apparente à un louage de chose. Il y a mise à disposition d'un bien, sans transfert d'un droit réel, et moyennant le versement d'une redevance ou, plus généralement, d'une contrepartie financière. Cette relation est portée par le double sceau de la différence et de la spécificité à travers la localisation ubiquiste des droits de propriété intellectuelle. En droit de la propriété industrielle, l'assimilation des contrats de mise à disposition au bail semble ainsi fuyante malgré le caractère économique exacerbé de ces droits. Dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, l'analogie ne paraît pas interdite, mais elle est subrepticement refoulée dans les incertitudes qui obèrent fortement la nature des différents droits d'exploitation. Cette méfiance persiste dans le domaine de l'immatériel où l'univers numérique étale encore plus les difficultés à circonscrire des contrats de mise à disposition. Finalement, plusieurs obstacles sont de nature à gêner le passage de la ressemblance avec un bail à l'assimilation pure et simple malgré certains points de convergence incontestables. Le bail paraît étroit face à la richesse des contrats de mise à disposition en droit de propriété intellectuelle et les analogies nécessaires pour appréhender cette relation n'en rendent compte qu'imparfaitement.

## **ABSTRACT**

The similarity of the relationship between the lease and intellectual property is inescapable, since intellectual property rights are intangible assets whose exploitation involves several types of supply contracts. It is therefore not disputed that by its object, the user license is akin to the rental of a thing. There is provision of a good, without transfer of a real right, and with the payment of a royalty or,

more generally, a financial contribution. This relationship is carried by the double seal of difference and specificity through the ubiquitous localization of intellectual property rights. In industrial property law, the assimilation of supply contracts to the lease, thus seems elusive despite the exacerbated economic nature of these rights. In the field of literary and artistic property, analogy does not seem forbidden, but it is surreptitiously repressed in the uncertainties which strongly obstruct the nature of the various exploitation rights. This mistrust persists in the field of intangibles, where the digital universe is even more difficult to define supply contracts. Finally, several obstacles are likely to hinder the passage from resemblance with a lease to outright assimilation despite certain indisputable points of convergence. The lease seems narrow in the face of the wealth of provisioning contracts in intellectual property law, and the analogies necessary to understand this relationship do not fully reflect this.

#### **MOTS-CLÉS**

Propriété intellectuelle – Analogies – Bail – Licence – Mise à disposition – Jouissance des droits

## INTRODUCTION

Les forces du droit des contrats, ce pouvait être, avant même la loi, la pratique contractuelle. Elle est rapide et souple. Que dans la société, se révèle un besoin économique encore insatisfait, on peut faire le pari, en régime libéral, que l'attrait du profit suscitera une entreprise et des contrats civils ou commerciaux, pour y satisfaire. L'autonomie de la volonté, principe de ce régime, est une autonomie de l'imagination.<sup>1</sup>

Ces propos du doyen Carbonnier illustrent assez brillamment comment le droit des contrats essaye de saisir l'immatériel et l'invisible, terrain de prédilection de la propriété intellectuelle à travers sa force imaginative qui a donné lieu à une diversité de contrats en droit de propriété intellectuelle. Certains de ces contrats apparaissent plus ou moins proches du bail de sorte que la relation entre les deux matières ne peut être conçue que sur des critères analogiques.

La propriété intellectuelle est considérée comme un droit de propriété portant sur un bien intellectuel dont l'origine se trouve uniquement dans le capital cérébral. Ce sont donc des créations de l'esprit, fruit de l'activité humaine ne découlant d'aucun bien préexistant<sup>2</sup>. Elles sont divisées en deux grandes branches : la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle. Leur diversité indéniable est scellée par une véritable unité en ce qu'elles sont toutes des créations immatérielles et font l'objet d'un monopole d'exploitation apparaissant comme un droit de propriété fortement protégé par l'action en contrefaçon. Une partie de la doctrine adoptant une approche unitaire de la matière va parfois très loin en qualifiant tout simplement les droits de propriété intellectuelle de « biens

- 
1. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, 1996, p. 176.
  2. Selon le doyen Paul Roubier, « le droit a pour siège un bien immatériel [...] et comporte une série de prérogatives morales, pécuniaires, sur ce bien » : P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Sirey, 1952, n° 22, p. 100 ; J.-C. GALLOUX, « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle », dans *Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, coll. « IRPI », n° 36, Litec, 2010, p. 199.

intellectuels »<sup>3</sup>. Ce dernier est alors défini comme « une chose issue de l'imagination humaine dans l'exercice d'une activité créatrice susceptible d'appropriation indépendamment de tout support ». Dans cette brève étude, il s'agit d'envisager la relation de ces biens particuliers avec le bail.

Aux termes de l'article 1709 du Code civil français, le bail est envisagé comme le louage de chose, « un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à payer ». Le bail est donc un contrat de mise à disposition, le bailleur s'engageant seulement à assurer à son cocontractant la jouissance paisible du bien. Il emporte ainsi création d'un droit personnel au profit du locataire qui l'exerce, non pas sur la chose louée, mais contre la personne du bailleur. La principale obligation dans le bail n'est pas celle de donner (*dare*), mais bien celle de *praestere*, catégorie des louages dont l'arête principale est la mise à disposition. Or, le bail est généralement et uniquement la location d'une chose. Le matérialisme ambiant dans lequel baignait le Code civil<sup>4</sup> n'aurait pas de toute façon fait penser aux choses incorporelles.

En droit OHADA, ce matérialisme est exprimé avec une certaine acuité dans la définition du bail à usage professionnel. Aux termes de l'article 101 de l'AUDCG :

[...] les dispositions du présent titre sont applicables à tous les baux portant sur les immeubles rentrant dans les catégories suivantes : 1) locaux ou immeubles à usage commercial, industriel, artisanal ou tout autre usage professionnel ; 2) locaux accessoires ou dépendant d'un local ou d'un immeuble... ; 3) terrains nus sur lesquels ont été édifiées, avant ou après la conclusion du bail, des constructions à usage industriel, commercial, artisanal ou à tout autre usage professionnel [...].

Cette conception du bail à usage professionnel met au goût du jour une divergence frontale entre bail et propriété intellectuelle dans la mesure où elle semble, de prime abord, écarter toute interférence avec cette dernière du fait précisément de la *summa divisio* entre droits réels et droits personnels<sup>5</sup> doublée de la distinction, non moins cardinale, entre les choses corporelles et les choses incorporelles. L'on

3. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2020, p. 31 et s.

4. M. VILLEY, « Préface historique », dans *Les biens et les choses*, *Archives de Philosophie du droit*, t. 24, Sirey, 1979, p. 1-7.

5. Voir J. DERRUPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Dalloz, 1952.

est confronté à la difficulté majeure de transposer mécaniquement les schémas hérités de la propriété corporelle sur le terrain de la propriété intellectuelle. De fait, confronté à des formes contractuelles contemporaines, la seule présence du corporel ne peut en réalité traduire l'exclusion de la propriété intellectuelle. Les multiples facettes de l'objet essentiel du contrat de bail qui est la mise à disposition peuvent révéler une fructueuse connivence avec l'incorporalité des propriétés intellectuelles dans le cas où l'on est en présence des biens issus de l'exercice d'une activité humaine.

L'argument analogique, malgré ses limites, tend à rapprocher le bail et la licence<sup>6</sup>. Le bail intéresse à plus d'un titre les droits de propriété intellectuelle dans la mesure où il constitue un contrat de mise à disposition. En effet, le bail transmet les utilités économiques d'une chose dont le propriétaire conserve la pleine propriété. Il n'est privé d'aucun de ces droits réels dont il n'a évidemment point disposé. Comme le bail, la licence est un acte d'administration, tant pour le concédant que pour le licencié, à l'image du bailleur et du preneur, avec un axe conjoint formé par l'immatérialité et l'impératif de circulation des biens intellectuels<sup>7</sup>. Les conditions objectives gouvernant la formation du bail se retrouvent également dans les contrats de licence, l'objet, meuble incorporel, la durée pouvant être déterminée ou indéterminée et le prix assimilé aux redevances. Pour ce qui concerne les obligations, celles du licencié sont pratiquement identiques à celles du bailleur : assurer la jouissance paisible de la chose incorporelle au licencié<sup>8</sup>. Il doit en outre garantir le licencié contre les vices cachés empêchant l'usage de la chose louée et le garantir contre les troubles de la jouissance<sup>9</sup>. C'est l'essence de la mise à disposition qui caractérise les deux formes de contrats. Quant au preneur, ses principales obligations sont le paiement des loyers, les redevances, l'usage raisonnable de la chose conformément à sa destination. Il n'est pas du tout exclu de rechercher une comparaison entre le bail et la propriété intellectuelle dans les questions relatives à la limite temporaire de ces contrats avec les implications du bail que sont, à titre d'exemple, soit la reconduction tacite, l'une des spécificités

6. J. RAYNARD, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, n° 2, 2006, p. 597.

7. A. ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, préface de M. VIVANT, LGDJ, 2008, p. 5 ; voir également sur toute la question relativement au brevet : J.-J. BURST, *Brevet et licencié : leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Litec, 1970.

8. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, Economica, 2011.

9. *Ibid.*

du contrat de bail<sup>10</sup>, qui doit être proscrite en matière de propriété intellectuelle, soit le renouvellement ou la prorogation des contrats d'exploitation qui peuvent être largement envisagés, puisqu'ils sont du ressort du droit commun<sup>11</sup>.

La pratique révèle incontestablement la proximité indéniable des licences, très usitées en propriété intellectuelle, avec le bail. Ainsi en est-il du contrat de licence en droit de propriété industrielle, notamment pour ce qui concerne les brevets et les marques. Il ne faut pas oublier que l'analogie, au-delà de la ressemblance établie à travers l'imagination par association est aussi une « action assimilatrice qui fait que certaines formes changent sous l'influence d'autres auxquelles elles sont associées dans l'esprit et qui déterminent des créations conformes des modèles préexistants »<sup>12</sup>. Les modèles contractuels du bail et de la licence s'offrent vite à une telle opération de l'esprit humain parce que l'analogie exprime justement « une similitude de rapports »<sup>13</sup>. Le rapprochement ou plutôt le mariage<sup>14</sup> de ces notions n'a pas tardé à être mis en relief<sup>15</sup>. La force de cette analogie est cristallisée dans le dessein économique exacerbé de ces droits. Même si l'on admet la possibilité de licence en matière de droit d'auteur, l'on reconnaît également que la situation est bien différente de celle connue en droit de propriété industrielle au sein de laquelle la primauté du critère économique facilite la comparaison sans toutefois entraîner la confusion des opérations. En outre, la force de l'imagination en droit de propriété intellectuelle, en collusion avec l'économie du savoir ou l'intelligence économique, allie innovation et collaboration. Elle a ainsi donné naissance à une nouvelle pratique du nom « d'innovation ouverte » avec un mélange de collaboration, de mise à disposition et de partage dont le dessein est la valorisation des droits de propriété intellectuelle, exactement comme si la licence constitue un vecteur puissant de la circulation et d'évolution de ces droits<sup>16</sup>. Or, la valorisation et la circulation sont deux phénomènes cruciaux pour

10. E. DIBAS-FRANCK, *Le renouvellement du bail à usage professionnel des pays de la zone OHADA*, L'Harmattan, 2014.

11. P. DELEBECQUE, « Droit commun et droit spécial des contrats : quelle dialectique après la réforme du 10 février 2016 ? », dans *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, LGDJ, 2018, p. 347.

12. *Dictionnaire Le Petit Robert*, v<sup>o</sup> Analogie.

13. C. PERELMAN, *L'empire rhétorique*, Vrin, 1977, p. 147.

14. Le mot est choisi à dessein, car le contrat de licence avait, entre-temps, été considéré comme un contrat de mariage du fait de la communauté d'intérêts des parties en présence.

15. J. SCHMIDT-SZALEWSKY et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 2007, n<sup>o</sup> 273.

16. A. ABELLO, préc., note 7, p. 152 et s.



l'existence et l'exercice des droits de propriété intellectuelle : elles en cristallisent l'exploitation. D'autres opérations spécifiques traduisent cette caractéristique principale comme le montre la recrudescence des licences réciproques *Creative Commons* ou des licences libres de logiciels<sup>17</sup> qui peuvent être, il ne faut pas l'oublier, une nouvelle manière de remettre en cause le droit de propriété intellectuelle<sup>18</sup>. En fait, le droit de propriété intellectuelle ne vaut que lorsqu'il est exploité. Contrairement au bail, le concédant, dans ce cas, continue d'avoir un intérêt immédiat dans la jouissance du bien intellectuel à travers la rémunération proportionnelle<sup>19</sup>. L'exploitation prend des formes multiples à travers la liberté contractuelle traduisant encore plus le caractère *sui generis* de certains contrats dans cette matière<sup>20</sup>. Ce caractère spécifique paraît plus prononcé dès lors que le droit ne peut plus ignorer la révolution numérique<sup>21</sup> dans son extension augurant elle aussi une autre voie de surspécialisation<sup>22</sup>. À cette riche diversité, il faut ajouter la complexité des notions voisines comme les propriétés commerciales ou encore le nantissement<sup>23</sup>, la distribution sélective<sup>24</sup>, la franchise<sup>25</sup> qui conservent leur autonomie malgré l'étroite relation que ces termes entretiennent avec les droits de propriété intellectuelle. La flexibilité de ces notions dans le monde des affaires ouvre, à souhait, un vaste champ aux analogies entre bail et propriété puisqu'elles sont arrimées à l'exploitation.

17. C. BERNAULT, « “Licences réciproques” et le droit d’auteur : l’économie collaborative au service des biens communs ? », dans *Liber amicorum. Mélanges en l’honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 91.
18. C. CARON, « L’œuvre libre confrontée à quelques aspects du droit commun des biens et du droit d’auteur », *CCE*, étude n° 12, juillet-août 2018, p. 10.
19. C. COLOMBET, « La portée des autorisations d’exploitation en matière de contrats relatifs au droit d’auteur », dans *Propriétés intellectuelles ; mélanges en l’honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 63.
20. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d’auteur et droits voisins*, Dalloz, 2013, n° 640, p. 534.
21. Pour reprendre le titre d’un ouvrage : M.-Ch. ROQUE-BONNET, *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Michalon, 2010. *Contra* : Duhén estime, lui, que l’Internet « s’inscrit dans l’évolution des choses comme tous les autres objets nouveaux que le droit doit connaître » : W. DUHEN, *La responsabilité contractuelle du fournisseur d’accès Internet*, PUAM, 2013, p. 26.
22. P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Hypercours, Dalloz, 2017, p. 8.
23. L. Y. NGOMBE, « Les sûretés mobilières et les propriétés intellectuelles dans les États membres de l’OHADA et de l’OAPI », dans *Recueil d’études sur l’OHADA et l’UEMOA*, vol. I, coll. « Horizons juridiques africains », PUAM, 2010, p. 385-395.
24. M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, Dalloz, 2006 ; D. FERRIER et N. FERRIER, *Droit de la distribution*, 9<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2020.
25. M. TEBIE, *La liberté contractuelle dans les contrats de franchise*, thèse de doctorat, Université de Lomé, 2018.

L'importance de l'exploitation a pour corollaire l'obligation d'exploitation<sup>26</sup>, qui est l'épée de Damoclès sur le titulaire du droit. Elle peut alors mener à une licence forcée ou obligatoire<sup>27</sup> du brevet dans certaines situations. Ces licences involontaires sont exclues de cette étude, car elles constituent une expropriation subreptice pour cause d'utilité privée qui bafoue les règles de la licence contractuelle à travers l'octroi d'une rémunération forfaitaire<sup>28</sup>. En droit des marques, la sanction est plus radicale : la déchéance du droit<sup>29</sup>. De même, les licences de fabrication ne doivent pas être considérées comme de véritables licences, puisqu'il y a une absence de louage de l'objet. Quant aux accords de non-opposition ou de coexistence<sup>30</sup> de brevet ou de marque, il a été clairement affirmé qu'ils ne constituent pas une licence<sup>31</sup>. Leur exclusion du champ de cette étude est d'une évidence incontestable.

En réalité, le bail incorporel n'est pas exclu<sup>32</sup>, à l'instar de la location-gérance ou le *streaming*, possibilité de louer des films ou séries sur Internet ou la licence en droit de propriété intellectuelle. Inextricablement enserré dans la diversité des baux, ce bail spécial

26. C. ALBIGÈS, « L'obligation d'exploiter un bien », *RTD civ.* 2014, 795.
27. L'article 5 A 2) de la *Convention d'Union pour la protection de la propriété industrielle*, signée à Paris le 20 mars 1883, dispose : « Chacun des pays de l'Union aura la faculté de prendre des mesures législatives prévoyant la concession de licences obligatoires pour prévenir les abus qui pourraient résulter de l'exercice du droit exclusif conféré par le breveté, par exemple faute d'exploitation » ; art. 49 de l'Accord de Bangui : licence non volontaire pour défaut d'exploitation.
28. Les licences obligatoires sont les licences judiciaires et les licences d'offices. Les licences d'office sont celles qui sont octroyées par une autorité administrative. On en distingue trois types : les licences dans l'intérêt de la santé, les licences dans l'intérêt de l'économie nationale et les licences dans l'intérêt de la défense nationale. Cf. F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, préc., note 8, n° 624.
29. *Accord de Bangui instituant une Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle*, 2 mars 1977, entré en vigueur le 8 février 1982, tel que révisé par l'Acte de Bamako, adopté le 14 décembre 2015 et entré en vigueur le 14 novembre 2020 (ci-après : « Acte de Bamako »), art. 27 1)a) : « À la requête de tout intéressé, la juridiction nationale compétente peut constater la déchéance et ordonner la radiation de toute marque enregistrée qui : pendant une durée ininterrompue de cinq (05) ans précédant l'action, n'a pas été utilisée sur le territoire national de l'un des États membres pour autant que son titulaire ne justifie pas d'excuses légitimes. »
30. C. CARON, « La discrète omniprésence des accords de coexistence en droit des marques », *JCP G*, n° 5, 28 janvier 2013, doct. 123 ; voir également M. VIVANT, « Réflexions sur les accords de coexistence en matière de marques à l'heure de la globalisation », dans C. GEIGER et C. RODÀ (dir.), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé : mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, coll. « CEIPI », n° 61, LexisNexis, 2014, p. 381.
31. Com. 5 janv. 1983, n° 81-15.218, Bull. civ. IV, n° 1.
32. P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 9<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2017, n° 601, p. 361.

se différencie, à bien des égards, du bail commun. Il en ressort, à titre illustratif, que la mise à disposition du support matériel, le corporel, ne peut pas être considérée comme une mise à disposition de la création intellectuelle, l'incorporel. Il faut y ajouter les difficultés propres à la localisation ubiquiste des biens intellectuels. Le problème se pose alors de savoir si la spécificité des contrats de mise à disposition en matière de propriété intellectuelle permet de les assimiler véritablement au bail.

Un double intérêt s'attache à cette interrogation. Au plan purement théorique, si l'on considère que le fonds de commerce est un élément essentiel au bail, l'on peut voir toute l'importance que peut avoir la propriété industrielle dans la relation entre bail et droits intellectuels. Évidemment, il ne faut pas perdre de vue que les composantes des éléments incorporels du fonds du commerce sont essentiellement les droits de propriété industrielle auxquels s'ajoutent le nom commercial, l'enseigne et le droit au bail. Il y a une forme d'imbrication qui démontre l'interdépendance des notions en présence<sup>33</sup>. Le caractère économique de certains droits, dont l'épine dorsale semble être les investissements<sup>34</sup>, notamment les droits de la propriété industrielle, le logiciel ou les bases de données, admet plus facilement l'assimilation au bail que le droit d'auteur, au sens strict.

Au plan pratique, la sophistication des droits de propriété intellectuelle a entraîné une sorte de complexification qui brouille parfois les frontières instaurant une difficulté majeure dans l'opération de qualification<sup>35</sup>. Cependant persistent la réalité et l'importance des contrats, maillon essentiel de l'échange économique et de la circulation des biens intellectuels, lorsqu'ils sont notamment relatifs au louage de chose incorporelle par le truchement de nouvelles typologies des contrats de mise à disposition traduisant leur constant rapprochement des canons traditionnels du droit commun du bail. Une nouvelle analyse s'impose, en réalité, à la doctrine qui montre le flux et le reflux entre droit commun et droit spécial<sup>36</sup>. L'usage concédé demeure

33. D. MAZEAUD, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », dans *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, p. 73.

34. A. ZAOUAQ, « La propriété intellectuelle et les investissements directs étrangers », *Propr. Intell.*, n° 65, 2018, p. 109.

35. T. HASSLER, « La sophistication du droit de la propriété intellectuelle », dans C. GEIGER et C. RODA (dir.), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé : mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, préc., note 30, p. 193.

36. F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial et retour », dans *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925.

tirailé entre les prérogatives du titulaire des droits et les devoirs du licencié<sup>37</sup>. L'objet principal ainsi que les obligations des parties au contrat semblent sensiblement identiques tout en se dérochant ouvertement à une qualification juridique commune. L'originalité de la mise à disposition du bien intellectuel est indéniable. De même, il y a de fortes spécificités d'une licence à l'autre. La plupart du temps, on ne parle que de licence, mais parfois on évoque aussi le bail, voire, plus globalement, la cession, lorsque la différence avec la licence paraît tout simplement impossible en droit d'auteur<sup>38</sup>. L'on a pu parler du bail dans certaines conditions de façon assez brutale ; ce qui dénote tout simplement la persistance d'une assimilation malheureuse du corporel et de l'incorporel ignorant l'originalité de cette distinction. La dépendance peut faire penser, parfois, à un contrat d'entreprise, du reste, de manière furtive notamment dans le domaine de contrats portant sur le logiciel<sup>39</sup>.

La portée de la mise à disposition qui pourrait permettre l'assimilation au bail est différente d'une branche à l'autre de la propriété intellectuelle, mais avec un dénominateur commun. En matière de bail, le locataire demande à jouir de l'immeuble. En revanche, en matière de licence, le licencié demande plus : il ne veut pas seulement l'accès à l'objet, il veut en tirer lui-même le fruit en l'exploitant et le concédant veut également lui-même directement profiter de cette exploitation par le licencié. Face à ces particularismes, l'assimilation au bail, même si elle semble possible, paraît tout de même ténue. En effet, les analogies semblent fuyantes du côté des droits de propriété industrielle (I) et alors qu'elles sont tout simplement mutilantes du côté du droit d'auteur (II).

## **I- BAIL ET PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE : DES ANALOGIES FUYANTES**

Gouverné par une logique pécuniaire, les droits de propriété industrielle apparaissent essentiellement comme des droits économiques. Ce critère déterminant fait d'eux des droits tournés vers les investissements. Si la licence a été assimilée au bail, c'est par un tour de force dû vraisemblablement au critère économique. Toutefois, une

37. A. GENDREAU, « Contrat de licence : l'usage entre prérogative et devoir », *AJ Contrat*, 2018, p. 217.

38. A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de propriété littéraire et artistique*, LGDJ, 2012, n° 630, p. 559.

39. Elle pose des difficultés qui sont propres au droit civil du numérique : P. GAUDRAT et F. SARDAIN, *Traité de droit civil du numérique – Tome 1. Droit des biens*, Larcier, 2015, p. 238.

telle analogie est fuyante, car la licence dans ce domaine demeure irréductible au bail. L'assimilation y apparaît suspecte par rapport aux signes distinctifs (A) et tout simplement forcée par rapport aux créations techniques (B).

**A- Bail et licence en droit des signes distinctifs :  
l'amalgame suspect**

Les signes distinctifs sont d'une vitalité performative en droit africain. Les marques font plus l'objet de recours tant au plan administratif au niveau du Conseil supérieur de recours de l'OAPI qu'au plan judiciaire devant les juridictions nationales<sup>40</sup>. Par rapport au bail, leur mise à disposition ne peut être saisie que sous le double sceau de leur richesse : diversité des signes distinctifs et pluralité des opérations dont ils peuvent être l'objet.

**1. Diversité des signes distinctifs**

Une remarque s'impose en matière de signes distinctifs, celle de leur variété même si les marques se taillent la part léonine dans ce domaine. En droit OAPI, l'on compte parmi les annexes de l'Accord de Bangui, l'Annexe V relative au nom commercial. Cela pourrait induire que le nom commercial fait partie intégrante de la propriété intellectuelle. Et pourtant, le seul fait qu'il n'est point protégé par la contrefaçon, mais par la concurrence déloyale, fait ressortir ostensiblement la différence avec les droits intellectuels. Il n'en demeure pas moins qu'il est bel et bien un signe distinctif comme exactement l'enseigne ou la dénomination sociale.

Le nom commercial est la dénomination sous laquelle est connu et exploité un établissement commercial, industriel, artisanal agricole ou toute autre activité économique. Il s'agit d'un élément d'identification et de désignation du commerçant ou, plus généralement, du professionnel et de son fonds de commerce<sup>41</sup>. Lorsque l'activité est exercée sous la forme individuelle, le commerçant ou le professionnel utilise généralement son nom patronymique. Celui-ci devient un nom commercial, c'est-à-dire une propriété incorporelle incluse dans le

---

40. OAPI, *Contentieux de la propriété intellectuelle dans les États membres de l'OAPI : recueil de décisions de justice*, coll. « OAPI », n° 3, 2011 ; Y.-L. NGOMBE, C. KPOLO, N. EKANDZI, R. MABOUANA, A. JOHNSON-ANSAH, Y. OMAR YAMINE, « Contentieux des signes distinctifs et concurrence déloyale en Afrique », *Propriété Ind.* n° 2, février 2020, p. 20 et s.

41. *Lamy commercial*, 2015, « Fonds de commerce », n° 83 et s.

fonds de commerce comme l'un de ses éléments facultatifs<sup>42</sup>. Dans d'autres cas, l'activité peut être exercée sous la forme sociétaire. Dans ce cas, l'entreprise sociétaire a une dénomination qui est obligatoirement indiquée dans les statuts de la société.

L'enseigne n'est protégée par aucune annexe de l'Accord de Bangui. Par principe, elle n'est pas reconnue contrairement au nom commercial. Elle désigne l'entreprise dans sa localisation et la dénomination sociale individualise la personne morale. Cependant, les arrêts Bordas<sup>43</sup> et Ducasse<sup>44</sup> rappellent la délicatesse des liens entre patronymes, dénomination sociale et droit des marques. En réalité, ces signes n'ont pas normalement pour fonction de distinguer les produits ou les services de l'entreprise. Néanmoins, lorsque le signe est apposé sur des produits, la clientèle le perçoit comme une marque<sup>45</sup>. Ces signes posent un certain nombre de problèmes juridiques quant à leurs qualifications et fonctions. Une doctrine a pu d'ailleurs y voir tout simplement « des signes distinguant indirectement des produits ou services »<sup>46</sup>, ce qui est, sans doute, une manière de les rapprocher un peu plus de la marque.

Ainsi, des questions se posent pour la licence de marque ou d'enseigne qui s'intègre généralement dans un contrat de la distribution et dont le législateur a partiellement imposé le contenu. À la diversité des signes distinctifs répond la pluralité des contrats de mise à disposition.

## **2. Pluralité des contrats de mise à disposition des signes distinctifs**

Il est nécessaire de relever que l'usurpation constitue le terreau fertile de l'usage non autorisé des signes de l'entreprise comme l'enseigne ou du nom commercial<sup>47</sup>. Toutefois, malgré leur différence de principe, le nom commercial et la marque peuvent se confondre, comme en atteste une affaire soumise à la Commission supérieure de Recours (CSR) de l'OAPI. D'après les faits de l'espèce, une société voulait utiliser comme nom commercial une dénomination

42. *Ibid.*

43. Cass. Com., 12 mars 1985, *D.* 1985, jur., p. 471, note GHESTIN.

44. Cass. Com., 6 mai 2003, *D.* 2003, p. 2228.

45. CJCE, 11 sept. 2007, *Céline c. Céline*, aff. C. 17/06, Recueil I-7041.

46. J. PASSA, *Traité de droit de la propriété industrielle, Signes distinctifs et dessins et modèles*, t. 1, LGDJ, 2006, n° 469.

47. Trib. Com. Abidjan, 14 avril 2016, *Sté BATIPRO c. Sté EBMCI-PRO BETON*, sur l'interdiction du nom commercial Probeton (inédit).

qui avait déjà été choisie par une autre société pour désigner ses produits et services. Comme elle avait pris le soin d'enregistrer sa marque à l'OAPI, elle en était devenue propriétaire et entendait, par conséquent, opposer l'antériorité de son droit à la société qui voulait utiliser la même dénomination comme nom commercial<sup>48</sup>. Cette affaire soumise à la CSR de l'OAPI montre que les différences entre nom commercial, dénomination sociale, enseigne et marque doivent être relativisées. En effet, un établissement ou une entreprise peut utiliser la même dénomination ou le même signe comme nom commercial, dénomination sociale, enseigne et marque<sup>49</sup>. Ceci peut s'entrevoir aisément dans les contrats de franchise qui constituent également des contrats de mise à disposition avec des obligations particulières notamment les obligations d'information renforcées relativement à la rentabilité économique de l'opération<sup>50</sup>.

On peut affirmer qu'en tant qu'éléments facultatifs du fonds de commerce, il y peut y avoir une certaine relation avec le bail à usage professionnel en droit OHADA. Les droits de propriété industrielle peuvent par exemple être donnés en nantissement soit isolément soit en tant qu'éléments du fonds de commerce<sup>51</sup>. De même, la transmission d'un fonds de commerce peut entraîner de plein droit la cession des droits de propriété industrielle<sup>52</sup>. Le fonds de commerce fait partie des droits mixtes, étant à la fois patrimonial et extrapatrimonial. Dans le domaine virtuel<sup>53</sup>, il entretient incontestablement une féconde relation avec la propriété intellectuelle.

En relation avec la propriété intellectuelle, il est aujourd'hui impossible d'ignorer l'existence d'un fonds de commerce numérique. Il ne faut guère se méprendre sur une réalité encore cachée sur le

---

48. Commission supérieure de Recours (CSR) de l'OAPI, 21 avril 2006, décision n° 064/CSR/OAPI, Recueil des décisions CSR de 2006 à 2009, p. 5 et s.

49. F.-X. LUCAS et D. PORACCHIA, *Manuel de droit commercial*, PUF, 2018, n° 165, p. 188.

50. En droit français, il faut relever les textes particuliers, on pourra relever, par exemple, que les contrats de licence de marque comportant une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de l'activité du licencié doivent faire l'objet des mesures d'information précontractuelles qui sont prévues par les articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce. Le respect de ces dispositions s'impose en particulier lors de la conclusion de certains contrats de distribution indépendante comme la franchise : voir notamment D. FERRIER et N. FERRIER, préc., note 24, p. 474 et s.

51. J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2012, p. 377.

52. *Ibid.*, p. 747.

53. R. DESGORCES, « Notion de fonds de commerce et Internet », *CCE*, mars 2000, p. 14.

continent africain, mais qui est en train de prendre son envol, c'est le commerce numérique. Il ne faut pas ignorer que le nom de domaine est sans conteste l'élément le plus caractéristique du fonds de commerce numérique. Avec un grand étonnement, la doctrine s'est interrogée sur le nom de domaine dans l'évolution de la technologie : « Qui aurait pu pronostiquer que la valeur principale d'une entreprise pourrait bientôt être constituée par son enseigne numérique, son nom de domaine ? »<sup>54</sup> Aujourd'hui, il est clair que la question ne se pose plus de savoir s'il s'agit d'un actif du fonds comme le sont l'enseigne et le nom commercial. Sur l'Internet, les noms de domaine jouent un rôle crucial : sans eux, les sites seraient incapables de se faire connaître et d'entrer en contact avec la clientèle<sup>55</sup>. En effet, c'est le système des noms de domaine qui a pour fonction de faciliter la navigation des utilisateurs sur le réseau Internet<sup>56</sup>. Si la qualification de droit de propriété intellectuelle a été rejetée, en revanche, le nom de domaine a été très tôt reconnu comme un élément essentiel du fonds de commerce virtuel.

La pratique contractuelle a révélé la typologie des contrats portant sur les noms de domaine qui doivent être différenciés de ceux portant sur la fourniture d'accès à l'Internet. Cinq types de contrats ont été mentionnés : le contrat d'enregistrement, le contrat de renouvellement, le contrat de cession de droit d'usage, le contrat de portail et l'accord de coexistence<sup>57</sup>. Ce sont des opérations juridiques spécifiques qui peuvent néanmoins être analysées à la lumière des contrats spéciaux à partir des obligations des parties en présence. Seul le contrat de portail semble se rapprocher du bail. En estimant que le contrat de portail est une « convention qui repose sur le référencement d'un site sur un portail et, en contrepartie, de sa

54. J. LARRIEU, « De la belle Hélène à Game of Thrones : les difficultés récurrentes de qualification des usages d'une œuvre générée par le progrès technologique », dans *Écrits de droit de l'entreprise. Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz, 2015, p. 725.

55. T. VERBIEST et M. LE BORGNE, « Le fonds de commerce virtuel, une réalité juridique ? », *Journal des tribunaux*, 23 février 2002, n° 6044, p. 145, à la p. 148.

56. Sur toute la question, V. C. MANARA, *Le droit des noms de domaine*, coll. « IRPI », n° 39, LexisNexis, 2012.

57. J.-C. GALLOUX et G. HAAS, « Les noms de domaine dans la pratique contractuelle », *CCE* (2000), chron. n° 2, p. 11 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, préc., note 32, n° 1102, p. 636. Voir art. 2044 Code civil : « La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit » : voir C. CARON, « La discrète omniprésence des accords de coexistence en droit des marques », préc., note 30 ; P.-Y. GAUTIER, « Des transactions en matière de propriété industrielle (accords de coexistence de marques) », dans *Droits de propriété intellectuelle Liber amicorum Georges Bonet*, préc., note 2, p. 239.



visibilité le détenteur du nom de domaine accorde un accès à ses contenus tout en s'engageant à animer le portail »<sup>58</sup>. Ce contrat peut être rapproché de ceux relatifs à la mise à disposition, encore qu'il faille démontrer le caractère temporaire et le droit personnel de jouissance sur le nom de domaine.

La diversité des signes distinctifs et la variété des opérations qui s'y font peuvent entraîner un amalgame, une association artificielle avec le bail en adéquation avec l'importance de la clientèle et la relativité de l'acte créatif qui les porte. Certains auteurs ont pu affirmer que ces signes en sont complètement dépourvus, la marque étant principalement considérée comme un droit d'occupation<sup>59</sup>. Ces critiques ne peuvent atteindre les innovations techniques dont la mise à disposition ne peut pourtant s'entendre que d'une assimilation forcée par rapport au bail.

#### **B- Bail et licence en droit des créations techniques : une assimilation forcée**

La licence symbolisant naturellement l'analogie avec le contrat de bail peut laisser perplexe en matière de propriété intellectuelle. L'importance de la mise à disposition permet d'aboutir à la conclusion que le bail et la licence sont assimilables : le prix signifiant la nécessité d'une contrepartie monétaire, ce sont tout simplement les redevances ; la durée du bail et la jouissance paisible demeurent également au cœur de cette prodigieuse assimilation<sup>60</sup>. Il ne faut pourtant pas ignorer que l'ubiquité confère une particularité à la licence en matière de brevet par exemple. Avec une licence non exclusive, le breveté a la possibilité d'accorder la mise à disposition de son droit à plusieurs licenciés. C'est l'image surprenante du bailleur qui peut « louer son appartement à plusieurs personnes pour une même époque au titre de contrats différents »<sup>61</sup>. La différence semble alors nette avec la

58. J.-C. GALLOUX et G. HAAS, « Les noms de domaine dans la pratique contractuelle », préc., note 57, p. 11.

59. A. R. BERTRAND, *Droit des marques*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2005, n° 1.222 ; Contra. Nicolas Binctin estime que c'est plutôt la relation, « le lien entre le signe et le produit ou le service qui est le siège de la créativité, une démarche subjective et arbitraire, élaborée par l'esprit humain, nécessairement dans le cadre d'une activité créatrice » (N. BINCTIN, préc., note 3, p. 524) ; Y. BASIRE, « Le droit des marques : un droit de propriété comme les autres ? », *Propr. Intell.*, n° 66, janvier 2018, p. 8.

60. P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, préc., note 32, n° 684, p. 416 : « la jouissance du preneur ne doit pas être troublée par le fait du bailleur ou par un tiers ».

61. J. RAYNARD, « De l'originalité de la licence de brevet en tant que louage de chose », dans C. GEIGER et C. RODÀ (dir.), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un*

chose corporelle qui ne peut supporter qu'un seul louage. Toutefois, la particularité se meut dans le cumul de l'invention avec un savoir-faire secret. Quant aux dessins et modèles, la mise à disposition constitue également un nœud difficile à dénouer.

### **1. Perception particulière de la licence des dessins et modèles**

Le droit africain fait une large part à la licence en droit des dessins et modèles contrairement au droit français qui ne fait référence qu'au droit de céder ou de concéder. Pour autant, dans un cas comme dans l'autre, il ne faut pas s'y tromper, la réalité prouve l'existence de la licence comme un louage d'un meuble incorporel de manière particulière ; ce qu'il convient d'apprécier.

Le droit des dessins et modèles est gouverné par le principe de l'unité de l'art signifiant la non-discrimination de protection entre les œuvres d'art pur et les œuvres d'arts appliqués. La conséquence de cette théorie est de favoriser le cumul des protections offertes par la propriété littéraire et artistique et par la propriété industrielle à travers le droit des dessins et modèles. C'est la double protection offerte au dessin et modèle qui pourrait, *a priori*, cristalliser la complication des règles relatives à la licence.

Pour autant, dans l'Accord de Bangui, Acte de Bamako du 14 décembre 2015, la licence en droit des dessins et modèles est largement tolérée. Aux termes de l'article 26 de l'Annexe IV relatif au contrat de licence, « le titulaire d'un dessin ou modèle industriel peut, par contrat, donner à toute personne physique ou morale, une licence lui permettant d'exploiter le dessin ou modèle ». C'est dans l'indifférence de la théorie de l'unité de l'art que le législateur OAPI consacre la licence des dessins et modèles. Le primat est donc conféré au caractère purement économique des dessins et modèles en tant qu'investissement au détriment des prérogatives extrapatrimoniales. Mieux, avec l'apparition de la propriété collective au sein des dessins et modèles, notamment à travers la copropriété de ces droits, le législateur y a mis une emphase assez éloquente. Ainsi, le législateur OAPI a été très prolix sur la licence en cas de copropriété des dessins et modèles. Son souci a été d'anticiper sur l'exploitation plurale des dessins et modèles afin de mieux circonscrire les droits

---

*monde globalisé : mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski, préc., note 30, p. 267, à la p. 269.*

des copropriétaires lors de la conclusion des contrats de licence. En effet, il est précisé à titre d'illustration à l'article 5 c) alinéa 1 que :

Chacun des copropriétaires peut concéder à un tiers une licence d'exploitation non exclusive à son profit, sauf à indemniser équitablement les autres copropriétaires qui n'exploitent pas personnellement la création ou qui n'ont pas concédé de licence d'exploitation. À défaut d'accord amiable, cette indemnité est fixée par la juridiction nationale compétente.

Ces dispositions<sup>62</sup> entérinent l'existence incontestable de la licence et renforcent la pratique contractuelle en matière de copropriété. L'essentiel, c'est que le droit OAPI comme le droit français d'ailleurs, reconnaît la licence en droit des dessins et modèles. Il n'en demeure pas moins que le caractère lapidaire des dispositions relatives à la licence elle-même peut en affecter ou même en écorner l'application. Seule l'application des règles du droit commun du bail<sup>63</sup> sous réserve des spécificités de l'Accord de Bangui permettra de combler le silence de cette législation. À défaut ou en complément de règles spécifiques prévues par l'Annexe IV, ce sont les règles générales (prévues par les législations nationales) du droit commun du bail que les parties devront observer et que le juge appliquera.

Cette orientation peut être diversement appréciée. Positivement, elle induit véritablement que la licence des dessins et modèles est assimilable au bail, voire un dérivé du contrat de bail. Négativement, elle trahit l'autonomie de la licence en droit de propriété intellectuelle et ne tiendrait pas compte de l'incorporel. L'amalgame qui en découle ne rend pas compte au fond de la particularité des droits des dessins et modèles. Mais il pose surtout le problème d'une inévitable assimilation quant à la nature des actes en présence qui demeurent des contrats d'usage<sup>64</sup>. En droit OAPI, il ne semble pas du tout que l'assimilation

62. Toutefois, le projet de concession doit être notifié aux autres copropriétaires, accompagné d'une offre de cession de la quote-part à un prix déterminé. Dans un délai de trois mois suivant cette notification, l'un quelconque des copropriétaires peut s'opposer à la concession de licence à la condition d'acquiescer la quote-part de celui qui désire accorder la licence. Il faut néanmoins souligner que ces dispositions ne sont pas spécifiques aux dessins et modèles, car elles se retrouvent de manière quasi identique dans les autres droits de propriété industrielle.

63. A. JOHNSON-ANSAH, « Droit commun et droit spécial de la vente commerciale OHADA », *Penant*, n° 914, janvier-mars 2021, p. 109-142 ; N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, coll. « Bibliothèque de droit privé », n° 571, LGDJ, 2016, p. 123 et s. ; J.-L. THIREAU, « Droit commun », dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 445.

64. F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 2019.

puisse poser des problèmes. Le législateur reconnaît que le contrat de licence et le caractère anthropologique et romantique du droit d'auteur ne peut affecter en aucune manière la possibilité de louage des dessins et modèles comme en droit français malgré l'admission de la théorie de l'unité de l'art. L'on comprend que « l'épure du profit »<sup>65</sup> influence particulièrement le droit africain des dessins et modèles. Il ne semble pas que la copropriété des droits des dessins et modèles favorisera d'une manière particulière la licence en cette matière puisque la pratique le révèle dans l'expression de la liberté contractuelle<sup>66</sup>. En outre, le seul fait d'envisager le comblement des lacunes des textes relatifs aux dessins et modèles sur la licence par ceux du droit commun montre de manière pertinente que l'amalgame est plus que probable et suspect.

Là encore, se comprend la raison pour laquelle, portée par le reflet du droit d'auteur sur les dessins et modèles, une partie de la doctrine refuse catégoriquement de considérer la licence comme un contrat de louage pouvant s'apparenter à un contrat de location de droit commun. Il n'en est pas forcément autrement avec le brevet et la spécificité du savoir-faire secret dans la jouissance paisible de l'invention par le licencié.

## **2. *Savoir-faire secret et jouissance paisible dans la licence de brevet***

Donner à bail n'est pas disposer de son droit, mais il constitue un acte d'administration et donc un acte de gestion courante qui ne compromet pas le capital du bien loué. Le professeur Mousseron l'avait déjà bien dit : « L'invention se trouve partout et naît partout, mais la question essentielle est bien sa mise en œuvre. Cela devient un gratte-ciel à construire. »<sup>67</sup> Seule la licence permet parfois de trouver des financements pour cette mise en œuvre à des conditions

65. M. VIVANT, « Pour une épure des droits de propriété intellectuelle », dans *Propriétés intellectuelles ; mélanges en l'honneur de André Françon*, préc., note 19, p. 415 ; J. RAYNARD, « Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier », dans *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 527.

66. F. GREFFE et P.-B. GREFFE, *Traité des dessins et modèles*, LexisNexis, 2008, p. 542.

67. J.-M. Mousseron affirmait : « Nous, dans l'industrie, on a tendance à dire – et c'est général – qu'il y a le brevet, certes, mais je m'excuse, le brevet, c'est une toute petite chose finalement [...] Si vous voulez, il y a un écart considérable tant sur le plan financier que sur le plan intellectuel aussi d'ailleurs, parce que l'invention naît à tout moment, à n'importe quel endroit. Mais de là à la réaliser et à l'exploiter commercialement, il y a un énorme gratte-ciel à construire », dans *La copropriété des brevets : deuxième rencontre de propriété industrielle*, Litec, 1973, p. 49 et 99.

très favorables pour les brevetés. Plus encore, les développements récents du droit de la propriété intellectuelle ont fait penser à une résurgence de la propriété collective<sup>68</sup>. Toutefois, ce n'est qu'un subterfuge qui ne trompe pas, notamment avec les brevets complexes au sein desquels coexistent à la fois le brevet et le secret. L'invention est alors couverte par le brevet alors que le savoir-faire permettant de la mettre aisément en œuvre est protégé par le secret<sup>69</sup>. En général, au sein d'une technologie complexe, les industriels déposeront le brevet sur les éléments essentiels, ou stratégiques de celle-ci ; et il arrive que le dépôt de brevet soit effectué dans le seul but de masquer des savoir-faire secrets : « des brevets de leurre »<sup>70</sup>. Les licences sur ces brevets peuvent engendrer des difficultés puisqu'elles doivent être nécessairement accompagnées par un contrat sur le savoir-faire tenu secret. La combinaison du secret et du brevet dans ces conditions ne remet pas en cause le contrat de licence en tant que tel ; il est tout simplement adossé au contrat de savoir-faire, qui devient impératif dans la mise en œuvre de l'invention, mais non relativement à la plénitude de la rentabilité attendue du contrat initial, ce qui est loin de la bonne exécution de ce contrat initial. On l'imagine, c'est bien le domaine de prédilection de l'intelligence économique, le délicat terrain du secret des affaires<sup>71</sup>.

Il est certain, dans ces conditions, que la jouissance sera loin d'être paisible pour le licencié confronté au sceau du savoir-faire. Cette situation peut générer des frictions plus ou moins graves entre la mise

- 
68. A. MENDOZA-CARMINADE, « La résurgence de la propriété collective en droit de propriété intellectuelle. Exemple des brevets d'invention », dans *Écrits de droit de l'entreprise. Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, préc., note 54, p. 737, aux p. 737 et s. Dans les familles de la propriété intellectuelle, on ne connaissait que le consommateur moyen dans l'appréciation du risque de confusion en matière de marques, l'internaute moyen ou encore l'homme de métier dans l'appréciation de l'inventivité en matière de brevet d'invention. Aujourd'hui, l'on découvre l'importance de l'équipe de recherche, les exemples de copropriété de brevet se multiplient inexorablement, ce qui peut entraîner la disparition de l'inventeur isolé.
69. J.-C. GALLOUX, « Concours, cumul et coexistence du secret et des droits de propriété intellectuelle », dans C. GEIGER et C. RODÀ (dir.), *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé : mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, préc., note 30, p. 129.
70. J.-C. GALLOUX, « L'exemple du marché des médicaments », dans *Propriété intellectuelle et concurrence. Pour une (ré) conciliation*, coll. « IRPI », n° 40, LexisNexis, 2012, p. 141.
71. D. SCHMIDT, « Secret des affaires et liberté d'expression », *D.* 2015, p. 369 ; F. HAGEL, « Protection des secrets d'affaires : enjeux et repères », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier-février 2012, p. 31 ; sur toute la question : J. LAPOUSTERLE et B. WARUSFEL (dir.), *La protection du secret d'affaires. Perspectives nationales et européennes*, coll. « CEIPI », LexisNexis, 2017.

à disposition et la jouissance paisible. Dans ces brevets complexes se pose évidemment le problème du savoir-faire nécessaire à la mise en œuvre de l'objet du droit, c'est-à-dire la fabrication, en temps réel, de l'invention ou des exemplaires. La situation malheureuse du licencié, incapable de tirer profit du contrat du fait du défaut de savoir-faire, pourrait faire également penser à la notion du solidarisme contractuel et de la bonne foi<sup>72</sup>. La question peut se poser de savoir si la jouissance est alors paisible<sup>73</sup>. Ne serait-on pas en présence d'une inexécution de l'obligation principale du bailleur : « assurer au preneur la jouissance de la chose louée »<sup>74</sup> ? Toutefois, il ne faut guère s'émouvoir de cette situation qui est loin d'être un obstacle dirimant à l'exploitation puisque le licencié, dans ces contrats complexes, peut être considéré comme un professionnel averti sachant nécessairement que la coexistence du brevet et du secret est parfaitement possible<sup>75</sup>. En fonction des circonstances, le secret des affaires peut entrer dans le champ contractuel en matière de licence de brevet. Il ne restera au licencié que l'unique option de conclure un contrat pour accéder au savoir-faire tendant à une assistance technique indispensable à une exploitation maximale de l'invention.

Si, en Afrique, les tribunaux n'ont pas encore connu des affaires relevant de la licence en matière d'inventions complexes, la jurisprudence française apprécie, quant à elle, sévèrement les conditions dans lesquelles le licencié a pu manquer à l'obligation de mise au point d'un produit commercialisable dans des conditions optimales. C'est après une analyse très détaillée des travaux accomplis

72. G. FLECHEUX, « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », dans *Études offertes à Ghestin : le contrat au début du 20<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2001, p. 341 ; C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans *Études offertes à Ghestin : le contrat au début du 20<sup>e</sup> siècle*, *ibid.*, p. 441 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », dans *Mélanges en hommage à François Terré. L'avenir du droit*, PUF, 1999, p. 603. Le droit africain est loin d'être inattentif à cette renaissance de la bonne foi et de la loyauté dans les rapports contractuels : G. NGOUMTSA ANOU, « L'obligation de bonne foi dans le droit OHADA : analyse à partir de la vente commerciale », dans *L'Obligation. Études offertes au professeur Paul-Gérard Pougoué*, L'Harmattan, 2015, p. 613.

73. F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, préc., note 8, p. 371. Cette occurrence apparaît également dès lors que l'ubiquité du brevet permet au breveté concédant par exemple de se réserver la faculté d'exploiter une application des brevets dont il a concédé une licence exclusive : J. RAYNARD, « De l'originalité de la licence de brevet en tant que louage de chose », préc., note 61, p. 270.

74. P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, préc., note 32, n° 684, p. 416.

75. C'est même l'une des expressions de la liberté contractuelle, mais aussi de l'importance de la coopération entre le breveté et le licencié : J.-J. BURST, préc., note 7, p. 89.

et des sommes engagées par le licencié que les tribunaux peuvent considérer que « des moyens ont été mis en œuvre pour développer le dispositif sans toutefois obtenir le succès escompté »<sup>76</sup>. La réussite de l'opération doit également s'entendre, dans une certaine mesure, sur le plan de la commercialisation puisque le breveté entend profiter des résultats de l'exploitation du droit par le licencié. Le tribunal de grande instance de Paris a pu juger qu'« une invention qui n'est réalisable qu'à un prix qui en interdit l'accès au marché est inexploitable »<sup>77</sup>. La doctrine en a conclu :

La frontière qui sépare un coût de revient prohibitif qui ne permet pas une pénétration correcte du marché et un coût de conception et de fabrication élevé, qui, combiné au paiement de la redevance, va rendre cet accès difficile au licencié est tenue.<sup>78</sup>

Dans tous les cas, l'on peut aisément comprendre la raison pour laquelle la licence de brevet a pu être tout simplement analysée comme une « variété » de bail<sup>79</sup>. Le terme variété vaut indéniablement son pesant de différence qui refuse toute abstraction dans l'assimilation. Il a été jugé opportunément que c'était un raccourci<sup>80</sup>. Pour preuve, la jurisprudence française a notamment adopté une position particulière dans le cas où le brevet est annulé en justice. Au lieu de considérer que le contrat n'a jamais existé parce que l'annulation produit un effet rétroactif, la Cour de cassation a refusé la restitution des redevances versées avant l'annulation au motif que la cause de l'obligation de les payer résidait dans les prérogatives dont le licencié a pu jouir jusqu'à l'annulation<sup>81</sup>. Cette jurisprudence déroge au droit commun des contrats selon lequel la cause du contrat est considérée comme n'ayant jamais existé avant l'annulation<sup>82</sup>. La jouissance des utilités économiques du brevet annulé empêche tous les effets de son

76. Paris, 19 avril 2013, n° 11/14577, cité par A. GENDREAU, préc., note 37.

77. TGI Paris, 9 avril 2010, cité par A. GENDREAU, préc., note 37 ; Paris, 2 juin 1988, *RTD civ.* 1988. 623.

78. A. GENDREAU, préc., note 37.

79. P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 2, Sirey, 1952, p. 260 ; J.-J. BURST, *Brevet et licencié*, Litec, 1970, p. 294 ; R. JOLIET, « Le contrat de licence de brevet en droit civil belge et français », *RTD Com* 1982, p. 167.

80. F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, préc., note 64, p. 335.

81. Com. 28 janvier 2003, n° 00/12149 ; solution réitérée dans un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation française en date du 17 février 2012, n° 10/24282 et par la cour d'appel de Lyon récemment : CA Lyon, 23 janvier 2020, n° 17/03386.

82. Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, 15<sup>e</sup> éd., Sirey, 2017, p. 466.

anéantissement rétroactif postérieur<sup>83</sup>. Cette solution semble logique, le contraire aurait entraîné un enrichissement injustifié du licencié.

Dans l'ensemble, la relation entre bail et licence en droit de propriété industrielle est cousue sur le fil de raccourcis fondés sur le caractère éminemment économique des brevets, des signes distinctifs et des dessins et modèles. La comparaison ne peut être éludée avec le bail, mais elle paraît fuyante. Il ne peut en être ainsi dans le domaine de la propriété littéraire et artistique. Les difficultés qui s'y rencontrent sont encore plus grandes et se sont singulièrement accrues en présence des licences d'utilisation de logiciel. Les analogies y paraissent mutilantes.

## **II- BAIL ET PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE : DES ANALOGIES MUTILANTES**

Le droit africain accorde une place prépondérante à la licence en droit de propriété littéraire et artistique contrairement au droit français qui se réfugie dans le silence en laissant place à la force des contrats. En effet, objectivement, les particularismes des contrats de mise à disposition dans cette matière sont malaisés par rapport au bail. Ils rendent les analogies mutilantes du fait de la complexité des autorisations d'exploitation (A) et des difficultés de saisir les opérations dans la nébuleuse du numérique (B).

### **A- Complexité des autorisations d'exploitation en droit d'auteur : une assimilation refoulée**

La licence en droit d'auteur est porteuse de lourdes ambiguïtés qui l'éloignent encore plus du bail du droit commun. Cela est dû à la multiplicité des droits sur une œuvre, à la prégnance du droit moral de l'auteur<sup>84</sup> et à la disparité des exploitations possibles de l'œuvre

83. En réalité, il serait plus cohérent d'évoquer la nullité du brevet dont les effets entraînent la caducité du contrat de licence. Ainsi, un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. Dans ce cas, il appartient au juge d'apprécier la disparition rétroactive ou non rétroactive avec la possibilité d'ordonner ou non les restitutions : art. 1186 alinéa 2 du Code civil français. En l'espèce, les prestations échangées en exécution du contrat de licence annulé ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque de ce contrat, raison pour laquelle les restitutions sont refusées : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2016, n° 479, p. 531 ; F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats 2019/2020*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018, p. 107.

84. Voir art. 39 de l'Accord de Bangui, Acte de Bamako : 1) Les droits patrimoniaux sont cessibles par transfert entre vifs et par voie testamentaire ou par l'effet de la



laissant place à une logique de soupçon. Par conséquent, le regard du législateur est particulièrement protecteur sur les contrats sous l'auspice de l'imagination des parties pourvu que l'auteur puisse lui-même en tirer des profits substantiels, c'est-à-dire exercer pleinement et effectivement tous ses droits patrimoniaux et moraux comme un droit fondamental. Au gré des techniques contractuelles, la confusion est possible entre la licence et la cession et les lignes de démarcation semblent difficiles à trouver pour les multiples contrats relatifs aux droits sur l'œuvre.

### **1. Confusion entre mise à disposition et transfert des droits**

La complexité de la notion d'œuvre a entraîné dans son sillage la complexité des opérations juridiques sur elle. L'indéterminisme, qui grève la notion d'œuvre<sup>85</sup>, n'a pas pour autant empêché le législateur français d'enrôler la plasticité des opérations la concernant dans un modèle unique : la cession. C'est à raison que l'on a pu estimer que :

[...] d'une part, l'absence de nécessité à ménager une place au louage à côté de la vente et, d'autre part, le caractère d'ordre public des dispositions du Code de la propriété intellectuelle sur ce point, invitent à penser que le droit d'auteur ne laisse place ni à un louage de droit, ni à aucun autre type de convention innommée à côté de la cession.<sup>86</sup>

---

loi à cause de mort ; alinéa 2) Les droits moraux ne sont pas cessibles entre vifs, mais le sont par voie testamentaire ou par l'effet de la loi à cause de mort. Le droit moral s'exprime comme un droit de la personnalité : C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 6<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2020, n° 250 et s., p. 204 ; P.-Y. GAUTIER, *La propriété littéraire et artistique*, PUF, 2010, n° 189, p. 205 ; F. POLLAUD-DULIAN, « Droit moral et droit de la personnalité », *JCP G* 1994, I, 3780 ; G. KOUMANTOS, « Faut-il avoir peur du droit moral », *RIDA*, 1999, n° 180, p. 87. La portée du droit moral est très faible et limitée en droit de propriété industrielle ; c'est le cas du droit moral de l'inventeur qui est un droit à la paternité permettant à l'inventeur de se voir attribuer cette qualité dans le brevet ou d'y renoncer : voir J. SCHMIDT-SZALEWSKY et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, préc., note 15, n° 6, p. 2. Selon le professeur Pollaud-Dulian, « la personnalité de l'inventeur ne s'exprime nullement dans son invention » : F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, préc., note 8, n° 331, p. 213.

85. S'il s'agit de savoir ce qu'est une œuvre, « même si elle procure certains éléments de définition, la loi ne fournit pas de réponse directe à cette question. C'est à la doctrine et [...] à la jurisprudence qu'il a incombé de préciser l'objet de la question » : A. FRANÇON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, coll. « Les cours de droit », Litec, 1999, p. 157.

86. P. GAUDRAT et F. SARDAIN, *Traité de droit civil du numérique – Tome 1. Droit des biens*, préc., note 39, p. 238 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica,

Dans l'Accord de Bangui, Acte de Bamako de 2015, aux termes de l'article 5, il est clairement exprimé par le législateur OAPI que l'Annexe VII relative à la propriété littéraire et artistique constitue un cadre normatif minimal. La même remarque peut alors être faite pour ce qui concerne le caractère d'ordre public des dispositions relatives au contrat d'exploitation du droit d'auteur dans l'espace francophone subsaharien. La difficulté d'assimilation provient spécifiquement de la pluralité des prérogatives en matière de droit d'auteur. Au critère monolithique de l'économique que dessinent les droits de propriété industrielle s'oppose un monopole fait d'une infinité de droits en propriété littéraire et artistique. Rien qu'à s'en tenir, à titre illustratif au droit de location, même aux diverses cessions, la qualification de bail aurait pu largement être retenue. Mais le problème se pose quant à la distinction du corporel de l'incorporel et justement à la multiplicité des droits qui peuvent être cédés, mais séparément donc de manière distincte<sup>87</sup>.

Il faut relever une différence fondamentale entre le droit d'exploitation de l'auteur et le droit d'exploiter qui est l'objet de l'obligation de donner lors de la cession. Le droit d'exploitation est la principale prérogative qui porte la charge du droit de propriété de l'auteur sur son œuvre. Il lui permet de décider de toutes les exploitations possibles ainsi que de toutes leurs modalités. C'est ce que traduit l'article L. 123-1 du Code français de la propriété intellectuelle : « L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. » L'Accord de Bangui, Acte de Bamako de 2015 est resté également fidèle à l'affirmation de l'article 8 indiquant que :

L'auteur jouit du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. Sous réserve des dispositions des articles 10 à 24 l'auteur d'une œuvre a notamment le droit exclusif de faire ou d'autoriser les actes suivants : i) la reproduction de son œuvre ; ii) la traduction, l'adaptation ou toute autre transformation de son œuvre ; iii) la distribution des exemplaires de son œuvre au

---

2014, n° 1351, p. 936 ; C. COLOMBET, « La portée des autorisations d'exploitation en matière de contrats relatifs au droit d'auteur », préc., note 19.

87. À titre d'illustration, les auteurs Huard et Mack affirmaient au 19<sup>e</sup> siècle que « lorsque l'auteur a autorisé la représentation de son œuvre à Paris, il reste maître de l'interdire en province » : *Répertoire de législation, doctrine et jurisprudence en matière de propriété littéraire et artistique*, Paris, 1909, cité par C. COLOMBET, « La portée des autorisations d'exploitation en matière de contrats relatifs au droit d'auteur », préc., note 19, p. 63.

public par la vente ou par tout autre transfert de propriété ou par location ou prêt ; iv) la représentation ou exécution publique de son œuvre.

Un point de rupture s'énonce déjà de ce point de vue avec le bail sur le plan de la liberté contractuelle. Il a été affirmé, à raison, que la liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur apparaît « en quelque sorte, aujourd'hui, comme une liberté surveillée »<sup>88</sup>.

En France, le Code de la propriété intellectuelle n'emploie que le terme « cession » en évitant le terme de la licence<sup>89</sup>. Une telle posture n'augure en réalité que l'impossibilité d'entrevoir la licence en matière de droit d'auteur. De même importe-t-il alors d'écarter toute assimilation d'un contrat de cession au bail en matière de droit d'auteur. L'on ne peut nier l'effet translatif de la cession, et la question ne se pose pas quant à la durée de ce contrat. Il faut reconnaître alors que, dans tous les cas, le contrat de cession à titre gratuit doit être assimilé à un don puisqu'il n'y a pas de contrepartie. Dans le cas de la cession à titre onéreux et à durée déterminée, il se pose, certes, naturellement « la question de la précarité du transfert »<sup>90</sup>, mais certainement pas celle de la mise à disposition qui ne peut être niée. Le transfert n'étant pas définitif, même la qualification de cession peut être mise en échec alors que celle de la licence ne peut être admise. C'est une véritable impasse que les forces créatrices du contrat ont réussi à canaliser de manière particulière. Elle se concrétise avec un critère spécifique de la cession comme transfert d'un droit-autorisation.

En droit OAPI, le législateur utilise pourtant abondamment le terme « licence ». Aux termes de l'article 40 alinéa 1 de l'Acte de Bamako : « L'auteur d'une œuvre peut accorder des licences à d'autres

88. A. FRANÇON, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.* 1976, chr. 55. Cette surveillance restera toujours de mise en face de l'évolution, voire de la complexification des œuvres telles qu'elles apparaissent aujourd'hui avec les œuvres « crossmédia » ou « transmédia » qui feront l'objet de contrats spécifiques avec parfois un certain réajustement du droit moral de l'auteur : Y. BISMUTH, « Crossmédia, transmédia : un particularisme juridique ? », dans J.-M. BRUGUIÈRE (dir.), *Les contrats de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2013, p. 75 et s.

89. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., note 86, p. 940 et s. ; voir également du même auteur : F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété industrielle*, préc., note 8, n° 1119, p. 609.

90. P. GAUDRAT et F. SARDAIN, *Traité de droit civil du numérique – Tome 1. Droit des biens*, préc., note 39, p. 240.

personnes pour accomplir des actes visés par ses droits patrimoniaux. Ces licences peuvent être non exclusives ou exclusives. » Toutefois, il faut remarquer que le régime de la cession et de la licence est identique au regard de l'article 43 relatif à l'étendue des cessions et des licences. L'alinéa 2 de cet article précise que « les cessions des droits patrimoniaux et les licences pour accomplir des actes visés par les droits patrimoniaux peuvent être limitées à certains droits spécifiques ainsi que sur le plan des buts, de la durée, de la portée territoriale et de l'étendue ou des moyens d'exploitation ». Le législateur OAPI admet ainsi le principe de spécialité et aligne, par ailleurs, judicieusement la cession et la licence du droit d'auteur dans le même moule, celui du formalisme<sup>91</sup> doublé d'une obligation d'exploitation<sup>92</sup>. En effet, ces contrats donnent naissance au droit d'exploiter qui est l'objet de l'obligation, assorti d'un terme et non la vente elle-même<sup>93</sup>. L'auteur peut céder ainsi le droit de représenter l'œuvre une seule fois. En tant que propriétaire, il peut décider discrétionnairement de toutes les modalités de la communication qu'il autorise. Dans cette situation, la cession peut être apparemment appréhendée comme une sorte de mise à disposition, mais la prudence doit être de mise, car le transfert du droit d'exploiter semble exclure cette tentative.

Toutefois, il est possible d'envisager autrement la question par rapport à la richesse des modèles contractuels en droit d'auteur. À titre illustratif, il y a lieu d'observer que le droit de location tout en faisant l'objet d'une consécration expresse pour les œuvres logicielles, n'exclut pas l'application générale du droit commun : « Le droit de location, qui procède de la faculté reconnue à l'auteur et à ses ayants droit de n'autoriser la reproduction de son œuvre qu'à des fins précises, constitue une prérogative du droit d'exploitation. »<sup>94</sup> L'assimilation demeure encore présente dans le contrat d'édition, « prototype du contrat d'exploitation »<sup>95</sup> dont les lignes directrices combinent toutes les formes que constituent la cession ou la licence. Ce contrat a été qualifié comme une licence, une cession ou même un

91. Il en est également ainsi en droit français : C. BERNAULT et J.-P. CLAVIER, *Dictionnaire de la propriété intellectuelle*, 2<sup>e</sup> éd., Ellipses, 2015, v<sup>o</sup> Licence, p. 284.

92. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., note 86, p. 956.

93. P. GAUDRAT et F. SARDAIN, *Traité de droit civil du numérique – Tome 1. Droit des biens*, préc., note 39, p. 241. Ces auteurs ajoutent : « S'est-on jamais inquiété de ce que l'on vendait des chewing-gums qui ne pouvaient être utilisés qu'une seule fois ? »

94. Civ., 27 avril 2004, CCE 2004 ; voir F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination. Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ, 1989.

95. H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1978, p. 412.

contrat innommé<sup>96</sup>. La qualification peut être parfois plus ardue qu'on ne le pense comme le montre l'article L. 133-1 du Code de propriété intellectuelle français : « Lorsqu'une œuvre fait l'objet d'un contrat d'édition en vue de sa publication et de sa diffusion sous forme de livre, l'auteur ne peut s'opposer au prêt d'exemplaires de cette édition par une bibliothèque accueillant le public. » Le droit de prêt est donc, par effet, du contrat d'édition, automatiquement cédé à une Société de perception et de répartition des droits, société de gestion collective. En contrepartie, le prêt ouvre droit à rémunération au profit de l'auteur. Le champ est bien restreint, le prêt du livre se limitant au public. En face de cette multiplicité de droits et de possibilités de mises à disposition, les lignes de démarcation deviennent difficilement identifiables, voire introuvables.

## **2. Lignes de démarcation introuvables**

Assez nettement, il apparaît au sein même du droit d'auteur, une inadéquation de la distinction entre cession et licence au point qu'une doctrine a tout simplement inclut la licence dans la cession. Les lignes sont tellement brouillées qu'on ne sait plus finalement qui domine dans le phénomène d'absorption d'une notion par l'autre, tant elles participent de la même nature. En effet, pourquoi les opérations de cession ne seraient-elles pas considérées comme licence, puisque le droit moral demeure si puissant et qu'elles peuvent être limitées dans le temps ou n'être valables que pour un territoire donné... ? Cette phagocytose constitue en elle-même une autre forme d'analogie éloquent de la difficulté d'appréhender la mise à disposition en droit d'auteur. Il faut reconnaître tout de même qu'aujourd'hui, une partie de la doctrine française atteste incontestablement de la possibilité de concevoir l'existence des licences en droit d'auteur malgré l'absence de telles dispositions relatives au droit d'auteur dans le Code français de la propriété intellectuelle. Ces auteurs affirment énergiquement qu'il demeure possible de conférer à un tiers « la jouissance d'un ou plusieurs droits patrimoniaux relatifs à une œuvre de l'esprit »<sup>97</sup> ; ce qui n'est nullement démenti par la pratique.

96. Déjà en 1934, Olagnier précisait à partir de la destination de l'œuvre que le contrat d'édition « n'implique pas cession, par l'auteur, des droits de traduction sur son œuvre » : P. OLAGNIER, *Le droit d'auteur*, t. 2, Paris, 1934, p. 308-309 cité par C. COLOMBET, « La portée des autorisations d'exploitation en matière de contrats relatifs au droit d'auteur », préc., note 19, p. 63.

97. N. BLANC, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et des contrats innommés*, Dalloz, 2010, n° 305 ; V. SERFATY, *Droits dérivés et œuvres audiovisuelles*, coll. « IRPI », n° 46, LexisNexis, 2015, p. 481, n° 617 : « Le contrat de licence a pour objet de conférer à un tiers l'usage des

Du reste, le législateur africain, en droit OAPI, reconnaît pleinement l'existence des licences en droit d'auteur. Une autre doctrine a tout simplement décidé de sortir, non paresseusement, mais plus ou moins objectivement des pièges d'une qualification générique en affirmant péremptoirement que les contrats d'exploitation en droit d'auteur sont des contrats *sui generis*<sup>98</sup>. Toutefois, il apparaît encore une fois que la mise à disposition est bien présente, sans pouvoir être assimilée pleinement à la licence, excluant du coup, par extension et subrepticement le bail dont ces contrats demeurent curieusement très proches. Les nuances sont complètement dissipées quant aux hypothèses relatives à la propriété matérielle des supports.

Paradoxalement, autant il est apparu une difficulté de qualification de la licence et de la cession dont la distinction semble inadéquate en droit d'auteur, autant il semble difficile d'ignorer la propriété incorporelle de l'auteur lors du transfert du support matériel en cas de vente. L'analogie est, certes, lointaine, mais pas inutile, car elle pose la question de l'évanescence des droits du propriétaire du support comme s'il n'y avait qu'une mise à disposition. La remarque paraît identique relativement au droit de l'auteur dans l'environnement numérique tant les opérations dans l'immatériel et l'invisible brouillent les canons traditionnels de la mise à disposition à travers notamment l'apparition de nouveaux supports, qui sont évidemment immatériels, et le téléchargement. Dans ce cas, la transmission et la communication s'entremêlent parfois pour confondre certains droits de la première génération en droit d'auteur tels le droit de représentation<sup>99</sup>. Ces brouilles continues et incessantes sont le fait de la nébuleuse du numérique au sein de laquelle la mise à disposition paraît insaisissable.

---

droits patrimoniaux de l'auteur, c'est-à-dire d'autoriser un tiers à exploiter ces droits » et emporte dès lors qu'il est temporaire « obligation de donner à usage ». Ce contrat doit être rattaché au contrat de louage de choses.

98. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, préc., note 86, n° 940.

99. Au Canada, cette difficulté s'est faite largement ressentir dans une décision où il a été impossible d'identifier le droit de représentation entre la mise à disposition et la transmission qui ont été confondues : « Distribuer sur internet une copie d'un jeu vidéo qui renferme une œuvre musicale équivaut à communiquer cette œuvre au public » (*Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 231, 2012 CSC 34, par. 126).

## B- Mise à disposition dans la nébuleuse du numérique

Un auteur s'est interrogé sur les difficultés récurrentes de qualification des usages d'une œuvre générée par le progrès technologique qui, en ouvrant grandement les champs du possible, ne cesse en réalité de perturber le grand calme qu'a longtemps vécu le droit d'auteur<sup>100</sup>. C'est « un éléphant dans le salon du droit d'auteur »<sup>101</sup>, a renchéri une doctrine avertie. En effet, les bouleversements technologiques ont bouleversé les canons mêmes du droit d'auteur<sup>102</sup> en créant des situations insoupçonnées qui, à leur tour, ont révélé des valeurs ignorées<sup>103</sup>. En conséquence, soumise aux tribulations numériques<sup>104</sup>, la propriété intellectuelle est devenue très sophistiquée<sup>105</sup>. La notion du bail est loin de pouvoir embrasser les nouvelles situations<sup>106</sup> même si la nature de certains actes peut en épouser les contours. Il a généré de grandes difficultés dues à l'imbrication du matériel et de l'immatériel et la localisation de la mise à disposition dans l'univers du numérique.

- 
100. A. BENSAMOUN, « La protection de l'œuvre de l'esprit par le droit d'auteur : qui trop embrasse, mal étirent », *D.* 2010, p. 2919-2920.
  101. S. DUSOLLIER, « Intermédiaires et plateformes de l'Internet, cet éléphant dans le salon du droit d'auteur », dans A. BENSAMOUN (dir.), *La réforme du droit d'auteur dans la société de l'information*, Mare et Martin, Presses Universitaires de Sceaux, 2018, p. 165.
  102. Au cœur de ce chamboulement, il faut relever la sulfureuse question de l'originalité qui a été dénaturée avec le passage d'une approche subjective traduisant la force de droit moral de l'auteur à une approche objective déclinée dans la force de l'économique ou de l'investissement depuis l'arrêt Pachot : Ass. Plén., 7 mars 1986, arrêt Pachot, *D.* 1986, 405, note EDELMAN ; V.-L. BENABOU, « L'originalité, un Janus juridique. Regards sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union », dans *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 17.
  103. J. LARRIEU, « De la belle Hélène à Game of Thrones : les difficultés récurrentes de qualification des usages d'une œuvre générée par le progrès technologique », préc., note 54.
  104. P.-E. MOYSE, « Phénoménologie de la propriété intellectuelle et le mythe de Sisyphe », dans *Penser le droit de la pensée. Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, Dalloz, 2020, p. 887.
  105. T. HASSLER, « La sophistication du droit de la propriété intellectuelle », préc., note 35.
  106. Quelle qualification juridique attribuer alors à des situations complètement nouvelles comme la mise à disposition sur Internet, le butinage de site en site, la création d'hyperliens, le *streaming*... La différence apparaît très nettement avec les droits de propriété intellectuelle classique au sein desquels le monopole du titulaire affecte directement la mise à disposition soit à travers les licences ou les contrats d'auteurs. Ici, c'est la mise à disposition qui affecte le droit exclusif du titulaire.

### 1. *Imbrication du matériel et de l'immatériel dans les logiciels*

Si les licences de logiciel sont unanimement admises, il n'en demeure pas moins qu'elles posent certains problèmes spécifiques. Le premier obstacle réside dans l'absence de tout délai. Ce n'est pas dire qu'un bail ne puisse pas être conclu pour une durée indéterminée<sup>107</sup>. Mais la licence de logiciel se présente rarement sous la forme d'un contrat à exécution successive, notamment parce que l'utilisateur devient propriétaire du support matériel de ce logiciel. Le plus souvent, les parties n'ont pas la volonté de limiter les effets du contrat dans le temps, l'utilisateur ne supporte aucune obligation de restitution. Deux grands axes peuvent être relevés avec la différence entre la licence de logiciel et le bail classique d'une part, et d'autre part, la confusion générée par les modalités de délivrance ayant conduit à une appréhension malheureuse de l'épuisement des droits. Pour ce qui concerne la différence entre la licence du logiciel et le bail classique, deux séries de difficultés ont été relevées par la doctrine<sup>108</sup>.

Il est nécessaire de relever la particularité de la mise à disposition par l'intermédiaire du corporel, c'est-à-dire la location du progiciel. C'est dans cette situation que la licence de logiciel a été envisagée comme une location relativement au support chaque fois que la mise à disposition est limitée dans le temps, moyennant une redevance périodique ou même pour toute mise à disposition dès lors que le fournisseur n'entend pas se départir de son titre de propriété. Cette qualification a été rejetée par une autre partie de la doctrine, parce qu'il peut bien arriver que le fournisseur ne soit même pas le propriétaire du bien dont il pourrait néanmoins concéder la jouissance. Dès lors se pose le problème particulier en droit des contrats de la possibilité du bail de la chose d'autrui.

On aurait pu penser alors non pas un contrat de licence, mais un contrat d'entreprise lorsque l'entrepreneur fournit la matière en plus de son industrie selon les termes de l'article 1787 du Code

107. Les auteurs Collart Dutilleul et Delebecque, estiment que « le bail est à durée indéterminée lorsque les parties n'ont pas convenu d'un terme pour la jouissance du locataire » ; le bail sans écrit et la tacite reconduction sont les deux cas de bail à durée indéterminée : voir F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, préc., note 64, p. 397.

108. A. LUCAS, « Le contrat de mise à disposition d'une œuvre de l'esprit », dans *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, préc., note 17, p. 491.



civil<sup>109</sup>. Cependant, l'originalité des prestations en matière des biens intellectuels, notamment la fourniture de logiciel, ne permet pas de s'aventurer sur le terrain du contrat d'entreprise. Il est alors pertinent de relever que ces prestations sont, par essence, singulièrement spécifiques<sup>110</sup>. Le professeur André Lucas conclura à ce propos que « le fournisseur de logiciel, en effet, est moins dans une position d'un spécialiste qui promet un travail que dans celle de l'industriel qui commercialise le résultat d'un investissement intellectuel. Dès lors, le recours à l'innommé semble s'imposer. »<sup>111</sup> Cette situation n'appelle pas de remarques spécifiques sinon que le progiciel peut être l'objet de location et qu'il y a une remise en cause du support considéré comme devant être essentiellement matériel. Or, l'évolution de la technologie a fait émerger des supports immatériels<sup>112</sup>.

## **2. Localisation de la mise à disposition de supports immatériels**

L'univers du numérique est extensible à l'infini et presque immaîtrisable. Il menace la quintessence de la propriété intellectuelle fondée sur le droit exclusif, l'exclusion de la jouissance des utilités économiques des produits incorporant les droits de propriété intellectuelle. Dans ce cadre se pose la question de la localisation de la mise à disposition dans l'univers numérique et sa confusion avec la communication au public<sup>113</sup>. À cette difficulté s'ajoute la destination à laquelle est laissé l'acte de disposition puisque les

109. Voir Com. 7 novembre 2006, Bull. civ. IV, n° 215 ; H. De JUGLART, « La vente, un contrat en voie d'extinction au profit de l'entreprise », dans *Les activités et les biens de l'entreprise : mélanges offerts à Jean Derruppé*, Litec, 1991, p. 63 ; F. LABARTHE, « Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion », dans *Études offertes à Ghestin : le contrat au début du 20<sup>e</sup> siècle*, préc., note 72, p. 489.

110. À titre d'illustration de la question de la licéité de la décompilation d'un programme d'ordinateur pour en corriger des erreurs : CJUE 6 octobre 2021, aff. C-13/20, D. 2021. 1813.

111. A. LUCAS, « Le contrat de mise à disposition d'une œuvre de l'esprit », préc., note 108 ; voir également F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, préc., note 64, n° 360.

112. D. GUTMAN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », *Arch. Phil. Droit*, n° 43, 1999, p. 65 ; Séverine Dusollier constate, quant à elle, que la matière est présente dans l'environnement numérique : « Il y a quelque méprise à parler d'immatériel en évoquant les nouvelles technologies de communication » (S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique. Droits et exception à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, 2007, p. 381).

113. J. C. GINSBURG, « La localisation de l'acte de mise à disposition », dans *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, préc., note 102, p. 401.

licences *Creative Commons* permettent soit d'autoriser tout usage à des fins commerciales ou non, soit d'en autoriser qu'un usage non commercial<sup>114</sup>. Cette situation montre que l'assimilation au bail peut être considérée comme véritablement mutilante, car il y a une mise à disposition libre du droit sur le logiciel qui peut faire, à titre d'illustration, l'objet de jouissance des tiers sans aucune redevance. Le *copyleft* traduit une réalité particulière de la transmission numérique qui s'ajoute à la difficulté de localisation : la volonté de contredire le droit de propriété issu des droits intellectuels comme Proudhon autrefois l'avait clairement prétendu en affirmant que « la propriété intellectuelle, c'est le vol »<sup>115</sup>.

Avec le numérique, le droit d'auteur peut être mis en péril par des licences entraînant une confusion entre la mise à disposition et le transfert des droits ou même les contrats de location. Il se pose ainsi le problème de la qualification juridique de la transmission numérique<sup>116</sup>. Il faut dans ce cas déterminer clairement « si le contrat de fourniture de contenu numérique doit être considéré comme un contrat de vente, un contrat de location ou un contrat *sui generis* »<sup>117</sup>. La question n'a pas semblé intéresser le législateur OAPI lors de la révision de l'Accord de Bangui.

Il faut relever qu'en droit européen, la copie immatérielle avait été assimilée au support physique avec la désastreuse conséquence qu'un téléchargement épuise le droit de distribution du logiciel<sup>118</sup>. Cependant, les récentes évolutions ont, heureusement, écarté le spectre d'une généralisation de cette décision de jurisprudence *UsedSoft*,

- 
114. C. CARON, « L'œuvre libre confrontée à quelques aspects du droit commun des biens et du droit d'auteur », préc., note 18.
115. D. COHEN, « La propriété intellectuelle, c'est le vol », 8 avril 2001, *Le Monde* ; J. SMIERS, « La propriété intellectuelle, c'est le vol », septembre 2001, *Le Monde Diplomatique*. *Contra* : Une partie de la doctrine fait écho des arguments des « insurgés » pour mieux les contrer en dénonçant le principe de gratuité qui « consiste à supprimer le salaire du créateur qui travaillerait gratuitement pour les autres, ou bien à recourir au système des licences et supprimer les redevances en ce qui concerne les usages complémentaires » (P.-Y. GAUTIER, « Pour ou contre la propriété intellectuelle : propos introductifs », dans *La propriété intellectuelle en question(s). Regards croisés européens*, coll. « IRPI », n° 27, Litec, 2006, p. 23-24).
116. T. DESSURMONT, « La qualification juridique de la transmission numérique », *RIDA*, n° 170, octobre 1996, p. 55 et s.
117. A. LUCAS, « Le contrat de mise à disposition d'une œuvre de l'esprit », préc., note 108.
118. Le point 61 de l'arrêt précise que « le mode de transmission en ligne est l'équivalent fonctionnel de la remise d'un support matériel » : CJUE, 3 juillet 2012, aff. *Usedsoft* C-128/11, D. 2012, p. 2142, note A. MENDOZA-CAMINADE ; *RTD Com* 2012, p. 542, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

rassurant ainsi tous ceux qui craignaient son effet dévastateur sur les modèles d'affaires développés à partir de l'exploitation en ligne des œuvres de l'esprit<sup>119</sup>. Un imbroglio gît dans la difficulté de différencier la mise sur le marché du produit logiciel de la mise en accès public *on-line* d'un exemplaire de logiciel. Alors se pose la question de savoir si cet accès public *on-line* peut être considéré comme une mise sur le marché de l'exemplaire chargé sur le serveur. Selon la doctrine, une réponse positive s'impose puisque « la loi prévoit que la mise sur le marché peut avoir lieu par tout moyen »<sup>120</sup>. La voie téléinformatique constitue de manière incontestable une mise sur le marché. Mais alors, épuise-t-elle le droit de distribution ? Une réponse négative s'impose au plan purement juridique en considérant le mécanisme de l'épuisement des droits. Dans la pratique, cette réponse doit être nuancée. Les fichiers numériques n'étant pas physiques, ils peuvent être redistribués à dessein par le premier acquéreur. Toutefois, la Cour de justice de l'Union européenne l'a clairement précisé : la distribution de livres numériques n'épuise pas le droit d'auteur<sup>121</sup>. La décision se comprend au vu de l'épuration de la propriété intellectuelle qui est de réserver absolument le profit au titulaire des droits.

Le législateur africain s'est vivement intéressé à la question de l'épuisement des droits pour ce qui concerne la confusion dans les modalités de délivrance des droits intellectuels. Se lit la quête de cohérence du législateur de l'OAPI relativement à la libre circulation des exemplaires de droit d'auteur. Il a bien circonscrit l'épuisement des droits de distribution dans l'Annexe VII de l'Acte de Bamako, Accord de Bangui de 2015. En effet, aux termes de l'article 24, il précise :

Dès lors que la première vente d'un ou des exemplaires matériels d'une œuvre a été autorisée par l'auteur ou ses ayants droit sur le territoire d'un État membre de l'Organisation ou d'un autre État tiers, la vente de ces exemplaires de cette œuvre ne peut plus être interdite.

Cet article montre clairement que l'épuisement ne joue que pour les exemplaires matériels mis sur le marché par l'auteur ou

119. CJUE, 7 août 2018, aff. C-161/17, *Land Nord Westfalen c. Dirck Renckhoff*, *RTD Com* 2018, p. 683.

120. P. GAUDRAT et F. SARDAIN, *Traité de droit civil du numérique – Tome 1. Droit des biens*, préc., note 39, p. 377.

121. CJUE, Aff. C-263/18, Tom Kabinet, 19 décembre 2019, commenté par C. MARÉCHAL-POLLAUD DULIAN, « La CJUE exclut l'épuisement du droit de distribution des livres numériques », *D.* 2020, p. 471.

avec son autorisation. *A contrario*, le téléchargement n'étant pas dans le domaine de la circulation matérielle, il ne pourrait suffire à épuiser les droits du titulaire du logiciel. Il convient de souligner avec force la pertinence et la cohérence du législateur de l'OAPI qui, après avoir aligné tous les droits de propriété intellectuelle sur le même mode d'épuisement<sup>122</sup>, a anticipé toutes les difficultés propres au téléchargement des logiciels en limitant péremptoirement l'épuisement aux exemplaires matériels distribués par les titulaires. Pour autant, la question demeure de savoir s'il a véritablement mis fin à tous les problèmes pouvant résulter de la mise à disposition en ligne des œuvres protégées par le droit d'auteur. En droit africain, seule la confrontation des forces « imaginantes » du contrat en droit d'auteur<sup>123</sup> à la réalité jurisprudentielle l'attestera à l'avenir. Peut-être sera-t-il rattrapé un jour par l'exigence de précision avec le développement du numérique face aux difficultés relatives à certains actes de mise à disposition et à leur interférence avec d'autres droits cardinaux du droit d'auteur comme le droit de représentation ?

## CONCLUSION

Le législateur OAPI est resté dans la philosophie de Portalis : ne pas descendre dans les détails. Jusqu'à quand ? On ne le sait guère. Pour le moment, et ce faisant, il fait de la licence un contrat *sui generis* demeurant sous l'emprise de l'autonomie de l'imagination. Il apparaît que la similitude des rapports entre le bail et la mise à disposition en matière de propriété intellectuelle est inéluctable. Il n'est donc pas contestable que par son objet et sa cause, la licence d'utilisation s'apparente à un louage de chose. Il y a mise à disposition d'un bien, sans transfert d'un droit réel, et moyennant le versement d'une redevance ou, plus généralement, d'une contrepartie financière. Cette relation semble tout de même portée par le double sceau de la différence et de la spécificité à travers la localisation ubiquiste qui individualise les domaines respectifs de la propriété intellectuelle et du contrat de bail. En matière de propriété industrielle, l'assimilation des contrats de mise à disposition au bail apparaît, parfois, tout simplement inutile, voire forcée malgré le caractère économique exacerbé de ces droits. Dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, l'analogie ne paraît pas interdite, mais elle est

122. A. JOHNSON-ANSAH, « L'Acte de Bamako et l'épuisement des droits dans l'OAPI : une rupture copernicienne », *Propr. Intell.*, n° 69, octobre 2018, p. 100-109.

123. G. VERCKEN, « Le contrat au pays des merveilles », dans *Penser le droit de la pensée. Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, préc., note 104, p. 485.

subrepticement refoulée dans les incertitudes qui obèrent fortement ce droit assis entre les deux chaises de prérogatives patrimoniales et du droit moral. Cette méfiance semble persister dans le domaine de l'immatériel. Finalement, plusieurs obstacles sont de nature à gêner le passage de la ressemblance avec un bail à l'assimilation pure et simple malgré des points de convergence incontestables. C'est donc par un glissement tout analogique que le bail, à certains moments, a pu être assimilé à la licence ou aux contrats de mise à disposition en propriété intellectuelle. Au vrai, entre la propriété intellectuelle et le bail, il n'y a aucune tentative d'asservissement ou de domination, bref, aucun conflit. Ce sont des frères siamois sur lesquels l'opération chirurgicale de séparation effectuée par la pratique contractuelle a plus ou moins bien réussi<sup>124</sup>, la technique contractuelle ayant préservé et consolidé leur aspiration naturelle à l'autonomie<sup>125</sup>. Au regard de toutes ces nuances, il serait juste d'affirmer que le bail et la propriété intellectuelle vivent un temps alcyonien. Dans ce cas, que les analogies soient fuyantes ou mutilantes, elles sont tout de même aussi saisissantes que « parlantes »<sup>126</sup>. Il paraissait important de faire émerger leur éloquence.

---

124. La séparation semble tout de même inachevée, d'où toutes les brouilles et les analogies qui ont été analysées à partir des points de convergence.

125. P. MATHELY, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Librairie du Journal des notaires et des avocats, 1992, p. 322 : « Car les contrats en droit français ne sont pas classés en catégories définies. En vérité la licence est une convention *sui generis*, qui tient de son objet et de son but un caractère original. »

126. A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de propriété littéraire et artistique*, préc., note 38, n° 630.