Vol. 34, nº 3

Contentieux des créations intellectuelles en Afrique

Aperçu jurisprudentiel (2016-2021)

Sous la coordination de Yvon Laurier Ngombé*

Avec la collaboration de Joseph Fometeu, Jean-Paul Koso Omambondi***, Christian Kpolo****, Roger Mabouana***** et Yasser Omar Amine******

RÉSUMÉ/ABSTRACT 981

PRÉSENTATION 983

I- CRÉATIONS INDUSTRIELLES 984

A- Créations techniques 985

1. *Sanitam Services (E.A.) Limited* v. *Rentokil (K.) Limited Et Kentainers (K.) Limited* [Kenya, 2019] . . . 985

2. *Société Xyleco inc.* c. *Directeur Général de l'OAPI* [CSR, OAPI, 2017] 987

© CIPS, 2022.

* Docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris, chargé d'enseignement au CNAM – Île de France.

** Professeur à l'Université de Ngaoudéré – Cameroun.

*** Avocat au Barreau de Nantes et enseignant à l'Université de Kinshasa – RDC.

**** Docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris et chercheur associé à l'Institut François Gény – France.

***** Avocat au Barreau de Tours – France.

****** Avocat au Barreau du Caire, formateur agrée OMPI.

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

B. Créations ornementales 990

1. *Dabé Zohora Bertin* c. *Nouvelle Parfumerie Gandour* [Côte d'Ivoire, 2019] 990

2. *ONG Action de Solidarité Islamique* c. *Pharmacie Nationale d'Approvisionnement et Imprimerie NOUROU PUB* [Sénégal, 2016]. 992

3. *Ets AB PLAST* c. *Atikpohoun et Mahamadou* [Togo, 2020] 996

4. *Société Wm. Wrigley Jr* c. *Directeur Général de l'OAPI* [CSR, OAPI, 2021] 999

II- CRÉATIONS LITTÉRAIRES ET ARTISTIQUES 1002

A- *Do Media Limited* [Côte d'Ivoire, 2020] 1002

B- *BURIDA* c. *Gnacadja Nouyeton Sophie* [Côte d'Ivoire, 2019] 1005

C- *Mercy Munee Kingoo et Lydia Nyva Kingai* c. *Safaricom Ltd. et Procureur général* [Kenya, 2016] . . . 1007

D- *Société Panorama Media Production* c. *Mohamed Salah A. Nada* [Égypte, 2021]. 1010

RÉSUMÉ

La jurisprudence permet de rendre compte de l'effectivité des normes juridiques. En matière de propriété intellectuelle, un panorama de quelques décisions marquantes rendues pendant la période de janvier 2016 à décembre 2021 permet de se faire une idée des questions soumises aux tribunaux et cours. Un aperçu de dix décisions africaines offre l'occasion d'analyser l'interprétation des textes nationaux et supranationaux concernant notamment les conditions de protection des créations intellectuelles ainsi que la mise en œuvre de ces droits par les juridictions des espaces OHADA, OAPI, ARIPO ainsi que de l'Égypte.

MOTS CLÉS

Afrique – Brevet – Dessins et modèles – Droit d'auteur – Propriété intellectuelle – Propriété industrielle

ABSTRACT

Caselaw provides an insight into the effectiveness of legal norms. In the field of intellectual property, a panorama of some of the most important judgments delivered during the period from January 2016 to December 2021 gives an idea of the questions submitted to the courts. An overview of ten african decisions offers the opportunity to analyse the interpretation of national and supranational texts relating to the conditions of protection of intellectual creations as well as the enforcement of these rights by the courts of the OHADA, OAPI, ARIPO spaces and Egypt.

KEYWORDS

Africa – Patent – Industrial Design – Copyright – Intellectual property – Industrial Property

PRÉSENTATION

Dans son célèbre discours préliminaire sur le projet de Code civil, Portalis relevait l'importance de la jurisprudence dans les termes suivants : « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit […]. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. » La jurisprudence est donc une source majeure du droit. Or, on peut constater que sur le continent africain, les décisions de justice sont peu accessibles, du moins en matière de propriété intellectuelle, même si de nombreuses initiatives doctrinales et institutionnelles permettent progressivement d'y remédier. Le juriste intéressé par la propriété intellectuelle en Afrique ne ploie pas sous des décisions foisonnantes. Ici la démarche consiste moins à faire une synthèse d'une jurisprudence abondante et accessible qu'à rendre compte d'une recherche minutieuse et laborieuse, qui porte sur des questions les plus variées possible.

La présente sélection n'est pas conçue comme l'analyse de décisions portant sur un thème ou un sujet unique. Au contraire, il s'agit d'une sélection (comportant, par la force, des choses une part d'arbitraire) de décisions rendues entre 2016 et 2021, n'ayant pas encore ou ayant peu fait l'objet de commentaires. Elle ne porte que sur les créations intellectuelles et ne présente pas de décision relative aux signes distinctifs[1]. Parmi les créations intellectuelles, l'accent est particulièrement porté sur les créations industrielles, car le contentieux relatif y semble plus rare (en tout état de cause, moins diffusé) que celui portant sur la propriété littéraire et artistique[2].

Il n'est nullement question dans le cadre, forcément restreint, de cet aperçu de la jurisprudence africaine de présenter « toutes » les décisions topiques de la période choisie. La sélection

1. Concernant les signes distinctifs, Voir par exemple Yvon Laurier NGOMBÉ, Nilce EKANDZI, Jean-Paul KOSO OMAMBONDI, Christian KPOLO et Mabouana ROGER, « Contentieux des signes distinctifs et de la concurrence déloyale en Afrique (OHADA, OAPI, ARIPO) », (2019) *Propriété Industrielle*, Chr. 11.
2. Voir par exemple Yvon Laurier NGOMBÉ, « Chronique d'Afrique », (2019) *RIDA*, nº 259, p. 61.

jurisprudentielle retenue porte sur des questions aussi diverses que la saisie-contrefaçon, la gestion collective des droits, la notion de contrefaçon, l'articulation entre l'action en concurrence déloyale et l'action en contrefaçon… D'un point de vue géographique, ce panorama porte sur les États de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (ci-après « OAPI »)[3] qui font pour une grande majorité également partie de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (ci-après « OHADA »)[4], les États de l'African Regional Intellectual Property Organization (ci-après « ARIPO »). La sélection porte également sur un État africain ne faisant pas partie des espaces d'intégration cités ci-dessus. L'ensemble des décisions sélectionnées offre l'opportunité d'un regard de droit comparé tant entre État africains qu'avec le droit français.

Ce panorama s'inscrit dans un mouvement de diffusion de la jurisprudence africaine relative aux propriétés intellectuelles.

Le contentieux des créations industrielles (I) sera distingué de celui relatif aux créations littéraires et artistiques (II).

Y.L. N.

I- CRÉATIONS INDUSTRIELLES

Sera ci-après évoquée la jurisprudence relative aux créations techniques (A) et aux créations ornementales (B).

3. Étant précisé qu'en matière de propriété industrielle, l'OAPI a édicté des règles uniformes. Les textes sont donc identiques pour tous les États membres. Tel n'est pas le cas en droit d'auteur.
4. Autre organisation d'intégration régionale dont la législation comporte des points de contact avec celle l'OAPI, comme a pu le relever la doctrine. Voir notamment René KIMINOU, « L'OHADA et l'intégration des droits de propriété intellectuelle de l'OAPI, de l'art d'intégrer des droits intégrés », (2016) *RRJ*, nº 3, p. 1363 ; Yvon Laurier NGOMBÉ, « Droit OHADA et Droit OAPI. Actualité et virtualités d'une concurrence normative », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Dorothée Sossa*, Cotonou, Les éditions du CREDIJ, 2021, p. 397 ; Patrick Juvet LOWE GNINTEDEM, « Les droits de propriété intellectuelle dans les actes uniformes OHADA », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Dorothée Sossa*, Cotonou, Les éditions du CREDIJ, 2021, p. 339.

A- Créations techniques

1. Sanitam Services (E.A.) Limited *v.* Rentokil (K.) Limited Et Kentainers (K.) Limited *[Kenya, 2019]*

Compétence des juridictions nationales en droit communautaire – Effet direct des conventions supranationales – Révocation de brevet – Conflit de compétences

La décision à commenter est d'une beauté juridique sans équivoque (*Sanitam Services (E.A.) Limited* v. *Rentokil (K.) Limited Et Kentainers (K.) Limited*, High Court of Kenya at Nairobi (Milimani Law Courts – Commercial, Admirality & Tax Division), 25 avril 2019, Civil case n° 338, en ligne : <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/175068/>). S'il existe bien un *art législatif*, il ne serait pas aberrant de souligner que la décision rapportée est la manifestation la plus aboutie d'un *art jurisprudentiel* caractéristique du système de common law. Paradoxalement, si elle embrasse un pan entier du droit des brevets en ce qui concerne notamment la révocation d'un brevet déjà délivré et effectivement exploité, son véritable intérêt réside dans la réponse donnée par la High Court[5] au problème de la compétence des juridictions nationales (kényanes en l'occurrence) pour trancher un litige relatif à un brevet communautaire délivré par l'ARIPO (pour une comparaison avec l'espace OAPI, voir : Max-Lambert N'DEMA ELONGUÉ, « De la portée des décisions rendues par les tribunaux en matière de propriété intellectuelle », *Mélanges en l'honneur de l'action du Dr Paulin Edou Edou pour l'OAPI – Regard sur la propriété intellectuelle en Afrique*, coll. « Droit de l'OAPI », Paris, Juriscope, 2017, p. 299 et s.).

À vrai dire, la décision n'évoque pratiquement pas les questions de fond relatives à la révocation du brevet. Elle s'attarde principalement, voire exclusivement sur la question de la compétence des juridictions en matière de propriété industrielle. Il faut donc regretter que les aspects de fond n'aient pas été développés.

Les faits sont les suivants. L'appelant (Sanitam) est titulaire du brevet AP773 délivré par l'ARIPO le 15 octobre 1999. Les intimées (Rentokil et Kentainers) contestent la validité dudit brevet et introduisent un recours devant les tribunaux kenyans dans le but de révoquer le brevet visé. Les tribunaux font droit aux demandes des

5. Le terme officiel utilisé par la Constitution de ce pays est « High Court », en tant que juridiction d'un degré élevé, sans que cela fasse référence à la Cour suprême telle qu'on l'entend dans les pays civilistes.

sociétés Rentokil et Kentainers. La société Sanitam saisit la High Court afin que celle-ci annule la décision du tribunal au motif que celui-ci (en tant que juridiction nationale) n'est pas compétent pour connaître de la question de la révocation d'un brevet communautaire (au sens du droit africain).

Il va de soi que les normes sous-régionales sont directement applicables sur le plan national, en raison de leur intégration au *corpus* juridique interne par la ratification (la décision fait d'ailleurs référence aux paragraphes 5 et 6 de l'article 2 de la Constitution du Kenya). Toutefois, la réponse est rendue moins évidente lorsque la norme communautaire ne prévoit aucune disposition pour traiter d'une question de fond. Dans le cas d'espèce, l'appelant (Sanitam) estime qu'en raison du fait que le brevet dont il est titulaire a été délivré par l'ARIPO, seules les dispositions relatives à cette organisation, notamment le Protocole de Harare, doivent être invoquées. Cependant, le Protocole de Harare ne prévoit aucune disposition concernant la révocation d'un brevet communautaire. Du fait de cet imbroglio lié au silence de la norme communautaire, l'appelant estime donc que son brevet ne peut être révoqué et qu'au surplus aucune juridiction nationale n'est compétente pour connaître de cette question.

Les intimées (Rentokil et Kentainers) rétorquent en relevant qu'en l'absence de dispositions du Protocole de Harare sur la question de la révocation, il y a lieu de reconnaître l'aptitude des lois nationales pour combler le silence de la norme communautaire. En effet, il est acquis qu'un brevet communautaire produit ses effets au niveau national. De la sorte, ce brevet est soumis aux lois nationales pour toutes les questions relatives à sa protection, à sa valorisation et à sa défense. Cette position a d'ailleurs été confirmée par un représentant de l'ARIPO, qui a déclaré que le Protocole de Harare ne prévoit pas de procédure de révocation après la délivrance d'un brevet et que les procédures de révocation relèvent de la compétence du droit national applicable dans chaque État désigné.

La High Court reconnaît que les juridictions nationales n'ont pas, en principe, compétence pour traiter de la révocation d'un brevet délivré par l'ARIPO. Cependant, en raison du silence du droit communautaire sur cette question, et par une lecture conjointe de la section 3 du Protocole de Harare, de l'article 59 de la Loi kényane de 2001 sur la propriété industrielle et de l'article 2 de la Constitution du Kenya, la High Court admet que la question de la révocation sera traitée par les dispositions de l'article 103 de la Loi kényane de 2001 sur la propriété industrielle. De ce fait, cette démarche aboutit à

reconnaître les juridictions nationales, tant qu'elles appliquent la loi nationale, compétentes pour connaître et trancher d'un litige sur la révocation d'un brevet communautaire. La logique de la High Court est de ce fait inéluctable.

Toutefois, ce jeu de renvoi soulève des questions bien plus complexes. En effet, si la High Court admet la compétence des juridictions nationales, au regard de l'interprétation qu'elle opère des textes évoqués et qui reconnaissent que le brevet communautaire est soumis aux lois *internes* de chaque État désigné, cette situation est un cadre propice à une insécurité juridique (François EPOMA, *L'intégration économique sous-régionale en Afrique : l'exemple de l'Afrique centrale*, thèse, Université de Reims Champagne Ardenne, 2005, p. 184) sans précédent. Cette crainte s'explique par le fait que les lois nationales ont leurs spécificités et n'ont pas la même teneur en ce qui concerne le système de protection en matière de propriété intellectuelle.

Les conflits de juridictions et de normes dans les ordres juridiques intégrés sont des problématiques qui reviennent de manière récurrente dans les organisations sous-régionales africaines (Gérard NGOUMTSA ANOU, *Droit OHADA et conflits de lois*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 543, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 37 s.). Ils évoquent bien la difficulté que peuvent rencontrer les États à choisir entre une *harmonisation* ou une *uniformisation* des législations communautaires. L'OHADA a opté pour la première méthode, tandis que l'OAPI a choisi la seconde. Mais dans tous les cas, des préoccupations subsistent (M.-L. N'DEMA ELONGUÉ, *op. cit.*, p. 305).

Ch. K.

2. Société Xyleco inc. *c.* Directeur Général de l'OAPI *[CSR, OAPI, 2017]*

Protection internationale du brevet – Demande d'extension à l'OAPI – Irrégularité de la demande – Rejet de la demande

Après la demande internationale du brevet d'invention suivie de sa publication, l'extension de la protection dans l'espace OAPI doit satisfaire aux exigences régionales, notamment celle de la régularité de la demande sous peine de rejet.

Concrètement, l'extension à l'OAPI de la demande internationale du brevet doit être sollicitée conformément aux dispositions de

l'annexe I de l'Accord de Bangui du 2 mars 1977 portant création de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle, OAPI en sigle.

Aux termes de l'article 18 point b) de l'annexe I de l'accord précité (ABR 1999), l'OAPI ne peut attribuer la date de dépôt qu'à une demande comprenant, outre la demande du brevet et la preuve de paiement des taxes de dépôt et de publication, les indications permettant d'identifier le déposant qui fournit la description de l'invention (art. 18 de l'annexe I de l'Accord de Bangui du 2 mars 1977 portant création de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle, Acte du 24 février 1999 : « L'Organisation accorde, en tant que date de dépôt, la date de la réception de la demande, pour autant qu'au moment du dépôt ladite demande contient : a) une indication expresse ou implicite selon laquelle la délivrance d'un brevet est demandée ; b) des indications permettant d'identifier le déposant ; c) une partie qui, à première vue, semble constituer une description d'une invention et une ou plusieurs revendications ; d) un justificatif du paiement des taxes requises. 2) Pour toute demande internationale, la date de dépôt est celle attribuée par l'office récepteur. »). Il s'agit ici des informations telles que la dénomination, le siège social, l'immatriculation..., s'agissant de la personne morale.

En l'espèce, en date du 12 décembre 2008, la société XYLECO, Inc. dépose à l'OAPI une demande d'extension de la protection internationale avec mention d'une adresse différente de celle indiquée dans la demande initiale. Par lettre du Directeur Général du 12 novembre 2010, un délai de trois mois est imparti à la société XYLECO, Inc. afin qu'elle procède au changement d'adresse (art. 24 points 4 et 5 de l'annexe I de l'Accord de Bangui précité : « Toute demande dans laquelle n'ont pas été observées les autres prescriptions de l'article 14, à l'exclusion de la disposition de la lettre b) et de celles de l'article 15 est irrégulière. Cette irrégularité est notifiée au demandeur ou à son mandataire, en l'invitant à régulariser les pièces dans le délai de trois mois à compter de la date de la notification. Ce délai peut être augmenté de 30 jours, en cas de nécessité justifiée, sur requête du demandeur ou de son mandataire. La demande ainsi régularisée dans ledit délai conserve la date de la demande initiale. Dans le cas où les pièces régularisées ne sont pas fournies dans les délais impartis, la demande de brevet est rejetée »).

La régularisation requise interviendra le 11 août 2015, largement au-delà du délai conventionnel accordé, en même temps que l'introduction du recours en annulation de la décision de rejet de la

demande d'extension du brevet prise entre-temps par le Directeur Général de l'OAPI en date du 31 octobre 2014.

La Commission Supérieure de Recours auprès de l'OAPI saisie à cet effet a logiquement rejeté ledit recours (CSR, décision n° 00221/OAPI/CSR du 28 avril 2017) pour non-respect du délai de régularisation de la demande d'extension et en conséquence confirmé son rejet tel que décidé initialement par le Directeur Général.

Toutefois, dans le but d'encourager les inventeurs et les opérateurs économiques désireux d'opérer sur le continent africain qui a tant besoin des investissements, un délai plus long de régularisation de la demande de brevet aurait pu être prévu dans l'Accord de Bangui précité, au lieu de trois mois avec possibilité de prorogation d'un mois (art. 24 point 4 de l'annexe I de l'Accord de Bangui révisé le 24 février 1999). Ce délai pourrait être de 16 mois, à l'instar de celui fixé dans la législation française en cas de non-désignation de l'inventeur (art. R. 612-11 du décret français n° 95-385 du 10 avril 1995 relatif à la partie réglementaire du Code de la propriété intellectuelle *in fine* prévoit : « En cas de non-respect des dispositions prévues à l'article R. 612-10(3°), invitation est notifiée au demandeur d'avoir à régulariser sa demande dans un délai de seize mois à compter de la date de dépôt […] ») ou tout au moins de six mois, délai prévu pour que la demande du brevet précise l'objet de l'invention (art. 24 point 3 de l'annexe I de l'Accord de Bangui précité). En effet, lorsque le législateur français considère que la désignation de l'inventeur dans la demande du brevet est capitale, voire obligatoire, il prévoit non seulement un délai de régularisation plus long permettant au demandeur de compléter l'information y relative, mais aussi un recours en restauration en faveur de ce dernier s'il justifie d'une excuse légitime et si l'inobservation de ce délai a pour conséquence directe le rejet de la demande de brevet ou d'une requête, la déchéance de la demande de brevet ou du brevet ou la perte de tout autre droit (art. L. 612-16 CPI).

De surcroît, une décision de rejet de la demande du brevet découlant de la non-conformité d'adresses semble quelque peu excessive ; les conditions de rejet d'une demande de brevet mériteraient d'être mieux définies dans l'Accord de Bangui.

En revanche, il est équitable de sanctionner rigoureusement le non-respect des délais de régularisation d'une demande de brevet

dès lors que ceux-ci s'avèrent raisonnables, et ce, pour une bonne administration de l'office.

J.-P. K.O.

B- Créations ornementales

1. Dabé Zohora Bertin *c.* Nouvelle Parfumerie Gandour *[Côte d'Ivoire, 2019]*

Principes directeurs du procès – Appréciation de la contrefaçon – Double protection

Le droit de la propriété intellectuelle offre la possibilité de choisir entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale pour réagir contre les atteintes portées aux droits protégés à ce titre. Il est constant de relever qu'il existe une distinction nette entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale (Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, « La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence », *RTD com.* 1994, p. 455 ; Oumoul KHAÎRY NDADO, *Le droit comparé de la contrefaçon et de la concurrence déloyale : l'exemple de la France et du Sénégal*, thèse, Université de Toulouse 1 Capitole, 2015, *passim*). Cependant, il est rare d'aborder la problématique de l'articulation de ces deux actions sous l'angle de leur confusion et de leur complémentarité, plutôt que celui – trop évident – de leur interdépendance. C'est tout l'intérêt de la décision rendue par la Cour d'appel d'Abidjan (*Dabé Zohora Bertin* c. *La société Nouvelle Parfumerie Gandour*, Cour d'appel de commerce d'Abidjan, 1re ch., Côte d'Ivoire, arrêt no 28/2019 du 21 mars 2019).

Selon les faits, monsieur Dabé est un commerçant ivoirien titulaire d'un modèle représentant des panneaux d'affichage sur pieds et amovibles qu'il a créés. Monsieur Dabé a fait une proposition commerciale, qui n'a pas eu de suite, à la société Nouvelle Parfumerie Gandour afin de mettre à sa disposition l'exploitation desdits panneaux. À la suite de ceci, il reproche à la société Nouvelle Parfumerie Gandour d'avoir reproduit son panneau en plusieurs exemplaires et de l'avoir distribué aux vendeurs de journaux dans tout le District d'Abidjan, sur le fondement de l'article 3 de l'annexe IV de l'Accord de Bangui révisé.

Il saisit donc le Tribunal de commerce d'Abidjan afin que celui-ci prononce, entre autres, la réparation du préjudice subi du fait de la contrefaçon de son modèle et de la concurrence déloyale

dont s'est rendue coupable la société Nouvelle Parfumerie Gandour. Le tribunal décide que l'action en contrefaçon de monsieur Dabé est mal fondée et l'en déboute. Celui-ci interjette appel de cette décision, mais n'obtient pas totalement gain de cause dans la mesure où la Cour d'appel de commerce d'Abidjan décide que les agissements de l'intimée, Nouvelle Parfumerie Gandour, ne sont pas constitutifs de contrefaçon et de concurrence déloyale.

La solution est évidente de ce point de vue. Mais un des véritables intérêts de cette décision réside dans le fait que la Cour d'appel analyse l'articulation des différentes actions introduites par l'appelant, monsieur Dabé, en relevant ce qu'elles ne sont pas, ou plutôt ce qu'elles ne doivent pas être. Pour ce faire, elle interroge la pertinence du cadre objectif de l'instance.

Très concrètement, monsieur Dabé reproche au tribunal de n'avoir pas statué sur l'atteinte à son droit d'auteur sur son modèle. La Cour d'appel décide que ce moyen est inopérant dans la mesure où l'appelant n'a pas apporté la preuve de l'originalité de son modèle[6]. Ce qui déborde d'ailleurs de l'objet du litige tel qu'il ressort des prétentions soumises à la juridiction de première instance. En d'autres termes, la double protection dont bénéficient les dessins et modèles (Karim AARAB, *Propriété intellectuelle : analyse du principe de la double protection juridique des dessins et modèles*, thèse, Université Lyon III, 2010, p. 10 et s.) ne doit pas être un prétexte pour empiéter sur le principe fondamental d'immutabilité du litige (Henri MÉLÈDJE, *Droit judiciaire privé*, Abidjan, Les Éditions ABC, 2008, p. 89) et qui consisterait, en l'espèce, à déplacer l'objet d'un litige sur un modèle (encadré par le régime des dessins et modèles industriels) vers un contentieux sur une œuvre de l'esprit (soumis au régime du droit d'auteur). La Cour fixe donc une limite très étanche entre ces deux régimes quant à la recevabilité de l'action en justice.

Le second intérêt de l'arrêt de la Cour d'appel de commerce d'Abidjan concerne son appréciation de la contrefaçon. La Cour estime qu'il n'y a pas de contrefaçon des modèles de panneaux dont est propriétaire monsieur Dabé en relevant que la contrefaçon ne s'infère pas de la nature, de la destination ou de la fonction des objets en conflit. En effet, selon la Cour, le fait que les tableaux utilisés par l'intimée aient servi pour la publicité de ladite société et l'affichage des journaux (activités que n'exerce pas monsieur Dabé) ne peuvent suffire à établir les prétendus faits de contrefaçon dont se prévaut l'appelant. La Cour se fonde sur des éléments factuels, voire pure-

6. Selon la Cour, la preuve de l'originalité n'a pas été apportée.

ment fonctionnels sur les modèles en conflit pour relever l'absence de similitudes. Ce qui est, de notre point de vue, largement contestable.

Le troisième point d'intérêt de l'arrêt rendu par la Cour d'appel réside dans le fait qu'il infirme une partie du jugement du Tribunal de commerce d'Abidjan en ce que celui-ci n'avait pas statué sur la demande tendant à faire condamner la société Nouvelle Parfumerie Gandour au titre de la concurrence déloyale. La Cour d'appel rappelle ainsi qu'il ne peut y avoir de confusion entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale. Le cumul de ces actions ne doit donc pas être considéré comme une confusion pouvant amener les juridictions à privilégier l'une au détriment de l'autre. Certes, la Cour a finalement statué sur le grief de concurrence déloyale et a considéré que l'intimée n'avait commis aucune faute puisqu'elle n'a pas reproduit ou imité des panneaux de l'appelant, mais la démarche de la Cour a le mérite de clarifier la teneur des distinctions qui existent entre les diverses actions (Jérôme PASSA, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, coll. « Le droit des affaires – propriété intellectuelle », n° 15, Paris, Litec, 1997, p. 14-22 et 28-36) dans le contentieux en matière de propriété intellectuelle. Cela signifie que dans le cas de contrefaçon, l'action est déclenchée sur le fondement de l'existence d'un droit privatif rattaché à un objet de propriété intellectuelle. Tandis que l'action en concurrence déloyale est déclenchée en dehors de tout droit privatif, mais nécessite de rapporter la preuve de l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre ces deux éléments. Ce qui, dans ce second, n'est pas toujours facile à établir.

Ch. K.

2. ONG Action de Solidarité Islamique *c.* Pharmacie Nationale d'Approvisionnement et Imprimerie NOUROU PUB *[Sénégal, 2016]*

Procédure administrative – Recours administratif préalable – Nécessité – Non-contrefaçon – Tiers – Responsabilité

L'intérêt de l'arrêt rendu par la Cour suprême du Sénégal le 18 avril 2016, s'il semble plus grand s'agissant de la portée de l'article 729 du *Code de procédure civile*, n'en est toutefois pas moindre quant à la responsabilité des sanctions encourues par un tiers en matière de contrefaçon.

La Pharmacie Nationale d'Approvisionnement (ci-après « PNA ») attribue un marché de réalisation de calendriers à l'imprimerie NOUROU PUB.

L'ONG Action de Solidarité Islamique (ci-après « ASI ») estime que le calendrier réalisé est une contrefaçon de son propre modèle. Elle assigne tant l'adjudicateur que l'attributaire du marché aux fins de cessation immédiate de la production et de la distribution desdits calendriers, la remise des moyens ayant permis leur production et le paiement de dommages et intérêts.

L'action est accueillie favorablement par les juges du fond, et la PNA se pourvoit en cassation.

Elle fait grief à la Cour d'appel, d'une part, de n'avoir pas relevé d'office la fin de non-recevoir tirée de l'inobservation de la formalité de demande préalable posée à l'article 729 du *Code de procédure civile* et, d'autre part, de la déclarer responsable de contrefaçon en alléguant une absence de définition de la contrefaçon par l'article 25 de l'annexe IV de l'Accord de Bangui et en arguant de ce qu'elle ne se trouverait dans aucun des cas de contrefaçon prévus par ce texte.

Sur le premier moyen, la Cour suprême apporte une réponse pour le moins surprenante.

Elle affirme en effet, par un attendu qui semble de principe, que « la règle édictée par l'article 729 du [C]ode de procédure civile selon laquelle, en matière administrative, toute action en justice doit être précédée d'une demande adressée à l'autorité administrative désignée pour recevoir l'assignation, n'est pas une fin de non-recevoir d'ordre public ».

Cette formulation apparaît en contradiction avec les termes de l'article 729, qui ne semble pas faire de ce recours préalable une simple faculté mais une véritable obligation en ce qu'il énonce que l'action en justice « doit » être précédée d'une demande adressée à l'autorité administrative.

Le second alinéa du même article précise par ailleurs que « [l]'assignation doit, à peine d'irrecevabilité, être servie dans le délai de deux mois qui suit, soit l'avis donné de la décision de l'administration, soit l'expiration du délai de quatre mois valant décision implicite de rejet ».

Et le troisième alinéa précise que l'assignation doit, « à peine de nullité, viser la réponse implicite ou explicite donnée par l'administration à la demande préalable ».

Le législateur a ainsi institué un formalisme procédural strict en matière administrative, auquel la décision de la Cour suprême porte une atteinte manifeste.

Le peu d'intérêt de la Cour suprême pour ce recours préalable apparaît confirmé par un arrêt du 13 juin 2019, à l'occasion duquel celle-ci a jugé que « le recours administratif préalable, ne constituant pas un recours parallèle faisant obstacle à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir peut, dès lors, s'exercer simultanément avec un recours contentieux. » (*MASSOKHNA KANE et huit (8) autres* c. *État du Sénégal*, Cour suprême, 13 juin 2019, arrêt n° 20).

L'affirmation d'un tel principe, dans le contexte de l'arrêt du 18 avril 2018, n'apparaissait par ailleurs pas nécessaire dès lors qu'il suffisait à la Cour suprême de relever que l'article 729 s'applique aux procédures administratives (livre III du *Code de procédure civile*).

L'action en contrefaçon ouverte aux titulaires de droits sur un dessin ou un modèle industriel ne saurait être regardée comme une procédure administrative, même si elle conduit à engager la responsabilité d'une administration.

Il en aurait certainement été autrement si l'ONG ASI avait contesté l'attribution du marché et non la seule utilisation de calendriers contrefaisant son modèle.

Sur ce second point, la demanderesse au pourvoi alléguait l'imprécision de l'article 25 de l'annexe IV de l'Accord de Bangui, qui ne définirait pas la contrefaçon, et estimait ne se trouver dans aucun des cas de contrefaçon prévus par ce texte.

On ne peut manquer de relever la contradiction manifeste de ces moyens : comment soutenir que l'on ne se trouve dans aucun des cas de contrefaçon prévus par un texte dont on soutient qu'il ne définit pas la contrefaçon ?

Au demeurant, bien que subtil en apparence, le grief ne pouvait prospérer.

En effet, l'article 25 de l'annexe IV de l'Accord de Bangui, dans sa version applicable à l'espèce, n'a pas à définir une notion qu'il n'évoque jamais dans sa lettre. Cet article ne parle pas expressément de contrefaçon. Il prévoit la sanction attachée à la violation

des droits conférés par le dépôt d'un dessin ou d'un modèle industriel et dispose que « [t]oute atteinte portée sciemment aux droits garantis par la présente Annexe est punie d'une amende de 1 000 000 à 6 000 000 francs CFA ».

Cette atteinte s'apprécie notamment au regard des dispositions de l'article 3 de la même annexe, relatif aux droits conférés par l'enregistrement, qui énonce : « Tout créateur d'un dessin ou modèle industriel et ses ayants cause ont le droit exclusif d'exploiter ce dessin ou modèle et de vendre ou faire vendre à des fins industrielles ou commerciales les produits dans lesquels ce dessin ou modèle est incorporé, dans les conditions prévues par la présente Annexe, sans préjudice des droits qu'ils tiendraient d'autres dispositions légales. »

C'est dès lors à bon droit, a estimé la Cour suprême, qu'ayant relevé qu'il n'était « pas contesté par la PNA que les calendriers 2011/1432 édités pour elle par l'Imprimerie NOUROU PUB, étaient une réplique du modèle de l'ONG ASI, déjà enregistré à l'OAPI, suivant arrêté n° 10/0131/OAPI du 31 août 2010, et que le même modèle de calendrier lui avait déjà été livré, par l'ONG ASI, lors de commandes antérieures, comme l'attestent les bons de commande et bordereaux de livraison versés au dossier, puis retenu qu'elle a utilisé en connaissance de cause lesdits calendriers, la Cour d'appel en a exactement déduit que la PNA avait commis un acte de contrefaçon ».

Dans l'affaire PNA, la contrefaçon ne consiste pas en la reproduction d'un modèle enregistré, mais en l'utilisation en connaissance de cause d'un modèle contrefait.

Le rejet du pourvoi s'imposait.

En effet, il n'y avait pas de contestation quant au fait que les calendriers édités en 2011 par l'imprimerie NOUROU PUB étaient une reproduction du modèle que l'ONG ASI avait enregistré à l'OAPI le 31 août 2010.

Cette reproduction non autorisée constitue une contrefaçon, dont l'auteur était toutefois l'imprimerie NOUROU PUB et non la PNA.

La PNA pouvait donc soutenir être étrangère à la violation des droits de l'ONG ASI, puisqu'elle n'était pas l'auteure de la reproduction illicite.

Toutefois, la PNA ne pouvait ignorer que ces calendriers étaient une reproduction du précédent modèle que lui avait livré l'ONG ASI, ainsi que l'ont établi les premiers juges.

Elle en a néanmoins fait usage.

C'est donc l'utilisation, en toute connaissance de cause, de produits contrefaits, qui caractérise ici l'acte de contrefaçon, entendu comme la violation des droits conférés par le dépôt du modèle.

On peut y voir une conception extensive de la contrefaçon. Il reste que le texte de l'article 25 de l'annexe IV de l'Accord de Bangui le permet, puisqu'il sanctionne sans distinction toute violation des droits protégés.

Le fait de distribuer, en toute connaissance de cause, des calendriers reproduisant un modèle déposé sans l'autorisation du titulaire des droits constitue une violation du droit exclusif d'exploitation conféré par le dépôt du modèle.

Une approche plus pénaliste pourrait certainement conduire à un raisonnement différent, en distinguant entre contrefaçon (auteur de la reproduction) et recel de contrefaçon (utilisateur du modèle reproduit).

L'ABR ne semble pas opérer une telle distinction.

R. M.

3. Ets AB PLAST *c.* Atikpohoun et Mahamadou *[Togo, 2020]*

Saisie contrefaçon – Nullité (oui) – Contrefaçon (non) – Absence de preuve

Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle doit pouvoir obtenir en justice non seulement la cessation de toute exploitation illicite, mais également la réparation du préjudice qui en résulterait. Encore faut-il, conformément à l'adage *actori incumbit probatio* et aux règles de droit processuel[7], qu'il en rapporte la preuve. L'administration d'une telle preuve peut se faire, notamment, par la voie

7. Togo, *Code de procédure civile*, art. 40 et 43 (« Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au soutien de sa prétention. »)

de la saisie-contrefaçon. Le titulaire d'un dessin ou d'un modèle peut ainsi, après avoir obtenu une ordonnance sur requête, procéder à la saisie d'objets soupçonnés d'être contrefaisants. Il s'agit d'un outil probatoire particulièrement efficace.

Toutefois, dans la mesure où l'autorisation de procéder à la saisie-contrefaçon peut être obtenue sur simple requête (dans l'intérêt du titulaire du dessin ou du modèle), la procédure est encadrée pour garantir les intérêts du présumé contrefacteur. Le juge peut être amené, comme dans l'affaire *AB PLAST* (Tribunal de commerce de Lomé, 30 décembre 2020, n° 0687/2020), à rappeler la rigueur des garanties procédurales dans ce domaine.

Les établissements AB PLAST, titulaires de plusieurs modèles enregistrés auprès de l'OAPI le 30 avril 2020, constatent que plusieurs personnes, dont messieurs Atikpohoun et Mahamadou, commercialisent des contrefaçons de l'un de leurs modèles de chaussures. Les établissements AB PLAST sont autorisés, par une ordonnance du président du Tribunal de commerce de Lomé en date du 12 août 2020, à pratiquer une saisie-contrefaçon des modèles contrefaisants. Munis du procès-verbal de la saisie ainsi pratiquée entre les mains des sieurs Atikpohoun et Mahamadou, les établissements AB PLAST saisissent le Tribunal de commerce au fond, dans le but d'obtenir une réparation pour la contrefaçon dont ils s'estiment victimes.

Pour résister à cette demande de réparation, les défendeurs soulèvent la nullité de la saisie-contrefaçon dont le procès-verbal est versé au débat par le demandeur afin de prouver les atteintes dont il se dit victime. Pour les défendeurs, l'ordonnance autorisant la saisie-contrefaçon a été rendue en violation de l'article 31 de l'annexe IV de l'Accord de Bangui relative aux dessins et modèles (dans sa version en vigueur au moment des faits). Ce texte prévoit notamment que l'ordonnance est rendue « sur présentation d'une attestation de publicité délivrée par l'Organisation et production de la preuve de non-radiation ou de non-déchéance » (art. 31(2)). L'annexe IV de l'Accord de Bangui prévoit aussi : « Il est laissé copie de l'ordonnance aux détenteurs des objets décrits et, le cas échéant, de l'acte constatant le dépôt de cautionnement, le tout à peine de nullité […] » (art. 31(4)).

Or, au cas d'espèce, si en cours de procédure les demandeurs ont produit l'attestation de publicité, la preuve de non-radiation et la preuve du versement du dépôt de cautionnement, les deux derniers documents sont datés du 13 août 2020. Ainsi, certains documents devant être produits dans le cadre de la requête en saisie-contrefaçon

sont postérieurs à l'Ordonnance du président du Tribunal. Aussi, le Tribunal juge que la saisie-contrefaçon est nulle et en déduit « qu'étant donné que la saisie dont se sont servis en l'espèce les demandeurs comme seul moyen pour prouver la contrefaçon dont ils ont été victimes […] a été annulé[e], du coup tombe la demande de réparation […], dans la mesure où la contrefaçon reprochée […] n'est plus établie ».

Cette décision appelle deux observations. L'une sur la saisie-contrefaçon en particulier, l'autre sur la preuve de la contrefaçon en général.

S'agissant de la saisie-contrefaçon, il est intéressant de relever que le nouveau texte de l'OAPI (ABR 2015, annexe IV, art. 33) est moins contraignant pour le titulaire des droits. En effet, le seul document devant désormais accompagner la requête est « une pièce justificative de l'enregistrement du dessin et modèle » (art. 33(2)). La production d'une preuve de non-radiation du titre n'est plus exigée. Il n'en demeure pas moins que le titulaire du dessin ou du modèle doit rester vigilant afin d'éviter une annulation de la saisie-contrefaçon qu'il serait autorisé à pratiquer.

Concernant la preuve de la contrefaçon en général, il est important de rappeler que la saisie-contrefaçon n'est qu'un moyen parmi d'autres pour prouver la contrefaçon. En effet, la contrefaçon se prouve par tous moyens, même si cela n'est pas expressément indiqué dans l'annexe IV de l'Accord de Bangui dans sa version applicable au cas d'espèce. Le demandeur aurait été avisé de produire d'autres éléments de preuve que le seul procès-verbal de la saisie-contrefaçon. Il lui était notamment possible de faire établir un constat d'huissier. Il est heureux qu'à la faveur de la révision de l'Accord de Bangui le 14 décembre 2015, le texte de l'OAPI relatif aux dessins et modèles dispose désormais *expressis verbis* que la contrefaçon se prouve par tous moyens (ABR 2015, annexe IV, art. 35.2).

L'intérêt de la présente décision ne se limite pas à la seule saisie-contrefaçon relative à des dessins et modèles. En effet les règles dont il a été fait application dans cette affaire sont les mêmes en matière de modèles d'utilité (ABR 2015, annexe II, art. 58) et de marque (ABR 2015, annexe III, art. 51), notamment. Il s'agit d'une question transversale (transversalité interne aux textes de l'OAPI) comme il en existe plusieurs dans le corpus normatif de l'OAPI. Aussi cette affaire relative aux dessins et modèles industriels intéresse-t-elle indirectement d'autres droits de propriété intellectuelle.

On relèvera, en passant, que dans cette décision la demanderesse, qui se plaignait précisément d'une atteinte à son modèle de chaussure, visait non pas l'annexe IV de l'Accord de Bangui, texte idoine, mais l'annexe III, relative plutôt aux marques. Cette confusion n'a pas manqué d'être relevée par les défendeurs. Cela rappelle l'intérêt d'une meilleure diffusion du droit des propriétés intellectuelles auprès des opérateurs économiques dans l'espace OAPI en particulier et en Afrique en général.

Y.L. N.

4. Société Wm. Wrigley Jr *c.* Directeur Général de l'OAPI *[CSR, OAPI, 2021]*

Dessin ou modèle industriels – Enregistrement – Formalités – Taxes – Paiement – Notification – Défaut – Rejet

L'enregistrement d'un dessin ou modèle industriel est soumis à des conditions de fond posées à l'article 2 de l'annexe IV de l'Accord de Bangui Révisé (ci-après « ABR »). Il est également soumis à l'accomplissement de formalités desquelles il n'est pas toujours aisé d'apprécier la portée, ainsi qu'en atteste la décision rendue par la Commission supérieure de Recours le 7 septembre 2021.

La société WM WRIGLEY Jr dépose par l'intermédiaire d'un mandataire une demande d'enregistrement d'un dessin ou modèle industriel le 15 avril 2013.

Cette demande est rejetée par le directeur général de l'OAPI par une décision datée du 29 novembre 2019, contre laquelle la société WM WRIGLEY Jr forme un recours en annulation le 28 février 2020.

La société soutient avoir déposé dans les délais sa demande d'enregistrement.

Ayant considéré qu'il s'agissait d'un dépôt multiple, l'OAPI lui a demandé le paiement de taxes complémentaires de dépôt multiple et de correction pour un montant total de 45 000 FCFA.

La société allègue qu'un « paiement modifié a été décidé le 31 octobre 2014 à déduire du compte de l'OAPI auprès de l'Union Bank of Africa pour payer le reliquat de quarante-cinq mille (45 000) FCFA et qui est toujours sur ledit compte ».

Elle indique cependant que ce paiement n'aurait pas été notifié à l'OAPI par erreur, mais que le règlement des taxes ayant été effectué, ce défaut de notification du paiement ne pouvait entraîner le rejet de la demande d'enregistrement.

Le directeur général de l'OAPI indique pour sa part qu'une demande de régularisation a été notifiée à la société par lettre du 20 octobre 2014, suivie d'une relance le 15 février 2018, sans que cette régularisation intervienne.

La Commission confirme la décision de rejet de la demande d'enregistrement par une motivation qui ne peut pleinement satisfaire l'interprète.

En premier lieu parce qu'elle indique, en utilisant le conditionnel, qu'il ressortirait des écritures et pièces produites par la société WM WRIGLEY Jr « des indications et références du dépôt du montant et des taxes qu'elle aurait effectué sur le compte de l'OAPI et dont notification n'a jamais été faite à ladite Organisation » (notre soulignement).

L'emploi du conditionnel est des plus regrettable puisqu'il entretient le doute quant à l'objet du débat porté devant la Commission : soit le paiement des taxes n'est pas effectué et la question est alors celle de l'incidence d'un défaut de paiement de ces taxes sur la demande d'enregistrement, soit le paiement est effectif mais n'est pas porté à la connaissance de l'OAPI, comme le soutenait la société, et la question est alors celle de la portée de cette absence de notification.

La Commission, qui disposait de tous les justificatifs produits par la société pour prouver le paiement qu'elle alléguait avoir effectué, ne pouvait se permettre d'utiliser le conditionnel sur ce point.

Il semble néanmoins que malgré cette rédaction maladroite, la Commission ait tenu le paiement pour acquis mais qu'elle a confirmé la décision de rejet aux motifs que « le défaut de notification expresse à l'OAPI, même justifié par une inattention ou oubli est inopérant ».

La Commission se fonde pour cela sur l'article 8 alinéa 1)b) de l'annexe IV de l'ABR, dont la lecture, combinée à celle de l'article 11 du même texte, ne rend pas la réponse si évidente.

L'article 8 dispose en effet en son point 1)b) que quiconque veut obtenir l'enregistrement d'un dessin ou modèle industriel doit joindre à son dossier la pièce justificative du versement à l'Organisation des taxes prescrites.

Cependant, l'article 11 énonce en son point 2) que « [t]oute demande dans laquelle n'ont pas été observées les conditions de forme visées à l'article 8 à l'exclusion de la lettre b) de l'alinéa 1) et la lettre b) de l'alinéa 1) de l'article 9 est irrégulière » (notre soulignement).

Ainsi, la demande d'enregistrement qui ne contiendrait pas le justificatif du versement à l'OAPI des taxes prescrites ne serait pas irrégulière pour ce seul motif, et ne serait dès lors pas concernée par la procédure de régularisation avant rejet prévue par l'article 11 de l'annexe IV de l'ABR.

Ce que confirme par ailleurs l'importance des délais écoulés entre le dépôt de la demande d'enregistrement de la société WM WRIGLEY Jr en avril 2013 et la décision de rejet prise en novembre 2019, soit six ans et sept mois.

Or, l'article 11 prévoit que le rejet est prononcé en l'absence de régularisation dans un délai de trois mois, pouvant exceptionnellement être prolongé de 30 jours, suivant la notification de la demande de régularisation au déposant.

La décision prise par la Commission est par conséquent sujette à critique. Ce d'autant que le texte qu'elle vise, s'il prévoit la production de la pièce justificative de l'acquittement des droits, n'exige pas de notification de ce paiement à l'OAPI (sauf à considérer que pour la Commission, notification du paiement et production des justificatifs du paiement auraient un même sens. Ce que nous n'osons penser).

Or, c'était la question en débat, de sorte qu'en établissant la réalité de ce paiement, la société WM WRIGLEY Jr apparaissait bien fondée dans son recours en annulation de la décision de rejet de sa demande d'enregistrement, au demeurant fort tardive.

Il est évident que ne saurait être envisagé l'enregistrement d'un dessin ou modèle industriel sans que soient acquittées les taxes prescrites. Mais il ne ressort pas de l'annexe IV que le législateur a voulu que le défaut de production de la pièce justifiant le paiement de ces taxes entraîne le rejet de la demande.

À tout le moins, il a introduit une regrettable incertitude en excluant expressément la lettre b) de l'alinéa 1) de l'article 8 des conditions de forme dont l'inobservation entraîne l'irrégularité de la

demande d'enregistrement d'une part, sans prévoir les conséquences précises de l'inobservation de cette formalité, d'autre part.

L'ABR, dans sa version résultant de l'acte du 14 décembre 2015, n'est pas plus rassurant. En effet, l'article 16, 2) s'inspire trop fortement du libellé de l'article 11 de l'ABR de 1999 : il maintient l'exclusion du sous alinéa b) de l'alinéa 1) de l'article 8 alors que cet alinéa 1), dans la nouvelle rédaction de l'article 8, ne comporte pas de sous alinéa.

R. M.

II- CRÉATIONS LITTÉRAIRES ET ARTISTIQUES

A- *Do Media Limited* [Côte d'Ivoire, 2020]

Gestion collective – Œuvres étrangères – Artistes interprètes – Droit à rémunération – Phonogrammes – Mandat de gestion des droits

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de commerce d'Abidjan démontre que la question de la gestion des œuvres des auteurs étrangers est devenue cruciale du fait de la mondialisation. Les faits de l'espèce se présentent ainsi : une entreprise spécialisée dans la distribution de contenus multimédias (ci-après « DO MEDIA LIMITED ») s'était engagée à fournir à la société MTN Côte d'Ivoire des contenus musicaux constituant la propriété d'auteurs d'origine nigériane dont elle s'était présentée comme étant la représentante. En contrepartie, la société MTN Côte d'Ivoire, qui devait exploiter lesdites œuvres par le moyen des Ring Back Tone, s'était engagée à lui reverser les fonds générés par l'exploitation desdits contenus, y compris les droits d'auteur. Par la suite, le Bureau ivoirien du droit d'auteur (ci-après « BURIDA ») a contraint la société MTN à déposer entre ses mains les sommes correspondant à l'exploitation envisagée. Des démarches amiables ont alors été entreprises. Pendant ces démarches, le BURIDA a exigé que la société DO MEDIA lui produise les mandats qui lui octroient le droit de procéder à la perception des sommes en cause. Ces mandats ont été effectivement produits, mais selon toute vraisemblance, ils couvraient des périodes postérieures à celles correspondant aux sommes perçues.

La Cour d'appel (*Société DO MEDIA LIMITED* c. *Bureau ivoirien du droit d'auteur dit BURIDA*, Cour d'appel de commerce d'Abidjan, 4e ch., RG N° 883/2019 du 26 février 2020), à la suite du Tribunal de commerce d'Abidjan, rejette la demande de restitution

desdites sommes, introduite par DO MEDIA. Elle s'appuie principalement sur le pouvoir exclusif conféré au BURIDA par la loi ivoirienne, dans le cadre de licence légale permettant l'utilisation des phonogrammes du commerce, qui donne lieu à une rémunération équitable. Au fond, deux questions de droit devaient être tranchées : la première était celle de la nature juridique de l'exploitation des œuvres musicales par le moyen de Ring Back Tone à laquelle procèdent souvent les sociétés de téléphonie et la seconde, celle des pouvoirs des organismes de gestion collective nationaux vis-à-vis des œuvres d'auteurs étrangers.

À vrai dire, la seconde question devait être résolue, sur le plan intellectuel, avant la première. En effet, si le juge avait estimé que le BURIDA n'avait aucun pouvoir dans la gestion des œuvres en cause, il aurait rejeté les prétentions du BURIDA, et ce dernier aurait été contraint de restituer les sommes perçues à MTN Côte d'Ivoire ou de les reverser à DO MEDIA. Il n'en a rien été. Bien au contraire, les juges successifs saisis du litige ont estimé que le BURIDA est « l'organisme chargé, à titre exclusif, de gérer les droits à rémunération des artistes interprètes et producteurs de phonogrammes ». En ce qui concerne le juge d'appel, il appuie son raisonnement, à la fois sur la Convention de Berne et sur la loi ivoirienne du 26 juillet 2016 relative au droit d'auteur et aux droits voisins. En ce qui concerne la Convention de Berne, il tire argument des principes du traitement national, de protection automatique des œuvres de l'esprit et d'indépendance de la protection. Quant à la loi ivoirienne, il évoque son article 3, alinéa 1er, qui permet son application aux œuvres des ressortissants étrangers publiées pour la première fois en Côte d'Ivoire et aux œuvres qui ont droit à une protection en vertu d'un traité international auquel la Côte d'Ivoire est partie. Ce raisonnement, bien que très bien mené, est malheureusement inopportun pour la question soulevée. En effet, il permet de répondre à la question de savoir si les œuvres litigieuses étaient protégées en Côte d'Ivoire et non à celle du pouvoir du BURIDA sur ces œuvres. Or, aucune partie au litige ne contestait ladite protection. Bien au contraire, c'est parce que cette dernière était acquise que la désignation de la personne morale compétente pour percevoir les redevances sur le territoire ivoirien était discutée.

Le juge a opté pour l'octroi de ce pouvoir au BURIDA, bien que l'appelant ait argué de ce que les auteurs en cause lui avaient donné mandat et, surtout, que ces auteurs n'étaient ni sociétaires du BURIDA, ni d'aucune autre entité étrangère de même nature à laquelle ils auraient cédé leurs droits.

Cette solution est pour le moins critiquable. En effet, la question de la qualité à agir des organismes de gestion collective pour la défense des œuvres d'auteurs étrangers s'est déjà posée en jurisprudence. La réponse est constante : lorsque les auteurs en cause appartiennent à un organisme de gestion collective étranger, il ne saurait être possible pour l'organisme national de défendre leurs intérêts en l'absence d'une convention de représentation réciproque. Cette réponse reprise par un juge nigérien (voir l'observation de Yvon Laurier NGOMBÉ à propos de l'affaire *Société Europress-Editores e distribuidores de publicacoes Lda* c. *Compagnie Beauchemin International Inc.*, Tribunal régional de Niamey, ordonnance de référé N° 124 du 20 juillet 2004, dans « Le contentieux de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI et dans l'espace ARIPO », (2014) 26-3 *C.P.I.* 767, 782) rappelle la seconde dimension du problème, plus proche des faits de l'espèce : les organismes de gestion collective sont-ils habilités à défendre les intérêts des titulaires de droits qui ne sont pas leurs membres ? Pour la jurisprudence française, la réponse est négative (voir p. ex. Cass. 1re civ., 19 fév. 2013, *D.* 2013, p. 67, note P. Allaeys). D'ailleurs, selon toute vraisemblance, même lorsque le titulaire de droit a adhéré à la société de gestion collective, il faut encore que l'œuvre objet de la contrefaçon figure sur le répertoire de l'organisme demandeur (*cf.* Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, 1re éd., Paris, Précis Dalloz, 2009, n° 1141 ; CA Paris, 10 juil. 1990, *RIDA* 1991/1, p. 315). Dans cette logique, la position retenue par le juge ivoirien aurait dû être tout autre, ce qui aurait rendu inutile la réponse à la question de la nature juridique de l'exploitation des œuvres par le moyen des Ring Back Tone. Celle-ci peut-elle être insérée dans le cadre de la licence légale en faveur des utilisateurs des phonogrammes du commerce ?

La question n'est pas simple. En effet, la licence légale relative à l'utilisation des phonogrammes du commerce bénéficie non seulement aux organismes de radiodiffusion, mais aussi à toute personne qui procède à une communication au public, dès lors que le phonogramme ou une reproduction dudit phonogramme est utilisé « directement ». Par conséquent, et de manière générale, pour répondre à la question posée, il faut se demander si les conditions devant permettre à un utilisateur de bénéficier de ladite licence et, donc, d'être exempté de l'obligation d'obtenir une autorisation particulière étaient réunies. Pour le cas d'espèce, il faut tout de même rappeler que si ces conditions étaient réunies, l'objectif recherché était de permettre au BURIDA d'exercer la gestion collective obligatoire prévue par la loi ivoirienne, par le truchement de laquelle les bénéficiaires de l'exploitation effec-

tuée devaient entrer en possession de leurs redevances. Le caractère « direct » de l'utilisation des œuvres permet de distinguer la situation où l'œuvre est représentée par des interprètes présents devant le public et celle où elle se fait par le truchement d'un appareil lecteur. Mais ce raisonnement ne peut être tenu à l'égard d'un phonogramme : ce dernier ne peut être communiqué que par le truchement d'un lecteur. Il en découle que sa communication ou celle d'une reproduction de ce phonogramme sera toujours « directe », à moins qu'une telle utilisation soit faite dans un spectacle ; car, dans ce cas, l'utilisation du phonogramme deviendrait un élément dudit spectacle (André LUCAS, Agnès LUCAS-SCHLOETTER et Carine BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5e éd., Paris, LexisNexis, 2017, n° 1439). Au total, si l'on s'en tenait à la nature juridique de l'exploitation, celle-ci pouvait effectivement rentrer dans le cadre de la licence légale prévue par la loi ivoirienne, ce qui habilitait effectivement le BURIDA à percevoir les redevances au titre de l'utilisation des œuvres des auteurs nigérians en cause, à prélever les frais de gestion et à reverser la fraction revenant à ces auteurs. Reste qu'il n'y avait, en l'espèce, aucune relation juridique entre le BURIDA et eux.

J. F.

B- *BURIDA* c. *Gnacadja Nouyeton Sophie* [Côte d'Ivoire, 2019]

Qualité de restaurateur – Location du matériel d'exécution des œuvres musicales – Autorisation d'exécution – Défaut de paiement de la redevance – Contrefaçon de droit d'auteur

Malgré l'autorisation de la société de gestion collective des droits d'auteurs et des droits voisins, est constitutif de contrefaçon de droit d'auteur le fait pour un entrepreneur de spectacle d'exploiter les œuvres protégées sans en avoir payé la redevance.

En l'espèce, la société de gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins de la Côte d'Ivoire, le BURIDA en sigle, a attrait en justice un entrepreneur de spectacle qui exécutait les œuvres musicales dans son restaurant sans pouvoir acquitter ses redevances d'auteur (l'article 1er de la *Loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative au droit d'auteur et aux droits voisins* attribue la qualité d'entrepreneur de spectacle à quiconque fait représenter ou exécuter à destination du public et dans un lieu admettant le public des œuvres protégées).

En sa qualité de représentant et mandataire légal des créateurs des œuvres de l'esprit (art. 136 et 146 de la loi susvisée prévoient que l'organisme de gestion collective a le droit d'obtenir le paiement des frais occasionnés par l'acte de violation, y compris les frais de justice), le BURIDA a sollicité du tribunal de première instance d'Abidjan le règlement des arriérés de la redevance d'auteur due, le paiement des dommages-intérêts en guise de réparation du préjudice subi par l'acte de contrefaçon et la confiscation du matériel contrefaisant saisi (art. 145 de la loi précitée dispose : « la confiscation des objets contrefaisants est prononcée dans tous les cas »).

L'entrepreneur de spectacle, pour sa part, a contesté cette qualité en estimant que son activité, qui se limite à la restauration, n'admettait pas l'exécution des œuvres protégées par le BURIDA (voir en ce sens Tribunal de grande instance hors classe de Niamey, 28 mars 2007, 2007 TPI 60 (JN). Voir également, Affaire *Lagon II* c. *BSDA* : Cour d'appel de Dakar, arrêt n° 412, *Revue EDJA*, n° 10, décembre 1988, p. 7 (Lagon II était un hôtel bar-restaurant)). Et pourtant, ledit entrepreneur de spectacle avait sollicité et obtenu l'autorisation légale aux fins de l'exécution des œuvres musicales dans son restaurant.

Par ailleurs, une tierce personne qui entreposait le matériel destiné à l'exécution d'œuvres musicales dans les locaux du restaurant a ensuite réfuté le fait d'exploitation desdites œuvres mis à charge de la défenderesse. Toutefois, le prétendu entreposant du matériel en cause n'a pas apporté la preuve du paiement du prix de la location.

Ainsi, sur le fondement des articles 19 et 71 de la loi ivoirienne n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative au droit d'auteur et aux droits voisins soumettant tout entrepreneur de spectacle au paiement de la redevance, le tribunal de première instance d'Abidjan (T.I. Abidjan, RG n° 707/2018, jugement civil n° 375 du 11 avril 2019) a jugé bien fondée l'action du BURIDA.

La question que l'on peut se poser est celle de savoir si la motivation du juge a été suffisante face à la contestation soulevée par la défenderesse dès lors qu'il n'existe pas de preuve réelle d'exécution des œuvres protégées. La présence du matériel sur les lieux tout comme l'existence de l'autorisation d'exécution musicale peuvent être des indices, lesquels n'attestent pas nécessairement l'exploitation des œuvres protégées, véritable fait générateur de la redevance d'auteur réclamée.

Un constat de l'exécution effective des œuvres musicales aurait valablement justifié la condamnation au paiement de la redevance d'auteur. Une description des conditions d'exécution publique des œuvres aurait renforcé l'appareil probatoire en plus de la saisie-contrefaçon pratiquée du matériel de musique (voir en ce sens Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle. Droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, 3e éd., Paris, L.G.D.J./ Lextenso, 2014, p. 786 et s.). Les conséquences de l'acte de contrefaçon sont tellement importantes que la preuve de sa matérialité se doit d'être rigoureuse (voir *supra*, concernant les dessins et modèles, affaire *AB PLAST*).

J.-P. K.O.

C- *Mercy Munee Kingoo et Lydia Nyva Kingai* c. *Safaricom Ltd. et Procureur général* [Kenya, 2016][8]

Gestion collective – Liberté d'association – Rémunération équitable

Cette affaire opposait d'un côté deux artistes, compositrices, interprètes d'œuvres musicales et audiovisuelles et de l'autre la société Safaricom, opérateur téléphonique exploitant une plateforme de musique en ligne. Cette plateforme permet aux abonnés de Safaricom de télécharger du contenu musical sous forme de sonnerie d'appel (Ring Tone Back). Les artistes avaient conclu avec Safaricom un contrat afin de numériser leurs œuvres musicales et d'en permettre le téléchargement via le portail Skiza Tunes (de Safaricom). En application de ce contrat, des redevances étaient versées par le biais de la plateforme à partir de l'année 2008.

En décembre 2012, le Parlement kényan adoptait un texte modifiant la *Loi sur le droit d'auteur*[9]. À la faveur de cette modification, un article 30A est inséré à la *Loi sur le droit d'auteur*. Cet article prévoit :

> (1) If a sound recording is published for commercial purposes or a reproduction of such recording is used directly for broadcasting or other communication to the public, or is publicly performed, a single equitable remuneration for the performer and the producer of the sound recording shall be paid by the

8. High Court of Kenya at Malindi, *Constitutional Petition nº 5 of 2016*, eKLR Report 2019, en ligne : <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/127554/>.
9. Voir Yvon Laurier NGOMBÉ, « Chronique d'Afrique », (janvier 2015) *RIDA* nº 243, p. 237 et s.

> user through the respective collective management organization, and the remuneration shall be shared equally between the producer of the sound recording and the performer.
>
> (2) If a fixation of a performance is published for commercial purposes or a reproduction of a fixation of a performance is used for broadcasting or other communication to the public, or is publicly performed, a single equitable remuneration for the performer shall be paid by the user to the collective management organization.[10]

Se fondant sur cette nouvelle disposition légale, la société Safaricom décidait de cesser de verser aux artistes les redevances stipulées au contrat pour les adresser à un Organisme de gestion collective (en l'occurrence la Music Copyright Society of Kenya).

Considérant que le texte sur lequel leur cocontractant se basait était anticonstitutionnel, les artistes décidaient de saisir la High Court[11] de Malindi afin d'obtenir le versement des redevances stipulées au contrat.

La High Court avait alors à se prononcer sur l'inconstitutionnalité de l'article 30A de la *Loi sur le droit d'auteur* tel qu'inséré par la révision de 2012.

Au soutien de leurs prétentions, les demanderesses relevaient, notamment, que l'article 30A est contraire à la liberté d'association, garantie par l'article 36 de la loi kenyane. En effet, précisaient les demanderesses, le nouvel article 30A oblige les artistes qui ont conclu des contrats avec des plateformes de téléchargement à adhérer à l'une des sociétés de gestion collective agréées par le Kenya Copy-

---

10. (1) Si un enregistrement sonore est publié à des fins commerciales ou si une reproduction de cet enregistrement est utilisée directement pour la radiodiffusion ou toute autre communication au public, ou encore s'il est exécuté en public, une rémunération équitable unique pour l'artiste-interprète et le producteur de l'enregistrement sonore est versée par l'utilisateur par l'intermédiaire de l'organisme de gestion collective respectif, et la rémunération est partagée également entre le producteur de l'enregistrement sonore et l'artiste-interprète.
(2) Si une fixation d'une prestation est publiée à des fins commerciales ou si une reproduction d'une fixation d'une prestation est utilisée pour la radiodiffusion ou toute autre communication au public, ou si elle est exécutée en public, une rémunération équitable pour l'artiste interprète ou exécutant est versée par l'utilisateur à l'organisme de gestion collective. (Notre traduction)
11. Entendre, en droit kenyan, juridiction d'un niveau plus élevé que la Magistrate Court mais moins élevé qu'une Court of Appeal.

right Board (KECOBO). En effet, observaient les demanderesses, aux termes de ce texte, les redevances doivent être versées par les plateformes aux organismes de gestion collective (ci-après « OGC »)[12]. Ensuite, les OGC rétrocèdent à leurs adhérents la part qui leur est respectivement due au titre de la rémunération équitable. Or, ajoutaient les demanderesses, les non-adhérents ne peuvent percevoir ces sommes.

Quant à la société Safaricom, exploitante de la plateforme de téléchargement, elle considérait que c'était à bon droit qu'elle avait cessé de verser des redevances aux artistes, dans la mesure où elle avait conclu un accord avec un OGC à cet effet.

Sur ce point, la High Court a considéré qu'il serait injuste que les artistes ne perçoivent leurs redevances que par l'intermédiaire des OGC si les frais retenus sur les redevances par ces derniers sont plus élevés que ceux des partenaires librement choisis par les artistes. Pour la High Court, si toutes les redevances devaient être payées par l'intermédiaire des OGC, il en résulterait qu'un artiste ne pourrait percevoir de redevances qu'à la condition d'adhérer à l'un des trois OGC agréés au Kenya. Cela porterait atteinte, selon la High Court, à la liberté de ne pas adhérer à une association ou à celle d'adhérer à l'association de son choix. Pour la High Court, le texte critiqué est donc inconstitutionnel. Les auteurs et les titulaires de droits voisins ne pouvaient donc se voir imposer une adhésion aux OGC.

On retient de cette décision le rappel, en droit Kenyan, de l'interdiction de la gestion collective obligatoire au nom de la liberté d'association, laquelle constitue une liberté fondamentale garantie par la Constitution. La décision emporte, de ce point de vue, l'adhésion.

On observera néanmoins que le litige portait sur des redevances dues, notamment, pour les fichiers téléchargés par des utilisateurs à partir de la plateforme exploitée par Safaricom. Or, ces

12. Art. 30A :
(1) If a sound recording is published for commercial purposes or a reproduction of such recording is used directly for broadcasting or other communication to the public, or is publicly performed, a single equitable remuneration for the performer and the producer of the sound recording shall be paid by the user through the respective collective management organization, and the remuneration shall be shared equally between the producer of the sound recording and the performer.
(2) If a fixation of a performance is published for commercial purposes or a reproduction of a fixation of a performance is used for broadcasting or other communication to the public, or is publicly performed, a single equitable remuneration for the performer shall be paid by the user to the collective management organization.

téléchargements constituent ou doivent être assimilés à des ventes de phonogrammes et non à des radiodiffusions ou à des exécutions publiques de phonogrammes au sens des dispositions relatives à la licence légale compensée par un droit à rémunération équitable telle que prévue par la Convention de Rome[13] ou par la loi kényane. On pouvait, par conséquent, considérer que ces ventes relevaient en fait du monopole des artistes qui pouvaient percevoir directement de leur cocontractant les redevances afférentes. Il semble que ce point aurait également pu, avec pertinence, être soulevé par les demanderesses. On aurait pu s'interroger sur la question de savoir si les artistes avaient contracté en tant qu'interprète ou en tant qu'auteures. La rémunération équitable ne serait alors pas applicable… Mais c'est une autre question…

Y.L. N.

D- *Société Panorama Media Production* c. *Mohamed Salah A. Nada* [Égypte, 2021]

Propriété littéraire et artistique – Droit d'auteur – Idée de concours – Programme télévisé – Protégeabilité (non) – Forme – Originalité – Appréciation de l'originalité – Pouvoir souverain des juges du fond – Mission de l'expert – Rapport d'expertise – Certificat de dépôt

Cette affaire importante relative à l'idée d'« *Al-Fawazir* de Shahriar et de Shéhérazade » nous permet de revenir sur une pratique bouleversante fort critiquable que subit le droit d'auteur en Égypte depuis de nombreuses années qui consiste à déposer, voire à protéger, de simples idées et concepts, des méthodes intellectuelles, etc. en méconnaissance des principes directeurs du droit d'auteur. Par ailleurs, elle apporte des précisions importantes sur le rôle des juges du fond dans l'appréciation de l'originalité d'une œuvre ainsi que sur le contrôle exercé à cet égard par la Cour de cassation sur la motivation des décisions des juges du fond.

En l'espèce, un journaliste, Mohamed Salah A. Nada (le défendeur au pourvoi), avait immatriculé une idée auprès de l'Autorité du registre foncier qui consiste dans la préparation d'un programme télévisé de concours sous la forme d'un dessin animé relatif à des « devinettes » (appelées en arabe « *Al-Fawazir* ») des personnages historiques Shahriar et Shéhérazade (Shérazade ou Shéhérazade est

13. Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), *Guide de la Convention de Rome et de la Convention Phonogrammes*, Genève, 1981, p. 62 et s.

un personnage de fiction et conteuse du livre des *Mille et Une Nuits*). Il convient de noter qu'il était courant depuis de nombreuses années de déposer des objets de droits de propriété intellectuelle (feuilleton, musique, idée de programme télévisé, idée d'invention, etc., tous domaines confondus), voire des *objets inutiles*, auprès de l'Autorité du registre foncier, et ce, à des fins de documentation et de protection. Or, conformément à la *Loi n° 82 de 2002 sur la protection des droits de propriété intellectuelle*, cette autorité n'est pas compétente pour les formalités visant à enregistrer les différents objets de droits de propriété intellectuelle. À cet égard, le Code égyptien de la propriété intellectuelle prévoit d'autres autorités compétentes en fonction du genre de l'œuvre.

Après avoir découvert que son idée a été exploitée et diffusée sur une chaîne de télévision sans son consentement, Mohamed Salah A. Nada assigne la société Panorama Media Production devant la Cour économique du Caire (Cour économique, ch. d'appel, 26 déc. 2017, affaire n° 931/8e A.J.) en violation des droits d'auteur ainsi qu'en paiement des dommages-intérêts à titre de réparation du préjudice matériel et moral qu'il a subi. En bref, il estime être l'auteur d'une « idée originale » au terme de laquelle il a développé la performance verbale des contes de Shahriar et de Shéhérazade et que la chaîne de télévision a violé cette idée en la diffusant sous la forme d'un dessin animé.

Par un jugement préliminaire, la Cour économique décide de faire appel à un expert inscrit sur la liste des experts qualifiés en matière de propriété intellectuelle afin d'apprécier l'éventuelle protégeabilité de l'idée en cause et sa prétendue originalité, les formalités qui ont été prises par chacune des parties pour protéger leur droit (en l'occurrence, l'enregistrement auprès de l'Autorité du registre foncier) et d'apprécier la contrefaçon en fonction des éventuelles ressemblances ainsi que de trancher les questions y afférentes.

Sur la base du rapport d'expertise, la chambre d'appel de la Cour économique, dans son jugement du 26 décembre 2017, fait droit à la demande de l'auteur de l'idée litigieuse, n'hésitant pas à qualifier celle-ci d'œuvre originale et créative qui bénéficie de la protection juridique et à condamner la société à verser la somme de 200 000 livres égyptiennes (environ 11 224 €) à titre de dommages et intérêts pour avoir violé ladite idée !

C'est dans ces conditions que la société a formé un pourvoi en cassation pour casser et annuler la décision. Sur le premier et le second moyen du pourvoi, la société demanderesse fait grief à l'arrêt

attaqué de ne pas avoir motivé suffisamment sa décision en appliquant faussement la loi, et ce, en décidant de la condamner à payer des dommages et intérêts sur la base des constatations tirées du rapport diligenté par l'expert dans l'action au fond. Aux termes de ce rapport d'expertise, l'expert avait conclu à l'attribution de l'idée litigieuse au défendeur au pourvoi en sa qualité d'auteur et avait retenu la violation de l'idée par la chaîne de la société en la diffusant sous la forme d'un dessin animé. Par ailleurs, la société demanderesse fait valoir que l'idée litigieuse ne revêt pas un caractère original et est dépourvue de tout caractère créatif, car elle consiste purement et simplement dans une « idée de concours » (voir déjà pour la jurisprudence française : Cass. Civ. 1re ch., 29 nov. 2005, *Sté Marie-Claire Album* c. *Mme T. Hamel*, pourvoi nº 04-12.721, Bull. civ. I, nº 458, à propos de l'idée d'organiser un concours de beauté : *D.* 2006, AJ, p. 145, obs. J. Daleau ; *Jur. P.* 517, note A. Tricoire ; *RTD com.* 2006. 78, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Comm. Com. électr.* 2006, nº 18, note C. Caron ; *JCP* 2006. I. 103, nº 3, obs. C. Caron ; *RIDA* avr. 2006, p. 205, note A. Kéréver ; *Légipresse*, nº 232, note A.-E. Kahn. Selon la Cour de cassation : « Les règles d'un concours, même si elles procèdent de choix arbitraires, ne peuvent, indépendamment de la forme ou de la présentation originale qui ont pu leur être données, constituer en elles-mêmes une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur. » Adde Paris, 13 déc. 1973, *RIDA* 1974, 129. Dans le même sens : CA Paris, 4e ch., 29 juin 1977, *MEO* c. *Raibaut et Comité Miss France, Ann. Propr. Ind.* 1978, p. 219, à propos de l'idée d'organiser un concours de beauté « Miss France » ; TC Paris, 10 mai 1994, *TP* c. *TF1, RDPI* 1994, nº 52, p. 68, à propos de l'idée d'une émission de télévision traitant du sujet des français détenus dans le Goulag, car « il s'agit d'un thème appartenant à l'histoire et ne pouvant faire l'objet d'une appropriation ») qui, en tant que telle, ne saurait bénéficier de la protection juridique de sorte qu'il n'est pas possible de se prévaloir de l'enregistrement de l'idée auprès de l'autorité du registre foncier. Comme le relève la société demanderesse, cette formalité est sans incidence sur le terrain du droit d'auteur à partir du moment où la loi nº 82 de 2002 ne l'a pas conditionné pour que l'œuvre soit opposable aux tiers. En outre, la société reproche à l'arrêt attaqué de ne pas avoir démontré la nature de la faute alléguée commise par ses soins, ni avoir rapporté la preuve de ladite faute en lien avec le préjudice subi et le lien de causalité entre les deux. En l'espèce, l'expert a déduit la faute à l'encontre de la société du fait de la simple présence du logo de la chaîne.

Par un arrêt du 28 mars 2019, la chambre civile et commerciale de la Cour de cassation (Cass. civ. et com., 28 mars 2019, pourvoi nº 7133/88e A.J.) accueille le pourvoi et casse l'arrêt de la chambre

d'appel de la Cour économique du Caire, pour violation de la loi et sa fausse application, au motif que l'idée litigieuse est dépourvue d'originalité et de créativité en tant que simple idée qui n'a pas revêtu une forme d'expression concrète ou implique une création intellectuelle nouvelle ou un ajout d'idée différente. C'est ainsi que la Cour de cassation statue sur le fond et décide que l'idée ne saurait faire l'objet d'une protection juridique ni de droit privatif de propriété intellectuelle en dépit de son enregistrement auprès de l'autorité du registre foncier. Dans l'espèce commentée, il n'y avait aucun projet d'« œuvre » au sens du terme, mais une simple « idée de concours » / « idée de programme télévisé », qui ne s'est pas traduite, dans une création de forme, que ce soit sur le plan de la composition ou de l'expression.

L'arrêt de la Cour de cassation vient rappeler fermement le principe selon lequel les idées sont de libre parcours. Au visa de l'article 141, alinéa 1 du Code égyptien de la propriété intellectuelle (à titre de référence, la Cour de cassation cite l'article 9.2 de l'Accord sur les ADPIC en précisant que le législateur égyptien a utilisé les mêmes expressions figurant dans ledit article qui exclut expressément du champ de la protection les simples idées, procédures, méthodes de travail, moyens de fonctionnement, concepts, principes, découvertes et données (informations), même s'ils sont exprimés, décrits, illustrés ou inclus dans une œuvre), la Cour de cassation éclaircit la volonté du législateur visant à exclure les idées abstraites faute de caractère original dans ces dernières. Pourtant, il nous semble que l'exclusion des idées ne se justifie pas par l'absence d'originalité mais plutôt par la nécessité de protéger la liberté de penser et de ne pas paralyser la liberté de création, faute de quoi cela reviendrait à octroyer un monopole d'exploitation sur les idées non matérialisées dans une création de forme, et ce, en contradiction avec la philosophie du droit d'auteur. La loi, poursuivent les magistrats, protège les auteurs d'œuvres quels que soient leur genre, leur mode d'expression, leur importance ou leur destination à condition que l'œuvre soit originale permettant de déceler la personnalité de l'auteur, et qu'elle soit concrétisée dans une forme matérielle. À défaut, l'idée litigieuse ne saurait être érigée au rang de l'œuvre digne de protection sans qu'il soit, semble-t-il, nécessaire de s'interroger sur son originalité. À vrai dire, on chercherait vainement l'empreinte d'une personnalité dans cette idée non créative.

S'agissant du rôle des juges du fond dans l'*appréciation de l'originalité*, la Cour de cassation met les choses à leur place et apporte des précisions importantes à ce sujet. Elle prend le soin de rappeler, tout d'abord, que les juges du fond, bien qu'ils disposent d'un pouvoir

souverain pour caractériser les éléments de l'originalité d'une œuvre pour que son auteur bénéficie de la protection juridique, doivent, cependant, mettre en exergue les éléments de preuve à partir desquels ils ont formé leur conviction pour parvenir à leur conclusion, et ce, pour que la Cour de cassation puisse être en mesure d'exercer son contrôle. La Haute juridiction rappelle que le rôle de l'expert dans l'affaire n'est qu'un moyen de preuve destiné à vérifier et à constater un fait précis qui nécessite d'y cueillir des informations techniques particulières de sorte que ce dernier n'a pas à statuer sur des questions d'ordre juridique qui relèvent du seul office du juge ; celui-ci ne saurait déléguer ces questions à autrui.

C'est ainsi que, sur la base des conclusions du rapport d'expertise, la décision attaquée y a vu une certaine manifestation d'une originalité dans l'idée litigieuse en la qualifiant d'œuvre originale et créative protégeable, et a retenu l'atteinte de la société. La Cour de cassation estime que la Cour économique a privé sa décision de base légale en fondant sa solution sur le rapport de l'expert qui n'a ni démontré le fondement des motifs à partir desquels il a tiré le résultat de ses conclusions, ni montré la source d'où il a puisé son opinion pour caractériser l'originalité et la créativité de l'œuvre lui conférant la protection, laquelle est considérée comme une question juridique qui a été tranchée par l'expert.

Par ailleurs, l'expert n'a pas pris le soin d'éclaircir les éléments de l'originalité pour qu'ils soient soumis au contrôle de la Cour économique, qui dispose du pouvoir souverain d'apprécier l'originalité de l'œuvre, se bornant à indiquer les parties du programme télévisé qu'il a regardées. Le fait que l'expert ait évoqué dans son rapport que l'idée litigieuse bénéficie de la protection juridique du fait de son enregistrement auprès de l'Autorité du registre foncier ne saurait qualifier purement et simplement cette idée d'œuvre originale digne de protection dans la mesure où la loi n° 82 de 2002 ne produise un quelconque effet à cet égard. Pour trancher l'affaire, le juge a fait dudit rapport le fondement de sa décision, sans pour autant étayer suffisamment les motifs qui ont mené à sa conclusion. En statuant ainsi, la décision attaquée a manqué de base légale qui implique sa cassation.

En effet, comme le rappelle la Cour de cassation, la désignation d'un expert dans l'affaire n'est qu'un moyen de preuve destiné à vérifier une réalité précise nécessitant la révélation d'informations techniques particulières sans pour autant trancher les questions

d'ordre juridique. Il s'agit d'un devoir du juge, qui ne saurait le céder ou le déléguer à autrui. La prise en compte du rapport d'expertise par les juges du fond est conditionnée au fait que la Cour explicite comment le rapport véhiculait le sens de ce que l'expert en a déduit en l'espèce. La qualification ou la disqualification de l'acte sur lequel se fonde la demande d'indemnisation comme une faute est l'une des questions qui est soumise au contrôle de la Cour de cassation exercé sur la motivation de la décision qui est, en l'occurrence, défectueuse. Soit celle-ci confirme la décision s'il s'agit d'une conclusion justifiée tirée des éléments qui conduisent aux faits de l'action, soit elle la casse à défaut de faits qui en témoignent en se fiant sur des éléments.

Cela dit, si l'arrêt de la Cour de cassation est le bienvenu en ce qu'elle décide que l'idée litigieuse n'est pas digne de protection en tant qu'« œuvre » protégeable au titre de la loi du seul fait de l'existence d'un certificat de dépôt, mettant fin à plusieurs années d'insécurité juridique et de pratiques dangereuses, toutefois, l'arrêt n'échappe guère à la critique.

À vrai dire, il manque de rigueur terminologique. En témoigne l'utilisation du terme « œuvre » pour désigner l'idée litigieuse ou en tant que synonyme ainsi que l'utilisation de termes très généraux par la Cour, notamment l'imprécision du périmètre et du sens qu'il faut donner à la notion floue d'« *ibtikar* » (synonyme de l'originalité ; ce terme figure six fois dans le CPI égyptien tant dans le livre I relatif aux brevets d'invention que dans le livre III relatif aux droits d'auteur et aux droits voisins). Quelle portée faut-il donner à ce terme ? Oscillant entre la création, l'innovation et l'invention, le sens de ce terme peut varier au gré de ses usages. En effet, ce concept est souvent le siège de toutes les confusions dans la jurisprudence égyptienne qui explique sans nul doute le glissement du terrain du droit d'auteur à celui du droit des brevets (voir à titre d'exemple : Cass. civ. com., 24 nov. 2014, pourvoi n° 11357/83e A.J. Adde Cass. Com. éco., 10 sept. 2013, pourvoi n° 13285/80e A.J. Voir Yasser OMAR AMINE, « Lettre d'Égypte – Protection des brevets d'invention en Égypte : premier bilan sur l'Office égyptien des brevets (EGPO) : 60 ans après… », (2012) 44 *Propriétés Intellectuelles* 359, 362, note 28). Si les termes *ibtikar*, *originalité* et *création* sont employés indistinctement, cependant, les trois termes désignent en réalité le même type d'acte. À vrai dire, cette confusion terminologique est entretenue tant par le vocabulaire employé par le législateur que dans les applications jurisprudentielles, qui rendent l'identification de l'objet saisi par le droit d'autant plus délicate et nous révèlent que les juges procèdent plutôt à une généralisation des droits de propriété intellectuelle, voire

des critères de protection, sans en tracer les frontières et bien saisir l'objet du droit, et elle est révélatrice de l'ambiguïté qui existe encore sur ce point. Par ailleurs, ce qui nous frappe à la lecture de l'arrêt est que les magistrats n'hésitent pas à associer le terme d'*idée* au concept d'*œuvre* en dépit de la volonté explicite de distinguer le fond (l'idée) de la forme (l'œuvre) et de délimiter les contours entre les deux. Il y a aussi, dans l'arrêt commenté, un petit glissement vers le critère de la *nouveauté* lorsque les magistrats font allusion à une *création intellectuelle nouvelle* !

En dépit de quelques critiques minimes que l'on peut adresser à l'arrêt commenté, force est de constater que l'intérêt et l'importance de celui-ci est *double*, tant sur le plan *théorique* parce qu'il met un terme à une jurisprudence constante, voire à une dérive dangereuse et courante, forgée au fil des années, qui allait à l'encontre des principes directeurs du droit d'auteur caractérisée par le dépôt et la protection de simples idées, concepts, etc. du seul fait de l'existence d'un « certificat de dépôt », que sur le plan *pratique* puisqu'il délimite les contours entre la mission de l'expert et le pouvoir souverain des juges du fond s'agissant de l'appréciation de l'originalité.

Sur le plan *théorique*, si le principe de l'exclusion des idées est aisé à proclamer, il s'avère que sa mise en œuvre en Égypte est délicate face à la prolifération des idées qui ne cessent de frapper brutalement les portes du droit d'auteur. En effet, il semble que les idées avant leur matérialisation représentent le plus grand nombre de demandes d'enregistrement qui font l'objet de dépôts tantôt auprès de l'Administration des droits d'auteur, tantôt auprès de l'Autorité du registre foncier. Or, une telle tendance risquerait de paralyser la création. Il n'est pas judicieux d'admettre de déposer de simples idées qui relèvent nécessairement du « fonds commun » ne pouvant pas ainsi faire l'objet d'une appropriation privative. N'importe qui doit pouvoir, sans encourir une condamnation pour violation du droit d'auteur, librement utiliser l'idée litigieuse. Ne pas l'admettre reviendrait à octroyer un monopole sur l'idée. Or, celle-ci appartient à tous, autant que la faculté de l'utiliser et de l'exploiter. L'examen de la jurisprudence égyptienne nous montre que la Cour économique du Caire a eu à trancher des questions les plus controversées s'agissant de la protégeabilité des idées par le droit d'auteur. L'examen d'un grand nombre des affaires soumises à la Cour économique du Caire nous montre que ces éléments risquent d'entrer dans le champ du droit d'auteur, qui est en perpétuelle expansion, sous prétexte de l'obtention d'un simple certificat de dépôt. Ainsi, la seule existence de ce dernier ne saurait suffire à revendiquer un droit d'auteur exclusif sur l'idée

litigieuse dont le rôle de ce certificat consiste seulement, dans le cadre d'un contentieux, en une mesure de précaution qui permet d'assurer une date certaine à la création de l'œuvre et de rapporter la preuve de la paternité de celle-ci. En pratique, si nous avons intérêt à déposer les créations, non pas les simples idées, toutefois, ce dépôt « n'institue au profit du déposant qu'une présomption de propriété qui peut être combattue par la preuve contraire et il ne constitue pas une présomption de création » (voir CA Paris, 4e ch., 5 mars 1990, *La Pérugina* c. *Daisy, Cah. dr. auteur* 1990, n° 30, p. 17 ; *D.* 1991. somm. 92, obs. C. Colombet. Adde CA Paris, 4e ch., 28 sept. 1988, *Metrop* c. *Florelli, Cah. dr. auteur* 1988, n° 10, p. 32 : « Le dépôt ne peut priver le titulaire de la possibilité d'établir par d'autres moyens que la création et la publication de l'œuvre remonte à une date antérieure. » Voir à titre d'exemple l'affaire emblématique de la « butte publicitaire » : Yasser OMAR AMINE, « Une "butte publicitaire" est-elle considérée comme une œuvre protégeable par le droit d'auteur en Égypte ? », *RLDI* 2011/77, n° 2573, p. 111-114 ; Yasser OMAR AMINE, « L'affaire de la "butte publicitaire" : les enseignements de la jurisprudence récente de la Cour économique du Caire en matière de droit d'auteur », *Auteurs & Média* 2014/5, p. 326-335 ; Yasser OMAR AMINE, « Pour un Nouveau roman judiciaire d'un droit d'auteur égyptien tourmenté : suite et presque fin de la saga de la "butte publicitaire" », *RFPI* 2016/2, p. 28-43).

Sur le plan *pratique*, l'arrêt a le mérite de rappeler que l'appréciation de l'originalité est une opération juridique de qualification (Josée-Anne BÉNAZÉRAF et Valérie BARTHEZ, *La preuve de l'originalité*, Rapport de mission, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Ministère de la Culture, décembre 2020, p. 8), qui, relève, en tant que telle, du seul pouvoir souverain des juges du fond qui ne sauraient déléguer sa caractérisation à un expert (Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3e éd., Paris, Précis Dalloz, 2016, p. 284 et 285, n° 283, qui soulignent : « puisque la condition d'originalité est une notion de droit, le juge ne saurait déléguer sa caractérisation à un expert qui n'est pas fondé à dire le droit […] Autrement dit, l'expert ne doit pas dire si l'œuvre est ou non originale, il doit dire au juge si tout conduit ou non à la reconnaître originale ! ». Voir cependant : CA Paris, pôle 5, 1re ch., 10 mars 2015, *S. Briolant* c. *Sarl Artnet France Sarl*, RG n° 10/15719, *Propr. Intell.* 2015, n° 55, p. 194, obs. J.-M. Bruguière). S'il revient à l'expert de vérifier les faits, la question de la qualification est réservée, au contraire, au juge. Il nous semble que cet arrêt était très attendu, car le recours à l'expertise est devenu de plus en plus courant, pour ne pas dire une coutume, dans la quasi-totalité des affaires relatives à

la propriété intellectuelle qui sont soumises aux cours économiques. À titre d'exemple, il suffit de parcourir l'ensemble des décisions rendues par la Cour économique du Caire pour se convaincre que les juges du fond ont le plus souvent recours à des experts en matière de propriété intellectuelle pour apprécier l'éventuelle atteinte et d'autres questions y afférentes. La problématique est de taille, car les experts entament dans de nombreuses espèces des analyses portant sur des questions de droit et se livrent à des appréciations d'ordre juridique. Il n'est pas rarissime de lire, dans les jugements préliminaires aux termes desquels les juges recourent à l'expertise, qu'il est demandé, entre autres, à l'expert « d'évaluer et d'apprécier le caractère original » ou non de l'objet en cause. Par ailleurs, les juges ne manquent pas malheureusement de s'appuyer fortement sur le rapport de l'expert dans la motivation de leur jugement.

En somme, la Cour de cassation semble désormais exercer un contrôle de plus en plus intense sur la motivation des décisions des juges du fond s'agissant de l'opération de qualification des œuvres et de l'appréciation de l'originalité (J.-A. BÉNAZÉRAF et V. BARTHEZ, *La preuve de l'originalité*, rapport préc., p. 11, qui relèvent : « La situation a changé avec l'intensification du contrôle de la Cour de cassation sur la motivation des décisions des juges du fond. S'il est en effet constant que ces derniers disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation de l'originalité, la Cour de cassation exerce "un contrôle de plus en plus strict sur leur motivation", portant tout autant sur l'existence de la motivation, que sur sa pertinence juridique et son caractère suffisant. »)

Y.O. A.