

Vol. 36, n° 3

L'existence du droit pénal de la propriété intellectuelle dans l'espace de l'OAPI

Edson Wencelah Toni Koumba*

RÉSUMÉ / ABSTRACT	415
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	417
INTRODUCTION	419
I- LE DROIT PÉNAL DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS L'ESPACE OAPI : UN ÉDIFICE AUX FONDEMENTS ET AUX CONTOURS JURIDIQUES PARTICULIERS.....	424
A- Les fondements du droit pénal de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI.....	424
1. Les fondements juridiques du droit pénal de la propriété intellectuelle	424
2. Les fondements historiques et socioéconomiques du droit pénal de la propriété intellectuelle	427
B- Les spécificités du droit pénal de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI.....	429
1. Un droit pénal spécial construit autour d'une infraction particulière : la contrefaçon	429

© CIPS 2024.

* Magistrat au Tribunal de Grande Instance de Brazzaville (Rép. du Congo).
[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

2.	Un droit pénal spécial construit autour d'une procédure particulière : l'ambivalence de la procédure de contrefaçon	432
II-	LE DROIT PÉNAL DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS L'ESPACE OAPI : UN ÉDIFICE QUI SE CONSTRUIT PROGRESSIVEMENT NON SANS DIFFICULTÉS	434
A-	Un édifice construit progressivement par les acteurs d'une chaîne pénale avec un rendement mitigé	435
1.	Les principaux acteurs de la chaîne pénale en matière de propriété intellectuelle	435
2.	Le rendement du juge répressif dans les États membres de l'OAPI.	438
B-	Des difficultés dans la construction du droit pénal de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI.	442
1.	Des difficultés endogènes au droit pénal de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI	442
2.	Des difficultés exogènes au droit pénal de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI	445
	CONCLUSION.	448

RÉSUMÉ

La problématique de l'existence d'un droit pénal de la propriété intellectuelle est, aujourd'hui, sujette à débat, tant le domaine est encore embryonnaire et en pleine éclosion. Son examen suscite encore plus d'intérêt lorsqu'elle est placée dans le cadre de l'Accord de Bangui et dans le contexte des États membres de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (ci-après « OAPI »). Sous d'autres cieux, certains auteurs contemporains¹, précurseurs en la matière, ont abordé le sujet en mettant en relief le caractère à la fois singulier, récent, technique et complexe de ce droit.

Plus de six décennies après l'Accord de Libreville, le nouveau législateur communautaire, soucieux de faire respecter les droits de propriété intellectuelle et de lutter efficacement contre le phénomène criminel de la contrefaçon dans l'espace OAPI, a systématiquement incorporé des dispositions répressives (de fond et de forme) dans l'Accord et ses Annexes, tout en attribuant la compétence contentieuse aux juridictions pénales des États membres². Aujourd'hui, bien qu'étant dans une phase de consolidation, le code de l'OAPI, dans ses aspects répressifs, reste à la fois autonome, mais aussi tributaire des normes pénales de droit interne³, infléchissant ainsi partiellement le principe de la souveraineté pénale des États membres⁴. C'est donc ce nouveau droit pénal spécial qui fait du juge répressif des États membres un dernier rempart contre la contrefaçon.

1. Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle, Droit d'Auteur, Brevet, Droits voisins, Marque, Dessins et Modèles*, 7^e éd., Paris, L.G.D.J., 2022, p. 1103.

2. Voir l'art. 4, al. 1^{er} de l'ABR-2015.

3. À titre d'exemple, l'article 61 de l'Annexe III sur les Marques de l'ABR-2015, renvoie aux dispositions des législations nationales des États membres relatives aux circonstances atténuantes ou aggravantes.

4. La souveraineté pénale désigne le lien intime qui unit la souveraineté et le *ius puniendi* depuis la naissance de l'État moderne. En effet, historiquement, le droit de punir a toujours été l'expression de l'autorité du souverain à l'égard de sa population et de son territoire (conf. « Colloque annuel de la Société française pour le Droit international » du 18 au 20 mai 2017, sur le thème « Souveraineté pénale de l'État au XXI^e siècle »).

MOTS-CLÉS

Droit pénal – Propriété intellectuelle - Espace OAPI – Existence – Jurisdiction – Compétence

ABSTRACT

The problem of the existence of a criminal law of intellectual property is, today, subject to debate, as the field is still embryonic and in full bloom. Its examination arouses even more interest when placed within the framework of the Bangui Agreement and in the context of the member states of the African Intellectual Property Organization (hereinafter “AIPO”). Under other skies, certain contemporary authors, pioneers in the field, have approached the subject by highlighting the singular, recent, technical and complex character of this right.

More than six decades after the Libreville Agreement, the new community legislator, keen to ensure respect for intellectual property rights and to fight effectively against the criminal phenomenon of counterfeiting, in the AIPO space, has systematically incorporated repressive provisions (substantive and form) in the Agreement and its Annexes, while attributing contentious jurisdiction to the criminal courts of the Member States. Today, although in a phase of consolidation, the AIPO code, in its repressive aspects, remains both autonomous, yet dependent on the criminal norms of domestic law, thus partially changing the principle of sovereignty criminal law of the Member States. It is therefore this new special criminal law, which makes the repressive judge of the Member States a last bulwark against counterfeiting.

KEYWORDS

Criminal Law – Intellectual Property – AIPO Space – Existence – Jurisdiction

Liste des principales abréviations

ABR	Accord de Bangui révisé
ADPIC	Aspects sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AEF	Afrique-Équatoriale française
AOF	Afrique-Occidentale française
CAM	Centre d'arbitrage et de médiation
CCJA	Cour commune de justice et d'arbitrage
CSR	Commission supérieure de recours
EUIPO	European Union Intellectual Property Office (Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle)
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce)
INPI	Institut national de la propriété industrielle
OAMCE	Organisation africaine et malgache de coopération économique
OAMPI	Organisation africaine et malgache pour la propriété industrielle
OAPI	Organisation africaine de la propriété intellectuelle
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
OMC	Organisation mondiale de commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ONUDC	Office des Nations Unies contre la drogue et le crime
PIB	Produit intérieur brut
RDC	République démocratique du Congo

INTRODUCTION

Il est communément admis que la propriété intellectuelle est considérée comme un vecteur de développement économique et de la création de richesse. Certains pays d'Afrique noire francophone, pour prendre part au concert de l'économie de l'immatériel, se sont constitués en une organisation régionale de la propriété intellectuelle dès le lendemain des indépendances⁵. Seulement, depuis un certain temps, le domaine de la propriété intellectuelle est en proie à la montée d'un phénomène d'ordre mondial dénommé « contrefaçon criminelle ». Celui-ci consiste en des atteintes et des violations des droits de propriété intellectuelle au préjudice des titulaires des titres. Pour réprimer cette criminalité du domaine de l'immatériel, le législateur communautaire a institué le « code OAPI »⁶ tout en attribuant son contentieux répressif à la compétence exclusive des juridictions pénales des États membres⁷. C'est ainsi qu'il a dressé des passerelles facilitant un entrecroisement entre la propriété intellectuelle et le droit pénal qui est généralement considéré comme « le gendarme de tous les droits »⁸.

Or, en l'état actuel, peu d'auteurs se sont penchés sur l'examen des interactions entre la propriété intellectuelle et le droit répressif, tant les points de convergence et de friction entre ces deux domaines sont à la fois nombreux et complexes⁹. Ces rapports empreints d'ambiguïté nécessitent que l'on s'attarde d'abord sur une analyse définitionnelle des concepts : « droit pénal », « propriété intellectuelle » et « l'espace OAPI ». En effet, dans son acception

-
5. Ampah JOHNSON-ANSAH, *L'épuisement des droits de propriété industrielle dans l'espace OAPI (Organisation africaine de la propriété intellectuelle)*, Thèse pour l'obtention du grade de doctorat en droit privé, soutenue le 3 octobre 2013, Université de Strasbourg, p. 19.
 6. Yves REBOUL, Préface au « Recueil de décisions de justice, Contentieux de la propriété intellectuelle dans les États membres de l'OAPI », coll. n° 3, octobre 2011, p. 5.
 7. Voir l'art. 4, al. 1 de l'Accord de Bangui (Acte du 14 décembre 2015).
 8. Marie-José LITTMANN, « Le droit pénal », dans Alexandre KISS (dir.), *L'écologie et la loi*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 105.
 9. Valérie-Laure BENABOU, Préface, dans Anaïs SZKOPINSKI, *Droit de la propriété intellectuelle et matière pénale*, Paris, L.G.D.J., 2022.

plus large, le droit pénal désigne une branche de droit positif ayant pour objet l'étude de la répression par l'État des comportements de nature à créer un trouble intolérable pour l'ordre social¹⁰. Le concept de propriété intellectuelle quant à lui n'est pas clairement défini dans la législation internationale¹¹, l'article 2, alinéa viii de la Convention instituant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (ci-après « OMPI ») ne se borne qu'à dresser une liste non exhaustive concernant les droits de propriété qui résultent de la création de l'esprit humain¹². L'espace OAPI détermine un cadre régional couvrant à ce jour 17 États d'Afrique¹³, lesquels sont régis par une législation uniforme sur la propriété intellectuelle avec un office commun qui centralise les procédures de délivrance des titres de propriété industrielle.

Historiquement, il faut rappeler que la plupart des États membres de l'actuelle OAPI étaient d'anciennes colonies françaises (AEF¹⁴ et AOF¹⁵) placées sous la réglementation métropolitaine de la propriété intellectuelle, avec pour Office, l'Institut national de la propriété industrielle (INPI)¹⁶. Au lendemain de leurs indépendances (dans les années 1960), cet Office est devenu inopérant et la réglementation, inapplicable. Mais il faudra attendre jusqu'au 13 septembre 1962 avec la convention de Libreville (Gabon) portant création de l'Office africain et malgache de la propriété industrielle (ci-après « OAMPI ») pour voir ces nouveaux États africains être dotés d'une réglementation et d'un Office à caractère régional. Après le retrait de Madagascar, les 12 États signataires restants vont créer une nouvelle organisation à laquelle s'ajoutera progressivement cinq autres pays, ce

10. Bernard BOULOC et Hartini MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, 22^e éd., Paris, Sirey, 2020, p. 1.
11. Paulin EDOU EDOU, « Avant-propos », dans *Le contentieux de la propriété intellectuelle dans les États membres de l'OAPI : recueil de décisions de justice*, Collection de l'OAPI, Yaoundé, OAPI, 2011, p. 7.
12. L'article 2 viii de la Convention instituant l'OMPI donne une définition du concept de « propriété intellectuelle ».
13. Au nombre de ces 17, on compte : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée Équatoriale, Mali, Mauritanie, Niger, Sénégal, Tchad et le Togo.
14. L'Afrique-Équatoriale française (AEF) était une fédération constituée de quatre colonies françaises d'Afrique centrale constituée par : le Gabon, le Moyen Congo (actuel Congo), le Tchad et l'Oubangui-Chari (actuelle RCA), entre 1910 et 1958.
15. L'Afrique-Occidentale française (AOF) était une fédération constituée, en plusieurs étapes, d'une dizaine de colonies à savoir : la Mauritanie, le Sénégal, le Soudan français (actuel Mali), la Guinée, la Côte d'Ivoire, le Togo, le Niger, la Haute Volta (actuel Burkina Faso) et le Dahomey (actuel Bénin).
16. C'est la loi du 9 juillet 1901 sur les associations qui avait créé l'Office national de la propriété industrielle, devenu Institut national de la propriété industrielle (INPI) par la loi n° 51-444 du 19 avril 1951.

qui constituera l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (ci-après « OAPI »).

De nos jours, l'Accord de Bangui du 2 mars 1977, qui a déjà fait l'objet d'une double révision (l'acte du 24 février 1999 et celui du 14 décembre 2015), constitue le *substratum* du droit de l'OAPI. Encore appelé *Code de propriété intellectuelle*¹⁷, il est applicable de manière quasi uniforme dans l'ensemble des États membres. Le texte comprend, en sus de l'Accord, dix Annexes séparées en deux blocs, un cadre portant sur la propriété industrielle qui est un régime commun et uniforme d'applicabilité stricte et directe sur le territoire de tous les États membres. Ensuite, un cadre portant sur la propriété littéraire et artistique qui découle de l'annexe VII et constitue un régime minimal d'applicabilité quasi direct¹⁸.

En réalité, le droit pénal de la propriété intellectuelle de l'espace OAPI, trouve ses fondements d'abord dans la législation internationale à laquelle l'organisation a adhéré¹⁹. En effet, l'article 61 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après « ADPIC »), qui est repris dans l'Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (ci-après « OMC »), stipule : « Les membres prévoient des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçons [...] commis à une échelle commerciale. Les sanctions incluront l'emprisonnement et/ou les amendes suffisantes pour être dissuasives [...] ».

Faisant suite à ces dispositions, le législateur communautaire a prévu à l'article 4, alinéa 1^{er} de l'ABR-2015 : « Les litiges relatifs à la reconnaissance, à l'étendue ou à l'exploitation des droits prévus par le présent Accord et ses annexes sont de la compétence des juridictions des États membres. Celles-ci sont seules compétentes pour le contentieux pénal y afférent. » Or, le régime commun et uniforme mis en place par l'Accord et ses annexes (excepté l'annexe VII) « abroge ou empêche l'entrée en vigueur de toutes les dispositions contraires

17. Ibrahima SARR, *Sécurisation en Afrique des droits de propriété intellectuelle sur les contenus diffusés sur Internet*, École doctorale des sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion de l'Université Cheikh Anta Diop.

18. Voir en ce sens l'art. 5, al. 2 de l'Accord de Bangui (Acte du 14 décembre 2015) ; voir aussi Joseph FOMETEU, « Commentaires sous la décision du Tribunal régional de Niamey », ordonnance de référé n° 124 du 20 juillet 2004 (dans Collection OMPI des jugements les plus déterminants en matière de propriété intellectuelle membres de l'OAPI (1997-2018)), p. 174 à 177.

19. Voir le Préambule de l'Accord de Bangui.

[y compris celles prévoyant les peines et les sanctions contre les différentes atteintes à la propriété intellectuelle] »²⁰.

C'est ainsi que, pour mieux organiser cette compétence contentieuse en matière pénale, le législateur communautaire a fait de l'Accord de Bangui un véritable *code pénal spécial*²¹ dans le domaine de la propriété intellectuelle. Dans chaque annexe, un dispositif répressif est inclus, il concilie à la fois les prévisions infractionnelles assorties des sanctions (peines d'emprisonnement et d'amendes), les prérogatives reconnues aux magistrats pénaux et autres acteurs judiciaires (juges, procureurs de la république, huissiers de justice, officiers de police judiciaire, administration douanière...), ainsi que d'autres aspects de la procédure pénale spécifiquement adaptés à cette matière (la saisie-contrefaçon, action menée d'office, mesures à la demande...).

De ce fait, le Code de l'OAPI dans sa dimension répressive organise l'ensemble du contentieux pénal, essentiellement, autour du délit de *la contrefaçon* qui est une « infraction générique ou fourre-tout » englobant les actes d'atteinte à la propriété industrielle (aux brevets²², aux modèles d'utilité²³, aux marques de produits ou de services²⁴, aux dessins et modèles industriels²⁵...) et à la propriété littéraire et artistique²⁶ (droit d'auteur et droits connexes). Mais cette infraction caméléon est dorénavant très diversifiée et vise tous les secteurs d'activité (avec des ramifications à des organisations criminelles et terroristes).

À ce jour, on considère que le « recours à la sanction pénale témoigne vraisemblablement de la gravité du phénomène de la

20. Voir l'art. 5, al. 2 de l'Accord de Bangui, Acte de 2015.

21. L'Accord de Bangui et ses annexes contient des dispositions relatives aux différentes formes d'infractions de contrefaçon, les peines encourues par les auteurs de ces délits, certains aspects procéduraux et les éléments de la compétence des juridictions répressives. Il s'agit donc d'une forme de Code autonome et distincte des Codes pénaux des États membres. Seulement, il faut préciser que ce dispositif répressif communautaire reste tributaire des dispositions procédurales d'ordre interne des États membres.

22. Voir les art. 59, al. 2, 62, al. 1^{er} et 2, 70 à 74 de l'Annexe I sur les brevets d'invention.

23. Voir les art. 63 et s. de l'Annexe II sur les modèles d'utilité.

24. Voir les art. 46, 49, 55, 57 et s. de l'Annexe III sur les marques de produits ou de services.

25. Voir les art. 28, 35, 36 et s. de l'Annexe IV des dessins et modèles industriels.

26. Voir les art. 70 et s. de l'Annexe VII sur la propriété littéraire et artistique.

contrefaçon au niveau mondial »²⁷. Seulement, le regard porté sur l'effectivité et l'efficacité du droit pénal de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI est très mitigé, le droit pénal de la propriété intellectuelle institué par le législateur communautaire à travers l'Accord de Bangui apparaît donc comme un colosse aux pieds d'argile. On relèvera de nombreuses difficultés qui sont d'ordre endogène et exogène à cette matière.

Il résulte donc de tout ce qui précède qu'en l'état actuel du droit positif des États membres de l'OAPI, la question du droit pénal de propriété intellectuelle se pose avec une très grande acuité. Plusieurs questions méritent d'être posées pour constituer une problématique à laquelle nous nous emploierons à répondre : existe-t-il véritablement un droit pénal de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI qui soit spécial ? Quel est son rôle ? sa consistance, sa place et son importance ? Est-il effectif et efficace ? Quelles sont ses limites, ses lacunes et faiblesses ?

Ainsi, si l'on convient que le droit de la propriété intellectuelle doit composer avec les autres branches du droit et particulièrement avec le droit pénal et la procédure pénale, l'étude de l'institutionnalisation et l'application de cette forme hybride du droit pénal dans l'espace OAPI présente plusieurs intérêts qui sont à la fois juridique et judiciaire, mais aussi politique et socio-économique.

En l'état actuel du droit communautaire de l'OAPI, le législateur de Bangui et les juges répressifs des États membres, « par des touches successives, non sans tâtonnements, mais toujours avec détermination »²⁸, sont en train de faire du droit pénal de la propriété intellectuelle ou droit pénal de la contrefaçon, une construction qui est le gage d'une sécurité juridique et judiciaire. La présente étude s'évertuera donc à jeter un double coup de projecteur à la fois sur le droit pénal de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI, comme un édifice aux fondements et aux contours juridiques particuliers (I), mais aussi, comme un édifice qui se construit progressivement malgré les difficultés rencontrées (II).

27. Rapport de synthèse, *Les sanctions pénales relatives à la violation des droits de la propriété intellectuelle*, Question Q 169, AIPPI, 2001.

28. Bernard PACTEAU, « La jurisprudence, une chance du Droit administrative », dans *La revue administrative*, 52^e année, n° 6, Paris, P.U.F., 1999, p. 70.

I- LE DROIT PÉNAL DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS L'ESPACE OAPI : UN ÉDIFICE AUX FONDEMENTS ET AUX CONTOURS JURIDIQUES PARTICULIERS

Dans son essence, le droit pénal de l'OAPI est un droit communautaire qui trouve sa particularité à la fois dans l'infléchissement du principe de la souveraineté pénale reconnue à chaque État membre et dans la primauté de ses normes répressives (qui découlent de l'Accord de Bangui et de ses annexes) sur les règles classiques de droit pénal et de procédure pénale édictées par les législateurs des États membres au niveau national.

Cette particularité impose donc au juge pénal de chaque État membre, généralement habitué à connaître des infractions de droit commun (vol, escroquerie, abus de confiance, viol...), à transcender le domaine naturel et national du droit pénal pour statuer sur des infractions résultant des atteintes à des biens immatériels qui sont prévues par des dispositions communautaires. Il résulte donc de ce qui précède que le droit pénal de l'OAPI est une matière dont l'édifice est en pleine construction avec des fondements juridiques qu'il convient d'examiner (A). Mais, au demeurant, l'analyse de sa spécificité n'est pas sans intérêt (B).

A- Les fondements du droit pénal de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI

Si le droit pénal de l'OAPI est considéré comme une matière spéciale et particulière, il apparaît aussi comme un édifice en plein essor qui trouve ses fondements à la fois dans les textes juridiques (1) internationaux et au cœur même du texte communautaire fondateur de l'OAPI et régulateur de chaque aspect de la propriété intellectuelle. Mais ces fondements sont aussi historiques, économiques et sociaux (2), car la matière, qui découle d'une institution chargée d'histoire, a une forte incidence sur le développement économique et social des États membres.

1. Les fondements juridiques du droit pénal de la propriété intellectuelle

Il faut relever que le droit communautaire répressif de l'OAPI tire ses sources d'abord dans la législation internationale sur la propriété intellectuelle à laquelle les États membres ont adhéré. Ensuite,

ce droit résulte des dispositions même de l'Accord de Bangui et de ses annexes. Le législateur communautaire ayant institué une double règle, celle de sécurité judiciaire d'une part, à travers une dévolution de la compétence de son contentieux répressif aux juridictions pénales nationales et, d'autre part, celle de sécurité juridique en faisant du code OAPI un code pénal et de procédure pénale spécialement adapté à la matière de la propriété intellectuelle.

S'agissant des normes de droit international de la propriété intellectuelle qui sont considérées comme une source primaire du droit pénal communautaire de l'OAPI, il faut dire que ce droit qui est imbriqué dans l'Accord de Bangui et ses annexes a pour fondements l'ensemble des textes internationaux pertinents qui encadrent les différents domaines de la propriété intellectuelle auxquels l'OAPI a adhéré. Mais son assise essentielle se trouve dans l'Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après « ADPIC »). Cet Accord est repris dans l'Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (ci-après « OMC »)²⁹. À ce titre, à son article 61 : « Les membres prévoient des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçons [...] commis à une échelle commerciale. Les sanctions incluront l'emprisonnement et/ou les amendes suffisantes pour être dissuasives [...]. » Il convient de rappeler qu'en 1994, l'institution de l'Accord sur les ADPIC impulse une nouvelle approche sur la problématique des droits de propriété intellectuelle en lien avec le commerce interétatique. L'ADPIC incite les États membres de l'OMC à recourir à des normes répressives (donc au droit pénal) comme instrument de protection de la propriété intellectuelle. L'Accord vise donc, entre autres, à faire en sorte que les législations des États membres comportent des procédures minimales permettant de faire respecter les droits de propriété intellectuelle³⁰. C'est dans ce sens que plusieurs législations de propriété intellectuelle (au niveau national ou régional) se sont arrimées à cette nouvelle donne, tel sera le sens de la révision de l'Accord de Bangui du 24 février 1999 et qui s'est encore vu renforcer par l'Acte de Bamako en 2015.

On peut relever sans ambages une reconnaissance de la primauté du cadre juridique international en la matière et donc de

29. L'Accord de Marrakech qui institue l'Organisation mondiale du commerce (OMC) a été signé le 15 avril 1994 à Marrakech, au Maroc. C'est l'Acte marquant la fin des négociations du cycle de l'Uruguay Round, ils remplacent ainsi l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). Cet Accord comporte plusieurs annexes, au nombre desquels on compte l'Annexe 1C qui porte sur les Aspects de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

30. Voir l'art. 41 de l'Accord ADPIC.

l'article 61 de l'Accord ADPIC sur la législation communautaire. C'est dans ce sens que l'article 19 de l'ABR-2015 dispose : « En cas de divergence entre les dispositions contenues dans le présent Accord ou dans ses Annexes et les règles contenues dans les conventions internationales auxquelles les États membres ou l'Organisation sont parties, ces dernières prévalent. » Il résulte de là une corrélativité entre les normes répressives minimales recommandées par les conventions internationales (en l'espèce l'Accord ADPIC), leur transposition dans l'Accord de Bangui et ses Annexes et leur incorporation dans l'ordonnement juridique interne de chaque État membre. On assiste ainsi à une sorte d'acculturation du régime répressif applicable par les juridictions des États membres. Cette politique d'internalisation des normes répressives communautaires issues du droit international de la propriété intellectuelle est mise en pratique par les juridictions pénales qui, à travers la connaissance du contentieux de la contrefaçon, assurent une traduction juridique directe desdites normes pour aboutir à des sanctions pénales.

Ensuite, ce droit pénal communautaire trouve également ses fondements dans la double règle de sécurité judiciaire et juridique qui se traduit d'abord à travers une dévolution de la compétence contentieuse aux juridictions pénales des États membres. En effet, l'article 4, alinéa 1 dispose que « [...] les litiges relatifs à la reconnaissance, à l'étendue ou à l'exploitation des droits prévus par le présent Accord et ses annexes sont de la compétence des juridictions des États membres. Celles-ci sont seules compétentes pour le contentieux pénal y afférent ». Cette dévolution est entérinée par la doctrine, pour le professeur Joseph Fometeu, l'article 4, alinéa 1^{er}, *in fine*, en réservant « le contentieux répressif de la propriété intellectuelle aux juges nationaux », a « finalement créé une compétence exclusive au profit de ces juridictions »³¹. Soulignons toutefois que si le texte de l'Accord de Bangui reste lui-même très succinct sur les précisions quant à la nature, le contenu et l'étendue de cette compétence pénale dévolue aux juridictions d'États membres, notons que des précisions sont cepen-

31. Voir : Cour suprême du Congo, Arrêt n° 07/GCS.02 du 17 mai 2002, *Linda Communications c. Mic Vidéo* (obs. Joseph FOMETEU) (Collection OMPI des jugements les plus déterminants en matière de propriété intellectuelle, des membres de l'OAPI (1997-2018)), p. 169-173. Dans ses observations sous cet arrêt, le professeur Joseph Fometeu estime qu'« en ce qui concerne le contentieux répressif, l'article 4, alinéa 1^{er}, *in fine* de l'Accord de Bangui, Acte de 2015, paraît avoir prohibé sa soumission précise à l'arbitrage. En effet ; en décidant que les juridictions nationales sont "seules compétentes pour le contentieux pénal" ; ce texte [...] avait pour but [...] de réserver le contentieux répressif de la propriété intellectuelle aux juges nationaux pourrait s'interpréter comme ayant finalement créé une compétence exclusive au profit de ces juridictions ».

dant apportées dans les Annexes I à X et que devant ces juridictions pénales des États membres, tout le contentieux est organisé autour de l'action en contrefaçon.

En ce qui concerne la sécurité juridique, il faut retenir que si la compétence contentieuse en matière pénale a été confiée aux juridictions répressives des États membres, la matière réprimant les atteintes contre la propriété intellectuelle a été inscrite dans l'Accord de Bangui et ses annexes. Ainsi, pour certaines raisons, le législateur communautaire a choisi de faire de cet Accord et de ses annexes une sorte de code pénal spécial axé autour de l'infraction de la contrefaçon. Les juges répressifs doivent donc se référer essentiellement à ce « Code spécial » s'agissant des incriminations de contrefaçon, celui-ci devenant une *lex specialis*. L'Accord de Bangui et ses annexes constitue le texte fondateur du droit pénal de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI. Il détermine, dans une moindre mesure, à la fois les règles de fond et de procédure en ce qui concerne les incriminations de contrefaçon.

Il résulte donc de ce qui précède que le code OAPI institue des normes répressives de fond et de procédure qui s'appliquent de façon uniforme à tous les États membres à travers leurs juridictions pénales, lesquelles ne peuvent y déroger. Cependant, au-delà des fondements juridiques, ces normes répressives spécifiques trouvent aussi leurs justifications sur des fondements historiques et socio-économiques.

2. *Les fondements historiques et socioéconomiques du droit pénal de la propriété intellectuelle*

Le droit pénal de la propriété intellectuelle, du moins celui en vigueur dans l'espace OAPI, est une matière particulière en pleine évolution qui est incorporée dans un texte communautaire ayant donné naissance à une Organisation régionale créée dans un contexte historique particulier. Mais cette particularité trouve aussi son sens dans le fait que ce droit constitue une réponse pénale au nouveau phénomène criminel de portée internationale : *la contrefaçon*, qui a des conséquences considérables sur les échanges économiques au niveau mondial.

D'abord, les fondements historiques du droit pénal de la propriété intellectuelle de l'OAPI sont à rechercher dans l'historique même de la création de cet organisme et dans l'évolution et les

mutations de son texte fondateur. À l'origine, c'est au lendemain des indépendances des anciennes colonies françaises qu'un Accord avait été signé le 13 septembre 1962 à Libreville au Gabon entre 13 États pour donner naissance à l'Office africain et malgache de la propriété industrielle (ci-après « OAMPI »). Ledit Accord entré en vigueur le 1^{er} janvier 1964 constituait un cadre juridique supranational sur l'administration et la protection des droits de la propriété industrielle. Après le retrait de Madagascar, l'Accord sera révisé à Bangui en République centrafricaine, le 2 mars 1977 pour donner naissance à la nouvelle Organisation africaine de la propriété intellectuelle (ci-après « OAPI »). C'est donc ce texte qui sera révisé à nouveau le 24 février 1999, puis le 14 décembre 2015. Désormais, il porte en lui les germes d'un droit répressif particulièrement adapté pour sanctionner toutes les atteintes à la propriété intellectuelle.

Ensuite, pour comprendre le sens de ce droit pénal spécial qui est conçu comme une réponse à un phénomène criminel socioéconomique, il faut partir du postulat selon lequel le rôle stratégique du droit pénal est (entre autres) de produire un effet dissuasif grâce à ses sanctions et de refléter sans ambiguïté la désapprobation de la société face aux comportements antisociaux qui causent à l'ordre public des troubles d'une certaine gravité. Le droit pénal a donc un rapport étroit avec les phénomènes antisociaux ou criminels qui minent les sociétés. Ainsi donc, bien qu'étant spécifique, le but du droit pénal de l'OAPI est d'apporter une réponse spécifique à un phénomène criminel qui consiste en des atteintes aux droits qui découlent des titres de propriété intellectuelle établis au bénéfice de leurs titulaires.

Ces différentes atteintes se résument en une seule qualification : *la contrefaçon*, qui est considérée, quantitativement et qualitativement, comme un phénomène très diversifié qui affecte tous les secteurs de l'activité relevant de l'économie de l'immatériel. Dans ce sens, on a estimé que « le recours à la sanction pénale témoigne vraisemblablement de la gravité du phénomène de la contrefaçon au niveau mondial »³². Autrement dit, l'ampleur du phénomène justifie le recours au droit répressif qui se conçoit non seulement comme un droit défensif, un droit de protection de la propriété intellectuelle, mais également un droit offensif pour lutter contre les incriminations de contrefaçon.

32. Rapport de synthèse, *Les sanctions pénales relatives à la violation des droits de la propriété intellectuelle*, Question Q 169, AIPPI, 2001. Voir aussi : Marion BARIATTA, *La pénalisation de la contrefaçon*, Mémoire pour l'obtention du diplôme de Master en Droit de propriété intellectuelle et commerce, Université de Strasbourg, septembre 2013, p. 9.

Mais le droit pénal communautaire de l'OAPI est une matière assez spécifique qui, bien qu'étant détachée des codes pénaux de chaque État membre, reste cependant tributaire des règles répressives d'ordre général en vigueur dans les États membres. On est donc en droit de s'interroger en quoi consiste cette spécificité et quels en sont les contours et les limites.

B- Les spécificités du droit pénal de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI

Pour Nicolas Binctin, « un droit pénal spécial de la propriété intellectuelle s'est développé, le législateur édictant des incriminations, des procédures et des sanctions adaptées aux spécificités des biens intellectuels »³³. Cette affirmation appliquée à notre espèce peut être aussi révélatrice du caractère spécifique du droit pénal de l'OAPI. La mise en exergue de cette spécificité nous conduit à adopter une approche à double vitesse. D'abord, le domaine infractionnel de ce droit pénal est singulier puisqu'il est construit autour d'une seule infraction, à savoir, la contrefaçon qui est une infraction *caméléon* ou *fourre-tout* (1). Ensuite, on peut relever l'originalité de certains aspects procéduraux relatifs à l'action en contrefaçon devant les juridictions pénales. C'est une procédure imprégnée d'une certaine ambivalence, car si, dans certains de ses aspects, elle est particulière, dans d'autres, ses règles restent tributaires des procédures pénales classiques (2).

1. Un droit pénal construit autour d'une infraction particulière : la contrefaçon, un « fourre-tout » juridique

La contrefaçon constitue la qualification spécifique en propriété intellectuelle pour toute atteinte ou tout usage non autorisé d'un bien intellectuel. C'est donc une imitation frauduleuse ou la fabrication d'une chose au préjudice de celui qui avait seul le droit de la fabriquer ou de la reproduire³⁴. Il résulte donc de cette définition que la contrefaçon est une infraction générique ou fourre-tout. L'Accord de Bangui à travers ses dix annexes ne déroge pas à ce principe du droit pénal de la propriété intellectuelle qui consacre une sorte d'élasticité ou de flexibilité à l'infraction de contrefaçon. Elle s'adapte donc à tous les domaines de la propriété intellectuelle. Seulement, à scruter de plus près cette infraction, considérée comme la pierre angulaire du droit pénal de la propriété intellectuelle, on relève, *a contrario*, que,

33. Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle, droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèle*, 7^e éd., Paris, L.G.D.J., 2022, p. 1103.

34. Nicolas BINCTIN, *op. cit.*, p. 1017.

transposée dans les différents aspects de la propriété intellectuelle, cette infraction donne lieu à une interprétation et des sanctions à géométrie variable.

Il est important de rappeler, de prime à bord, que le caractère d'infraction *générique* ou *fourre-tout* est énoncé par le législateur communautaire. Pour s'en convaincre, on remarque très vite la reprise d'une formule quasi identique dans toutes les dispositions qui prévoient cette infraction à savoir « toute atteinte portée aux droits [...] constitue une contrefaçon ». Cette formule générique est celle adoptée aussi par d'autres législations³⁵ et même dans la doctrine. En effet, parlant de la contrefaçon en matière de brevet, le professeur Michel Vivant utilise la même formule en des termes simples : « Si le droit de brevet est un droit de propriété, les actes de contrefaçon sont et ne sont rien d'autre que des actes d'atteinte à ce droit. »³⁶

Pour le juge pénal des États membres, cette similarité ne se limite pas que dans la formulation de cette infraction par le législateur communautaire. En effet, ce dernier, dans la rédaction des dispositions portant sur l'incrimination dans chaque annexe, a veillé aussi à une similarité des éléments consubstantiels à toutes les infractions pénales. Dans chacune de ces infractions, on compte donc, bien évidemment, un élément légal (les dispositions prévoyant l'infraction de contrefaçon par rapport au domaine), ensuite, un élément intentionnel qui, dans certains articles, se traduit soit par le terme « intentionnellement »³⁷ ou par le terme « sciemment »³⁸. La contrefaçon est donc *une infraction intentionnelle*³⁹. Quant à l'élément matériel, à chaque article, il est essentiellement constitué par une litanie d'*actes positifs* susceptibles d'être posés par le contrevenant. Cette énumération est tantôt incluse dans l'article qui vise l'infraction de contrefaçon (le recel, la vente ou l'exposition, l'introduction sur le territoire national...)⁴⁰, tantôt à travers des renvois en prenant le contre-pied des droits reconnus aux titulaires des titres de propriété⁴¹.

35. Voir l'art. L.615-1, al. 1^{er} du Code de propriété intellectuelle français.

36. Michel VIVANT, *Droit des brevets*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 101-102.

37. Voir dans ce sens l'art. 23 de l'Annexe VI sur les indications géographiques.

38. Voir dans ce sens l'art. 36 de l'Annexe IV sur les dessins et modèles industriels.

39. Sur l'infraction intentionnelle, voir Bernard BOULOC et Haritini MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, 22^e éd., Paris, Sirey, 2020, p. 58-59.

40. Dans les cas du brevet (art. 62 de l'Annexe I), des modèles d'utilité (art. 55 de l'Annexe II), de la propriété littéraire et artistique (art. 70 et 71).

41. Dans ce sens, l'article 49, alinéa 1^{er} de l'Annexe III renvoie à l'article 6 pour prendre le contre-pied des droits reconnus au titulaire d'une marque. De même, l'article 23 de l'Annexe VI renvoie à l'article 6, alinéas 3 et 4.

Ainsi donc, le délit de contrefaçon est une infraction de commission, avec des actes continus.

Mais dans l'Accord de Bangui et ses annexes, la contrefaçon se présente aussi comme une infraction à géométrie variable. Cette variabilité découle de la distinction des domaines de la propriété intellectuelle. En effet, la contrefaçon recouvre des modalités distinctes d'un objet de la propriété intellectuelle à un autre. C'est ainsi, par exemple, qu'un brevet est différent d'un modèle d'utilité, une marque se distingue d'une indication géographique. Cette différence tient de l'objet, de la durée de protection, de l'utilisation ou du but. C'est pourquoi l'effet recherché dans la répression, le quantum des peines, le préjudice invoqué par la victime ne peuvent être les mêmes d'une infraction de contrefaçon à l'autre. Dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, si l'article 70 de l'Annexe VII de l'ABR-2015 énumère les actes constitutifs de contrefaçon, l'article 71 quant à lui énonce les actes assimilés à la contrefaçon. Mais, bien au-delà, certaines législations de droit interne des États membres en matière de droit d'auteur et droits connexes ajoutent à ces deux catégories les actes constitutifs de piraterie⁴². D'autres textes internes assimilent la contrefaçon à la piraterie⁴³.

S'agissant des peines relatives au délit de contrefaçon, il faut relever que le juge pénal dispose d'une palette variable des peines, celles-ci pouvant toutefois être réparties en deux grandes catégories à savoir : les peines principales et complémentaires.

Les peines sont soit cumulatives, soit alternatives dans le cas de marques⁴⁴, de dessins et modèles industriels⁴⁵, d'indications géographiques⁴⁶. En matière de propriété littéraire et artistique, les peines d'emprisonnement oscillent entre trois mois et deux ans et celles d'amendes, entre un et dix millions de francs CFA⁴⁷. Toutes ces peines sont portées au double en cas de récidive ou de circons-

42. Aux termes de l'article 109 de la loi n° 032/99/AN du 22 décembre 1999 portant protection de la propriété littéraire et artistique au Burkina Faso : « Commet le délit de piraterie dans le domaine artistique et littéraire celui qui se livre, sur une grande échelle et dans un but commercial, aux actes réprimés par les articles 106, 107 et 108 ci-dessus. »

43. Voir l'article 109 de la loi n° 2005-30 du 10 avril 2006 sur la protection de droit d'auteur et droits connexes au Bénin.

44. Voir art. 57, al. 1^{er} de l'Annexe III.

45. Voir art. 36 de l'Annexe IV.

46. Voir art. 23 de l'Annexe VI.

47. Voir art. 73 de l'Annexe VII.

tances aggravantes⁴⁸. La notion de récidive en la matière est définie à l'article 72, alinéa 2 de l'Annexe I sur les Brevets de l'ABR-2015⁴⁹.

En dehors des peines dites principales, le juge pénal peut aussi prononcer des sanctions complémentaires comme : la confiscation ou la destruction des produits contrefaits⁵⁰, l'affichage ou la publication intégrale ou par des extraits dans des journaux, le retrait des objets contrefaits des circuits commerciaux⁵¹, la privation du droit d'éligibilité aux élections des groupements professionnels⁵².

2. *Un droit pénal spécial construit autour d'une procédure particulière : l'ambivalence de la procédure de contrefaçon*

Amorcer une analyse des règles processuelles en matière du droit pénal de la propriété intellectuelle renvoie à la question de l'étendue de son autonomie et de ses limites par rapport aux règles procédurales de droit commun incluses dans les codes de procédure pénale de chaque État membre de l'OAPI. L'ambivalence de la procédure de contrefaçon découle d'abord du fait de son autonomie. En effet, certaines règles processuelles inscrites dans le Code OAPI dérogent aux règles classiques de procédure pénale. On peut noter le recours à la procédure de la saisie-contrefaçon, comme mode royal d'obtention de preuve dans une instance pénale. On citera également une prise en compte des principes cardinaux de la propriété intellectuelle dans la résolution d'une action en répression d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Toutefois, l'action pénale en contrefaçon ne s'inscrit pas totalement hors de la procédure pénale classique. En effet, cette action reste tributaire des grands principes qui régissent la procédure pénale inscrite dans les codes édictés par les lois des États membres.

Revenons sur l'autonomie de la procédure spécifique instituée par l'Accord de Bangui et ses annexes. Le droit pénal de l'OAPI a

48. Voir les art. 72, al. 1^{er} de l'Annexe I, 64, al. 1.

49. Art. 72, al. 2 de l'Annexe I : « Il y a récidive lorsqu'il a été rendu contre le prévenu, dans les cinq (5) années antérieures, une première condamnation pour un des délits prévus par la présente Annexe. » Cette définition, qui est restrictive, ne se limite qu'à l'annexe objet de l'infraction de contrefaçon. Autrement dit, il n'y a pas récidive lorsque dans cette même période, le prévenu commet des actes de contrefaçon portant sur deux domaines différents de la propriété intellectuelle. Voir aussi l'art. 64, al. 2 de l'Annexe II.

50. Voir l'art. 75 de l'Annexe I.

51. Voir l'art. 68, al. 1^{er} de l'Annexe II.

52. Voir l'art. 38, al. 1^{er} de l'Annexe IV.

institué une procédure de *saisie-contrefaçon* comme moyen quasi implacable de preuve dans toutes les actions en contrefaçon⁵³. Cette particularité est de taille lorsqu'on sait que « le droit de la preuve présente un particularisme certain et revêt une importance capitale »⁵⁴. En effet, on sait que dans un procès pénal, l'une des règles fondamentales est la présomption d'innocence⁵⁵. Il appartient donc à la partie poursuivante de rechercher et de rapporter la preuve de la culpabilité du contrefacteur. Bien que « la contrefaçon peut être prouvée par tous moyens »⁵⁶, la saisie-contrefaçon a été instituée comme *la voie royale* permettant au titulaire du droit lésé d'obtenir une preuve plus probante qui soit susceptible d'emporter la conviction du juge pénal. Par définition, la saisie-contrefaçon sera entendue comme étant « une procédure exceptionnelle permettant [au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle] avant tout procès contradictoire de pénétrer chez autrui sans son assentiment afin d'y procéder à des investigations, des constatations, voire des saisies réelles tendant à apporter la preuve d'une contrefaçon alléguée sans que le saisi ait la faculté de s'opposer au déroulement des opérations de saisie »⁵⁷. Il est important de souligner que l'article 80 de l'Annexe VII sur la propriété littéraire et artistique établit quelques nuances en ce qui concerne la saisie-contrefaçon en cas d'atteintes dans ce domaine⁵⁸.

Mais cette autonomie du droit pénal de l'OAPI tient également du fait que, pour aboutir à une solution au fond, le juge pénal devra tenir compte des principes cardinaux du droit de la propriété intellectuelle à savoir, entre autres : la titularité, la territorialité, la durée de protection, le traitement national ou celui de la nation la

53. Voir les art. 65 de l'Annexe I sur les brevets, 58 de l'Annexe II sur les modèles d'utilité, 51 de l'Annexe III sur les marques de produits et de services.

54. Bernard BOULOC et Haritini MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, 22^e éd., Paris, Sirey, 2020, p. 350.

55. C'est un principe qui découle de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et généralement inscrit dans les Constitutions des États membres de l'OAPI.

56. Voir dans ce sens l'art. 62 de l'Annexe I sur les brevets.

57. Michel VIVANT, *Droit des brevets*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 110-111.

58. D'abord, cet article 80 parle des titulaires des droits visés par l'Annexe VII qui peuvent requérir outre les huissiers de justice, les officiers de police judiciaire et soumet la procédure de saisie à l'autorisation du Procureur de la République. L'article reconnaît au juge compétent le pouvoir de suspendre par une ordonnance rendue sur simple requête toutes opérations (fabrication, représentation, mise à disposition) considérées comme illicites. L'article 81 organise des voies de recours contre cette saisie-contrefaçon dans les dix jours à compter de la date du procès-verbal de saisie. Le saisi ou le tiers saisi peut donc demander au juge compétent le cantonnement des effets ou la reprise des opérations suspendues par son ordonnance sous l'autorité d'un administrateur séquestre.

plus favorisée, la recherche de l'intériorité, le principe de spécialité (applicable seulement en matière de marque)⁵⁹, de droit de priorité, de protection automatique et du principe de similarité. Tous ces principes issus du droit international de la propriété intellectuelle auquel l'OAPI, et partant, tous ses États membres ont adhéré, doivent être pris en compte par le juge pénal dans le procès en contrefaçon. Ils constituent ainsi une touche particulière qui fait d'une action en contrefaçon un droit pénal spécial.

Mais il faut encore rappeler que cette autonomie du droit pénal de la propriété intellectuelle est très relative. En réalité, il reste tributaire du droit pénal classique dans la mesure où les actions pénales en contrefaçon se déroulent au sein des juridictions répressives de droit commun sur lesquelles plane encore l'ombre des codes napoléoniens qu'elles appliquent mécaniquement par un effet de mimétisme⁶⁰. Ainsi, à l'instar des infractions de droit commun, pour la solution du litige soumis à sa compétence, le juge pénal saisi d'une action en contrefaçon fera recours aux principes classiques du droit pénal et de la procédure pénale générale. Il s'agira entre autres : du principe de la légalité criminelle, la territorialité et la personnalité de la loi pénale, l'obligation d'interprétation stricte, la prohibition du pouvoir créateur du juge pénal, la non-rétroactivité de la loi pénale...

Ces principes et bien d'autres ne peuvent pas tous être étudiés dans cette rubrique. Ils sont cependant immuables et gravés dans le marbre judiciaire, de ce fait, ils obligent les juges répressifs des États membres de ne pas s'en détourner même lorsqu'ils connaissent des infractions découlant d'une législation communautaire.

Au regard de tout ce qui précède, le droit pénal de l'OAPI est considéré comme un édifice dont la construction progressive est portuse d'espoir, seulement, plusieurs efforts restent à faire.

II- LE DROIT PÉNAL DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS L'ESPACE OAPI : UN ÉDIFICE QUI SE CONSTRUIT PROGRESSIVEMENT NON SANS DIFFICULTÉS

Si l'on convient que « la propriété intellectuelle peut être perçue comme l'appropriation par l'homme de l'expression de son génie

59. Voir dans ce sens, *Le contentieux de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI, Guide de magistrat et auxiliaires*, 1^{re} éd., 2009, p. 38.

60. Voir dans ce sens, p. 12, *op. cit.*

créateur »⁶¹, cette appropriation doit être encadrée par des règles civiles et surtout pénales qui assurent une protection des titres qui confèrent aux créateurs, inventeurs et concepteurs un certain nombre de droits pendant une certaine durée. Parlant du droit de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI comme une « construction pour le moins originale », le docteur Paulin Edou Edou décriait l'efficacité de son volet judiciaire à travers le rendement des juridictions des États membres (constitué par les décisions judiciaires en matière de propriété intellectuelle), dont « le contenu [...] laisse parfois à désirer »⁶². Aujourd'hui, l'on convient pour dire qu'une véritable évaluation de l'efficacité et de l'effectivité du droit pénal de la propriété intellectuelle ne peut se faire que suivant une démarche holistique qui prend en compte aussi bien l'ensemble de la chaîne pénale avec tous ses acteurs, en mettant un accent particulier sur le juge, son office et son rendement en termes de jurisprudence (A), que sur les difficultés de cette construction qui peuvent être endogènes ou exogènes (B).

A- Un édifice construit progressivement par les acteurs d'une chaîne pénale avec un rendement mitigé

La lutte contre les atteintes à la propriété intellectuelle implique une collaboration multi-acteurs. Parmi les acteurs qui composent cette chaîne pénale, on citera entre autres : les autorités douanières⁶³, les officiers publics ou ministériels, la police judiciaire, les huissiers de justice, le ministère public et les juges (1). Mais quels acteurs judiciaires et pour quel rendement ? Disons que la qualité du rendement efficient de ces juridictions pénales passe nécessairement par un examen de certaines décisions rendues tant dans le domaine de la propriété industrielle que dans celui de la propriété littéraire et artistique (2).

1. Les principaux acteurs de la chaîne pénale en matière de propriété intellectuelle

De la constatation d'une infraction de contrefaçon en passant par le jugement jusqu'au prononcé de la peine, l'Accord de Bangui a prévu l'intervention de plusieurs acteurs du système judiciaire dont

61. Paulin EDOU EDOU, *Le contentieux de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI, Guide du magistrat et des auxiliaires*, 1^{re} éd., 2009.

62. Paulin EDOU EDOU, préc., note 61.

63. Plusieurs dispositions dans les annexes de l'Accord de Bangui accordent des prérogatives à l'Administration douanière (voir les articles 77 et 78 de l'Annexe I sur les Brevets ; 66 de l'Annexe III sur les marques).

les rôles diffèrent parfois de ceux que le Code de procédure pénale leur attribue dans le cadre des infractions de droit commun. Certains d'entre eux sont placés en amont de la chaîne répressive. D'autres, placés en aval de cette chaîne, interviennent dans l'actionnement des poursuites et dans le rendu des jugements.

En ce qui concerne les agents placés en amont de la chaîne pénale dans la répression des atteintes à la propriété intellectuelle, l'Accord de Bangui confère des rôles distincts à différents auxiliaires de justice. Au nombre de ceux-ci, on citera d'abord les autorités douanières qui, du fait de leurs positionnements stratégiques au niveau des frontières, jouent un rôle important dans la constatation, le contrôle, les saisies des marchandises soupçonnées contrefaisantes. L'administration des douanes intervient dans le cadre des saisies-contrefaçons et des mesures aux frontières⁶⁴. Mais ces actions peuvent aussi être menées d'office, lorsque les autorités douanières ont des présomptions de preuve que les marchandises objets des retenues sont contrefaisantes. Les annexes de l'Accord de Bangui confèrent également un rôle particulier aux huissiers et aux officiers publics ou ministériels, notamment dans l'exécution des opérations de saisie-contrefaçon. Du rôle conféré à ces officiers par le code OAPI, dans l'exécution de la saisie-contrefaçon, il découle des conséquences à savoir que les procès-verbaux dressés par ces officiers sont authentiques et font donc foi jusqu'à inscription de faux⁶⁵.

Mais l'article 80, alinéa 1^{er} de l'Annexe VII sur la propriété littéraire et artistique élargit le champ des auxiliaires de justice intervenant dans la répression des infractions de contrefaçon aux officiers de police judiciaire à travers un renvoi à la loi nationale⁶⁶.

64. Voir sur les mesures aux frontières les articles 77 et 78 de l'Annexe I sur les brevets ; 66 de l'Annexe III sur les marques.

65. Voir dans ce sens les art. 1371 (ancien) du Code civil et 368 du Code de procédure pénale congolais. Seulement, en matière pénale, sauf les cas où la loi en dispose autrement, les procès-verbaux et les rapports constatant les délits ne valent qu'à titre de simples renseignements. Cette règle prévue à l'article 365 du Code de procédure pénale congolais ne vaut pas pour les actes dressés par les officiers publics ou ministériels qui du fait de leur caractère authentique ont une force probante et font foi jusqu'à inscription du faux. Cependant, l'article 364 du même Code fixe les conditions de la valeur probante d'un tel procès-verbal ou rapport. Ce sont des conditions de forme et de fond.

66. Art. 80, al. 1^{er} : « Lorsque leurs droits sont violés ou menacés de l'être, les personnes physiques ou morales, leurs ayants droit ou ayants cause, titulaires des droits visés par la présente Annexe peuvent requérir un officier de police judiciaire [...] désigné par la loi nationale, pour constater les infractions et, au besoin, saisir, sur autorisation du Procureur de la République ou du juge compétent, les exemplaires

Ceux-ci ont compétence pour « constater les infractions et au besoin, saisir [...] les exemplaires contrefaisants, les exemplaires et les objets importés illicitement et le matériel ayant servi ou devant servir à une représentation ou à une reproduction [...] ». Toujours dans le régime exceptionnel prévu par l'Annexe VII sur la propriété littéraire et artistique, celui-ci reconnaît également la compétence des organismes nationaux de gestion collective des droits qui sont habilités à constater les infractions contre la propriété littéraire et artistique⁶⁷.

Mais aux côtés de tous ces auxiliaires de justice, placés en amont de la chaîne répressive et à qui le législateur communautaire de Bangui a confié des rôles spécifiques dans l'action pénale en contrefaçon, il y a d'autres agents de l'État placés en aval de cette procédure. Il s'agit du corps des magistrats dont certains sont chargés des poursuites et d'autres, du jugement. Ces autorités sont essentiellement constituées par deux corps de magistrats à savoir : les procureurs qui animent le parquet (magistrature debout), encore appelé ministère public, ayant pour fonction principale l'organisation des poursuites, et les juges du siège (magistrature assise) qui ont pour fonction principale de juger et rendre les décisions de justice.

Concernant cette fonction d'organisation des poursuites reconnue au Ministère public, l'article 74 de l'Annexe I sur les brevets stipule : « La mise en mouvement de l'action pénale appartient concurremment au Ministère public et à la partie lésée »⁶⁸. Or, de façon classique, « l'action publique est le monopole du ministère public »⁶⁹. Si cette approche peut paraître trop restrictive par rapport à celle prévue dans les codes de procédure pénale des États membres, la loi communautaire reconnaît au Procureur de la République d'autres pouvoirs. Ainsi, il a autorité sur les auxiliaires de justice agissant dans le cadre de la constatation des infractions de contrefaçons. Celles-ci ont l'obligation de lui rendre compte dans le cadre de certaines procédures, telles que la retenue des marchandises contrefaisantes⁷⁰. Dans le cadre exceptionnel de l'article 80 de l'Annexe VII sur la propriété littéraire et artistique, le Procureur de la République dirige l'activité

contrefaisants, les exemplaires et les objets importés illicitement et le matériel ayant servi ou devant servir à une représentation ou à une reproduction [...]. »

67. Voir l'art. 78 de l'Annexe VII sur la propriété littéraire et artistique.

68. Voir également les art. 66 de l'Annexe II sur les modèles d'utilité, 29 de l'Annexe IV sur les dessins et modèles industriels et 29 de l'Annexe IV sur les DMI.

69. Jean LARGUIER et Philippe CONTE, « Procédure pénale », 21^e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 86. La quasi-totalité des codes de procédure pénale dans les États membres font de la victime une partie.

70. Voir dans ce sens l'art. 39, al. 2 de l'Annexe IV.

des officiers de police judiciaire et de tout autre officier public dans les opérations de saisie-contrefaçon.

S'agissant du rôle, des compétences, de l'étendue et des limites du pouvoir reconnu aux magistrats du siège dans la répression des infractions de contrefaçon, notons que l'assise juridique en la matière trouve son ancrage dans l'article 4, alinéa 1^{er} de l'Accord de Bangui, Acte de 2015. Seulement, au regard de la complexité des procédures relatives à la propriété intellectuelle, la frontière entre les juridictions civiles agissant soit au fond, soit en procédure d'urgence (référé) et les juridictions pénales est parfois très étroite. En effet, toute action en contrefaçon engage non seulement la responsabilité civile et pénale⁷¹, mais a aussi des implications juridiques qui justifient l'intervention du juge civil. Celui-ci sera ainsi saisi en référé pour ordonner toutes mesures destinées à prévenir une atteinte imminente aux droits conférés par le titre ou à empêcher la poursuite d'actes argués de contrefaçon⁷². Il interviendra en qualité de juge des requêtes pour rendre des ordonnances aux fins d'une saisie-contrefaçon.

Cependant, les annexes de l'Accord de Bangui posent le principe de la plénitude de compétence du juge pénal, lorsque celui-ci est saisi d'une action en délit de contrefaçon, il a aussi compétence pour statuer sur les exceptions soulevées par le prévenu sur la nullité, la déchéance ou sur des questions relatives à la propriété du brevet⁷³, des modèles d'utilité⁷⁴, des marques⁷⁵, des dessins et modèles industriels⁷⁶. Mais on peut également s'interroger utilement sur le rendement de ces juges répressifs.

2. *Le rendement du juge répressif dans les États membres de l'OAPI*

En ce qui concerne les décisions rendues par le juge pénal des États membres de l'OAPI, il faut rappeler que, dans cet espace régional, l'Accord de Bangui et ses annexes donne lieu à une construction jurisprudentielle à double vitesse. D'abord, en ce qui a trait aux décisions rendues dans le domaine de la propriété industrielle, il s'agit pour le juge pénal des États membres de faire une application

71. Voir les art. 62, al. 2 de l'Annexe I, 55, al. 2 de l'Annexe II.

72. Voir les art. 64, al. 1 de l'Annexe I ; 57, al. 1 de l'Annexe II.

73. Voir l'art. 59, al. 2 de l'Annexe I.

74. Voir l'art. 67 de l'Annexe II.

75. Voir l'art. 46, al. 2 de l'Annexe III.

76. Voir l'art. 28, al. 2 de l'Annexe IV.

directe et servile des textes de l'Accord et de ses annexes portant sur la propriété industrielle. C'est un cadre juridique obligatoire qui tient lieu de lois relatives aux matières qu'ils visent. Ils abrogent ou empêchent l'entrée en vigueur de toutes les dispositions contraires⁷⁷.

Mais dans le cadre de la propriété littéraire et artistique, la construction de la jurisprudence pénale est beaucoup plus complexe en raison du régime juridique reconnu à l'Annexe VII dans l'ABR-2015⁷⁸. Rappelons que dans plusieurs États membres de l'OAPI, des textes d'ordre interne en matière de droit d'auteur et droits connexes subsistent toujours. Bon nombre de ces lois nationales, bien que ne s'arrimant pas à la nouvelle révision opérée par l'ABR-2015, produisent toujours des effets⁷⁹, même en matière pénale. Mais, en raison de la primauté du cadre communautaire, en cas de silence ou de non-application d'une disposition (même répressive) constatée par le justiciable ou en deçà du minimum prévu par l'Annexe VII, le juge peut être amené à écarter sa loi nationale au profit de la norme communautaire. Seulement, cette complexité résultant du nouveau statut minimal conféré à l'Annexe VII par l'ABR-2015 n'est que récent. Or, pendant longtemps, la superposition ou la coexistence entre les lois nationales et l'Annexe VII (ABR-1999)⁸⁰ a posé problème pour le juge.

Nonobstant cette approche mitigée dans le rendement du juge pénal, nous avons néanmoins relevé quelques décisions rendues par les juges répressifs du Togo, du Congo, du Sénégal et du Mali, et ce, à titre d'exemple :

77. Voir dans ce sens l'art. 5, al. 2 de l'AB, actes de 2015.

78. L'article 5, alinéa 2 de l'Annexe VII dispose *in fine* que « [...] l'Annexe VII relative à la propriété littéraire et artistique est un cadre normatif minimal ».

79. Dans ce sens, le professeur Joseph FOMETEU, affirme que « si un État retarde ou se montre réticent à mettre à jour sa législation, le justiciable se fondera le cas échéant sur l'accord, pour amener le juge à constater que sa loi nationale se situe éventuellement en deçà du minimum fixé par l'OAPI ou qu'elle est silencieuse sur une question réglée par cette Organisation. Ce juge, sur la base de l'article 5, alinéa 2, pourrait alors écarter sa loi nationale afin d'appliquer l'annexe VII » (Max Lambert NDÉMA ELONGUÉ et Joseph FOMETEU, « Collection OMPI des jugements les plus déterminants en matière de propriété intellectuelle », OAPI (1997-2018)).

80. Laurier Yvon NGOMBE, « Trente ans de droit d'auteur dans l'espace OAPI », (2007) 41-3 *R.J.T.* 759. Dans cet article, l'auteur affirme : « Dès la fin des années 70, les États membres ont commencé à adopter leurs propres lois nationales. C'est notamment le cas du Mali (1977) et de la Côte d'Ivoire (1978). En 1980, c'est la Guinée qui adopte son texte. Suivent le Congo en 1982, la Haute-Volta (actuel Burkina Faso) en 1983, la République Centrafricaine en 1985, le Gabon en 1987 et le Niger (1993). »

➤ **Affaire MP et Société NESTLÉ SA. c. LASSISSI Aminatou, Tribunal de Première instance de Lomé, jugement du 16 avril 2008⁸¹.**

- Dans cette espèce : La société Nestlé titulaire de la marque de produits Cubes « MAGGI POULET », avait saisi le parquet de la république du tribunal de première instance de Lomé (Togo) pour une procédure de contrefaçon contre la dame LASSISSI Aminatou, cette dernière étant présumée avoir vendu ou mis en vente des cubes « MAGGI POULET » contrefaisants. Sur la base de cette plainte, le Procureur de la République avait, grâce aux officiers de police judiciaire, procédé à une saisie de 1 800 cartons des produits incriminés auprès de la présumée contrefactrice avant de la citer directement à comparaître devant le juge correctionnel pour le chef de délit de contrefaçon. Advenue l'audience, la prévenue par le truchement de son avocat avait soulevé une exception de nullité avant toute défense au fond (*in limine litis*), en tirant le moyen de ce que la saisie pratiquée par les OPJ sur instruction du Parquet de la République était faite en violation de l'article 48 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui, acte de 1999 (actuel art. 51 de l'Annexe III de l'ABR-2015)... Le juge répressif togolais a fait droit à l'exception soulevée par la prévenue.

➤ **Affaire MP et ADECHOKAN Amandatou c. YOUNOUSSA Fati et YOUNOUSSA Salamatou. Cour d'Appel de Brazzaville, Arrêt du 18 juillet 2006⁸².**

- Dans cette espèce : Les conjoints YOUNOUSSA se disant titulaires d'une marque de tissu nommée « SULTANA ALWAYS THE BEST » dont le logo était composé de trois couleurs (rouge, blanc et or) et d'une couronne royale, ladite marque étant enregistrée à l'OAPI depuis le 17 avril 2001. Courant 2004, ayant constaté la présence sur le marché des pagnes portant les signes distinctifs « SYLVANA ELEGANCE BEST QUALITY », qu'elles estimaient contrefaisants (et après une saisie-contrefaçon d'un lot de 250 pagnes), elles ont saisi la

81. Max Lambert NDÉMA ELONGUÉ et Joseph FOMETEU, « Collection OMPI des jugements les plus déterminants en matière de propriété intellectuelle », OAPI (1997-2018). (Voir Trib. de prem. Inst. de Lomé, 1^{re} Cham. Correc., jugement du 16 avril 2008, *MP et Société Nestlé SA c. LASSISSI Aminatou* (obs. de Malick LAMOTTE), p. 224-226.

82. Max Lambert NDÉMA ELONGUÉ et Joseph FOMETEU, *ibid.* (voir CA de Brazzaville, Arrêt du 18 juillet 2006, *MP et ADECHOKAN Amandatou c. YOUNOUSSOU Fati et YOUNOUSSOU Salamatou*) (obs. de Malick LAMOTTE), p. 202-207.

Chambre correctionnelle du Tribunal de Grande de Brazzaville pour délit contrefaçon contre les Établissements ADE et ICE et la Dame ADECHOKAN Amandatou. Dans sa décision, le juge correctionnel a déclaré les prévenus coupables du délit d'exploitation illicite d'une marque enregistrée en les condamnant au paiement des dommages et intérêts.

Mais, les prévenues ayant interjeté appel devant la Cour d'Appel de Brazzaville, cette dernière a infirmé la décision des juges du premier degré en estimant que la contrefaçon n'était pas constituée, motif pris de ce que les consorts YOUNOUSSA avaient violé l'interdiction de modification de la marque enregistrée et du principe de spécialité de même que l'absence de risque de confusion caractérisé.

➤ ***Affaire MP et la Société A.T.R.C. (SAT) c. Société SIC-SARL, Tribunal de Première instance de la Commune de district de Bamako-Mali, Jugement n° 34 du 3 février 2003***⁸³.

- Dans cette espèce : La Société A.T.R.C. poursuit la Société I.C.M. prise en la personne de son gérant pour répondre du délit de contrefaçon au sens des articles 37, 38, 43, 44 et 48 de l'ABR-1999, motif pris de ce que, courant 2002, la Société soupçonnée de contrefaçon aurait frauduleusement apposé sur ses produits la marque « VITALAIT » appartenant à la Société SAT, titulaire de la marque suivant enregistrement à l'OAPI depuis mars 1994. Cette imitation frauduleuse, étant de nature à tromper l'acheteur, s'assimile en un usage d'une marque frauduleusement imitée. Le prévenu et sa société étant exploitant de la marque « VIVALAIT », les deux marques étant quasiment identiques portent sur des produits similaires.

Dans sa réponse, le tribunal qui a prononcé la relaxe en déclarant le prévenu non coupable a estimé que la Société SIC-SARL, dont le prévenu est le gérant, avait fait enregistrer la marque « VIVALAIT » à l'OAPI, avait aussi signé, en date du 8 août 2000, une convention d'exploitation et commercialisation avec la Société plaignante, ce qui l'autorisait de fabriquer et de commercialiser la marque « VITALAIT » pendant dix (10) ans renouvelables, ce qui l'autorisait à apposer devant son usine ladite marque à côté de la sienne.

83. Voir « Le contentieux de la propriété intellectuelle dans les États membres de l'OAPI, recueil de décisions de justice », Collection OAPI, n° 3, octobre 2011, p. 159-171.

➤ ***Affaire El Hadj Faye c. Viviane N'DOUR, Tribunal de 1^{re} Instance de Dakar, jugement du 23 juillet 2003.***

- En l'espèce : Cette affaire a commencé sur le fond d'une polémique qui opposait le compositeur El Hadj Faye, auteur de la chanson « Boubou Ngary », à Dame Viviane N'DOUR (choriste du célèbre musicien de renommée internationale Youssou N'DOUR) à qui le compositeur reprochait d'avoir plagié cette chanson dans son album *Sammi*, violant ainsi son droit d'auteur. Les avocats de El Hadj Faye menaçant aussi d'engager des poursuites contre Mademba DIOP qui réclamait la paternité de cette œuvre et l'avait cédée à Viviane N'DOUR. Dans cette affaire, les juges ont établi que le plagiat était constitué avant d'entrer en voie de condamnation et au paiement des dommages intérêts, motif pris de ce que l'œuvre du plaignant avait été enregistrée par le Bureau Sénégalais des Droits d'Auteurs (BSDA) dès 1979. Ainsi donc, en la reprenant, Dame Vivianne N'DOUR avait commis une contrefaçon justifiant des poursuites et le paiement des dommages et intérêts.

B- Des difficultés dans la construction du droit pénal de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI

De manière plus intrinsèque, le droit pénal de l'OAPI porte en lui les viscères de sa faiblesse. Il reste, à ce jour, une matière assez mal connue, inaccessible avec un nombre très restreint de spécialistes. Son contentieux issu d'un domaine encadré par un texte excessivement technique, illisible est connu de façon occasionnelle « par des magistrats [pour la plupart] mal outillés »⁸⁴, ce qui a pour conséquence des interprétations juridiques hétérogènes et parfois confuses. Il ressort de ce qui précède que le droit pénal de la propriété intellectuelle en vigueur dans l'espace OAPI est en proie à des difficultés qui sont d'ordre endogène (1) et exogène (2).

1. Des difficultés endogènes au droit pénal de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI

En moins de quatre décennies, le diagnostic des mutations subies par le texte de Bangui fondateur du droit OAPI laisse transparaître que son droit pénal, que l'on qualifierait de « spécial », aussitôt

84. Paulin EDOU EDOU, Avant-propos, dans « Le contentieux de la propriété intellectuelle dans les États membres de l'OAPI, Recueil de décisions de justice », Collection de l'OAPI, n° 3, octobre 2011, p. 7.

né, porte déjà en son sein des viscères de sa faiblesse. On note que ce texte, qui a déjà subi trois révisions (1977, 1999, 2015), contient des dispositions illisibles, imprécises et insuffisamment claires. Il reste inaccessible, trop technique et parfois difficile à s'arrimer aux textes répressifs d'ordre interne des États membres. On relève aussi une certaine cacophonie dans l'organisation de la répartition des compétences contentieuses (qu'elles soient judiciaires ou extrajudiciaires) entre le juge civil⁸⁵, le juge des référés⁸⁶, les juges des requêtes⁸⁷, le juge pénal⁸⁸, le Centre d'arbitrage et de médiation⁸⁹. À cette litanie, il faut ajouter la Commission supérieure de recours⁹⁰ (ci-après « CSR »), qui de par la qualité de ses membres (magistrats) paraît comme un organe à compétence juridictionnelle, alors qu'en réalité, c'est un organe administratif chargé de statuer sur des recours hiérarchiques relativement aux décisions rendues par le directeur général de l'OAPI.

Pourtant, une législation communautaire, de plus comportant des dispositions répressives dont l'application relève de la compétence des juridictions des États membres, ne devrait être ni illisible ni manquer de clarté et de précision. En effet, le but d'une législation communautaire est de promouvoir l'uniformisation du régime juridique applicable au domaine qu'elle encadre en mettant en place des dispositions homogènes, applicable de manière identique. Or, l'Accord de Bangui et ses annexes prévoit des dispositions répressives qui

85. La compétence du juge civil est évoquée chaque fois que l'Accord parle de la juridiction nationale compétente agissant pour les actions civiles. Exemple dans les articles 47, 48 et 59, al. 1 de l'Annexe I, 46, al. 1.

86. Voir les art. 64, al. 1 de l'Annexe I, 50, al. 1 de l'Annexe III.

87. Voir les art 64, al. 2, 65, al. 2 de l'Annexe I, 50, al. 2 de l'Annexe III.

88. Voir les art. 59, al. 2 de l'Annexe I, 46, al. 2 de l'Annexe III.

89. Voir à ce sujet, l'art. 34 de l'ABR-2015. Bien que ce Centre ne soit pas encore effectif au sein de l'OAPI, il n'en demeure pas moins vrai que l'article 4, alinéa 2 de l'ABR-2015 institue un mode de règlement extrajudiciaire pour tous les litiges portant sur l'application de l'Accord et de ses annexes. C'est l'une des innovations apportées dans l'Acte de 2015. Notons que dans une affaire, alors que la Cour suprême de la Côte d'Ivoire s'était dessaisie d'une affaire relative à l'application de l'AB-1977 au profit de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'OHADA, celle-ci, vidant sa saisine dans la cause, a décliné sa compétence en renvoyant l'affaire devant la Cour suprême de la Côte d'Ivoire, juridiction initialement saisie (Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, Arrêt n° 005/2007 du 1^{er} février 2007, *Société Plast-KIM c. Société OCI-Plast*, obs. (M.-L.) NDEMA ELONGUE).

90. Voir l'art. 31 de l'ABR-2015. Bien que cette seule disposition, qui parle à la fois de la dénomination, des attributions et de la composition de la Commission supérieure des recours (CSR), ne donne aucune précision sur sa nature juridique réelle. Il ne fait pas l'ombre d'un doute que c'est une instance administrative chargée de connaître des recours hiérarchiques contre les décisions du directeur général de l'OAPI. Dans ce sens, sa compétence contentieuse n'est pas juridictionnelle, mais administrative.

caractérisent les infractions de contrefaçon qui peuvent poser des problèmes d'interprétation s'agissant de la qualification de cette infraction. Le style de rédaction non exhaustive utilisé dans les dispositions portant description des incriminations peut donner lieu à des interprétations confuse d'un juge pénal à un autre.

Ces faiblesses découlent également d'une concurrence dans la répartition des compétences contentieuses dévolues aux différentes instances en charge de règlement des litiges relevant de la propriété intellectuelle. À la lecture des articles 4, 31 et 34 de l'Accord de Bangui et de certaines dispositions de ses annexes (Acte de 2015)⁹¹, il apparaît un foisonnement des instances juridictionnelles, extra-juridictionnelles et administratives (juridictions nationales compétentes, Centre d'arbitrage et de médiation et Commission supérieure de recours) qui disposent des compétences contentieuses dans le cadre des règlements judiciaires ou extrajudiciaires des litiges relatifs à la propriété intellectuelle. Ces instances sont soit internes, soit externes à l'OAPI. Cependant, la ligne de démarcation dans leurs sphères d'intervention et de compétence est parfois si floue et étroite qu'il peut subsister des conflits de compétence, une confusion dans leur saisine ou des contrariétés dans les décisions qu'elles sont appelées à rendre dans le cadre des litiges relevant de la propriété intellectuelle.

Dans ce sens, les termes de l'article 4 de l'ABR-2015, tout en instituant deux modes de règlement des litiges relevant du droit de l'OAPI (judiciaire et extrajudiciaire) suscitent un débat quant au champ d'intervention de chaque instance notamment s'agissant de leur compétence matérielle. Pour certains⁹², la connaissance du contentieux répressif est un flût d'inarbitralité. Cette possibilité étant exclue de la compétence de la justice arbitrale par l'expression « seules

91. Il s'agit d'une lecture combinée des articles 4, 31 et 34 de l'ABR-2015 qui énoncent une multiplicité des compétences contentieuses en matière de propriété intellectuelle. Ils répartissent ces compétences entre plusieurs organes à savoir les juridictions nationales compétentes (juges civil, pénal, référé et des requêtes), le Centre d'arbitrage et de médiation ainsi que la Commission supérieure des recours. Cette répartition tentaculaire des compétences entraîne dans la pratique plusieurs conflits de compétence, de confusion dans la saisine du « bon juge » ou de la bonne instance de règlement du litige. Mais on peut aussi relever des risques de contrariété entre les décisions rendues par ces instances. Pour s'en convaincre, il existe une litanie de débats dans la doctrine et la jurisprudence au sujet de cette concurrence contentieuse.

92. Voir les observations de Joseph FOMETEU dans l'Arrêt n° 07/GCS du 17 mai 2002, *LINDA COMMUNICATION c. MIC VIDEO*, Cour suprême du Congo, « Collection OMPI des jugements les plus déterminants en matière de propriété intellectuelle, membres de l'OAPI, (1997-2018) », p. 165-173.

[les juridictions répressives des États membres] compétentes pour le contentieux pénal y afférent » incluse dans l'alinéa 1^{er} de l'article 4 qui est une innovation de l'ABR-2015. Mais si tel est le cas, alors, pourquoi, dans son alinéa 2, cet article parle de « tous les litiges portant sur l'application de l'Accord et de ses annexes » qui sont dévolues à la compétence des instances arbitrales et de médiation ?

De même, la frontière de démarcation entre les compétences judiciaires reconnues aux différents juges (civil, référé, des requêtes et pénal) englobée dans un concept large de « juridiction nationale compétente » est sur certains aspects si étroite qu'elle entraîne une confusion dans la saisine de chacun. Dans ce sens, la Cour d'Appel d'Abidjan a infirmé une ordonnance de saisie-contrefaçon en matière des marques délivrée par le président du tribunal de première instance d'Abidjan statuant en référé⁹³.

Outre les difficultés intrinsèques à la matière pénale spéciale et au texte qui met en évidence cette nouvelle discipline, on peut noter que d'autres difficultés sont extérieures à cette matière.

2. Des difficultés exogènes au droit pénal de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI

Deux questions méritent d'être posées en l'état actuel du droit pénal de l'OAPI à savoir : premièrement, les juges répressifs des États membres de l'OAPI sont-ils suffisamment équipés et qualifiés pour faire face à la montée d'un phénomène criminel (la contrefaçon) qui s'est diversifié et dont les tentacules atteignent, aujourd'hui, tous les secteurs de l'activité économique ? De plus, il a pris une envergure mondiale avec des ramifications avec le crime international (la cybercontrefaçon, le terrorisme et la contrebande). Deuxièmement, les États membres de l'OAPI sont-ils prêts à éradiquer le phénomène de la contrefaçon criminelle ? En effet, l'idéal pour ces États serait d'ériger la protection des droits de la propriété intellectuelle en une cause nationale, mais, face aux différents problèmes liés au sous-développement (santé publique, approvisionnement en produits pharmaceutiques et alimentaires), les importations et transactions de produits de contrefaçon apparaissent comme une bouée de sauvetage pour des populations démunies et en souffrance.

93. Voir les observations de (M.-L.) NDEMA ELONGUE sous l'Arrêt n° 005/2007 du 1^{er} février 2007, *Société Plast-KIM c. Société OCI-Plast*, Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), « Collection OMPI des jugements les plus déterminants en matière de propriété intellectuelle, membres de l'OAPI, (1997-2018) », p. 181-183.

Quelles sont les qualifications et les qualités que devrait avoir un magistrat pour exercer une répression efficace contre les atteintes à la propriété intellectuelle ? D'une manière générale, l'efficacité du contentieux pénal de la propriété intellectuelle dans un pays est aussi (et pas seulement) le reflet des acteurs judiciaires qui l'exercent. Parlant de la formation des magistrats africains dans le domaine de la propriété intellectuelle, Michel Vivant écrivait : « Les magistrats ont rarement reçu une formation dans une matière dont ils découvrent "sur le tas" la haute technicité. Et, conséquence inévitable : la sécurité juridique n'est pas toujours au rendez-vous... Mais qui pourrait reprocher à un juge de n'avoir pas la plus sûre maîtrise de ces questions de propriété intellectuelle quand il est appelé à connaître d'une affaire de ce type tous les deux ou trois ans. »⁹⁴ Cette réalité est aussi décriée par Paulin Edou Edou, pour qui « [l]es décisions rendues par des magistrats mal outillés ne sont pas toujours allées dans le sens que suggère une bonne connaissance du droit de la propriété intellectuelle ». Il ajoute encore : « En revanche, dans les domaines dits nouveaux [comme celui de la propriété intellectuelle], il [le magistrat] est peu outillé et l'obligation qui est la sienne de dire le droit, sous peine de déni de justice, l'amène parfois à rendre des décisions insuffisamment motivées et souvent en déphasage avec les règles du droit de la propriété intellectuelle. »⁹⁵

On s'accorde donc pour dire que le magistrat et, bien plus, l'ensemble des acteurs judiciaires en charge du contentieux pénal dans les juridictions des États membres de l'OAPI ne disposent pas (sauf pour quelques rares cas) d'une formation adéquate pour statuer avec efficacité et qualité sur les atteintes à la propriété intellectuelle. Cette affirmation peut être choquante, mais si l'on s'en tient à cette phrase célèbre de Laurent Bado : « Nul n'est bon juge que de ce qu'il connaît et [pour juger de la contrefaçon] il faut donc la connaître. »⁹⁶ Le manque d'une formation spécialisée en droit de la propriété intellectuelle est donc l'un des obstacles majeurs à l'efficacité d'un contentieux pénal de la contrefaçon dans l'espace OAPI.

Mais la contrefaçon est aussi une infraction avec de fortes implications sociales, macro et micro-économiques. Elle a parfois des ramifications avec les choix de politique (sanitaire, alimentaire, com-

94. Michel VIVANT, Préface, dans *Le contentieux de la propriété intellectuelle dans les États membres de l'OAPI*, 1^{re} éd., 2009, p. 3.

95. Paulin EDOU EDOU, Avant-Propos, *id.*, p. 6.

96. Laurent BADO, « Le contrôle juridictionnel de l'Administration dans les États du Conseil de l'entente », Thèse de doctorat en droit public, Université de Bordeaux, 13 octobre 1981, p. 71.

merciale et industrielle) faite par les États. En effet, il faut rappeler que « les facteurs qui déterminent les importations des biens contrefaits sont notamment ceux qui façonnent les demandes intentionnelles et inintentionnelles ». Il est démontré dans le rapport de l'OCDE et de l'EUIPO⁹⁷ qu'il y a une corrélation entre le PIB d'un pays et le respect de la propriété intellectuelle, et partant, le nombre des importations en produits contrefaits ; entre la répartition démographique et les importations de contrefaçon. En effet, plus une population est confrontée à des problèmes liés au sous-développement, plus le phénomène criminel de la contrefaçon devient une solution palliative pour répondre, un tant soit peu, aux besoins de la population.

S'agissant de la montée du phénomène de contrefaçon au sein des sociétés africaines, il a été démontré que « [l]orsque le groupe devient tolérant face à certains délits, le contrôle social s'atténue et offre aux individus la possibilité de commettre ces infractions »⁹⁸. Dans cette perspective, face aux besoins des populations, les actes de contrefaçon criminelle sont banalisés et se diluent dans la vie sociale jusqu'à devenir non pas des actes répréhensibles, mais, au contraire, tolérables et parfois même encouragés. Le contrefacteur devient, aux yeux d'une population totalement démunie, un « héros » et non pas un « criminel ». Ainsi, la pratique de la contrefaçon échappe totalement à la désapprobation sociale. Ce constat cadre bien avec les observations du criminologue Maurice Cusson sur la notion de culpabilité au sein d'une société : « La culpabilité qui est souvent la honte d'agir moins bien que les autres n'a plus de sens si les autres agissent mal. On n'a plus de réputation à préserver dans la société des gens malhonnêtes ; on risque même d'être ridiculisé pour ses scrupules. »⁹⁹

Il résulte donc de tout ce qui précède que, s'il ne fait pas, aujourd'hui, l'ombre d'un doute que le droit pénal de la propriété intellectuelle existe dans l'espace OAPI à travers les dispositions répressives incorporées dans l'Accord de Bangui et dans ses annexes, ainsi qu'à travers la dévolution de la compétence contentieuse aux juridictions répressives des États membres, il n'en demeure pas moins vrai que sa mise en œuvre reste confrontée à des nombreuses difficultés textuelles et organiques.

97. OCDE/EUIPO (2023), *Why Do Countries Import Fakes?: Linkages and Correlations with Main SocioEconomic Indicators, Illicit Trade*, Paris, OCDE, en ligne : <<https://doi.org/10.1787/8a4a4508-en>>.

98. Anaïs SZKOPINSKI, « Le droit pénal confronté aux atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins sur Internet », (2019) 5 *Cahiers Jean Moulin* 5.

99. Maurice CUSSON, *Le contrôle social du crime*, coll. « Sociologies », Paris, P.U.F., 1983, p. 150-151.

CONCLUSION

Au terme de nos développements, il faut retenir à titre de conclusion que l'existence d'un droit pénal de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI ne fait, aujourd'hui, l'ombre d'aucun doute. On s'accorde pour dire que ce droit est encore récent, complexe et technique, il se veut être autonome par rapport au droit pénal classique. L'insertion des dispositions répressives de fond et de forme dans l'Accord de Bangui et ses annexes, la dévolution de la compétence contentieuse en matière pénale aux juridictions des États membres sont la preuve d'une volonté, pour ces États, de sécuriser juridiquement et judiciairement le génie créateur africain. Sa mise en œuvre améliorée par des révisions continues, son application par les juges répressifs des États membres, certes encore avec des tâtonnements, peut permettre d'ores et déjà de répondre à certaines questions qui, hier, au lendemain des indépendances ne trouvaient pas de réponses.

Ainsi, à la question de savoir « quelle place pour l'Afrique et les Africains dans l'économie de l'immatériel et de la création ? »¹⁰⁰, on peut aujourd'hui répondre sans ambages que la propriété intellectuelle, à travers l'Accord de Bangui et ses annexes (comme cadre légal communautaire), grâce à l'OAPI (comme cadre institutionnel) et les juridictions civiles et pénales des États membres, contribue progressivement et efficacement à accorder aux États membres une place de choix dans le grand concert des nations relativement à l'économie de la connaissance.

Cependant, un long chemin reste encore à parcourir, car, comme dans d'autres domaines tels que l'environnement, la fiscalité, la cybersécurité, l'intelligence artificielle (IA), les simples dispositions répressives incluses dans un texte législatif (même communautaire) ne suffisent pas, à elles seules, pour prévenir, protéger ou sanctionner les atteintes à l'encontre de ces domaines¹⁰¹, tel est le cas pour la contrefaçon. En effet, cette infraction à géométrie variable est devenue un phénomène criminel mondial avec l'aide d'Internet sous les appellations de cybercontrefaçon, plagiat ou piratage. Il faut donc un texte communautaire avec un dispositif répressif sans cesse mis à jour.

100. Michel VIVANT, Préface, *Le contentieux de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI, Guide du magistrat et des auxiliaires*, 1^{re} éd., 2009, p. 4.

101. Roselyne NÉRAC-CROISIER, *Sauvegarde de l'environnement et droit pénal*, Avant-propos, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 11.

Bien mieux, il faut un législateur régional qui, sans tomber dans la tentation du mimétisme juridique, s'inspire des avancées opérées par d'autres organisations en matière de propriété intellectuelle pour améliorer et bonifier son cadre légal communautaire, le rendant plus performant et compétitif. À la seconde question de savoir « combien de législations sont restées lettre morte parce que la justice (pénale, dans le cas d'espèce) n'était pas préparée à jouer son rôle » ?¹⁰², répondons simplement que, s'il est vrai que le droit de la propriété intellectuelle et plus précisément ses dispositions répressives peuvent sembler inaccessibles du fait de leur complexité et de leur technicité, il est à noter que malgré ces difficultés¹⁰³, les juridictions pénales des États membres sont en train de s'approprier progressivement ce contentieux. Toutefois, les États membres et partant l'OAPI peuvent faire mieux à travers un renforcement des capacités techniques des acteurs judiciaires en charge du contentieux pénal de la propriété intellectuelle. Ils pourraient aller encore plus loin dans l'assouplissement ou l'infléchissement de leur souveraineté judiciaire à travers la création d'une juridiction communautaire ou supranationale pour donner une interprétation uniforme des dispositions de l'Accord de Bangui, à l'image de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA).

Il ressort de cet épilogue que le droit pénal de la propriété intellectuelle a encore des pages blanches à remplir dans l'espace OAPI, avec un avenir plein de rebondissements au gré des mutations du phénomène de la contrefaçon. Il devra s'appuyer sur deux piliers fondamentaux à savoir *le juridique* à travers le Code OAPI qui est l'Accord de Bangui et ses annexes et *le judiciaire* que sont les organes en charge du contentieux. Dans sa quête vers l'évolution et dans sa course contre les atteintes à la propriété intellectuelle, ces deux piliers doivent sans cesse être remis en question, confrontés aux modèles et à l'expérience des autres organisations spécialisées dans ce domaine. Une telle vision de l'avenir nécessite une grande volonté des États membres à fédérer et à renforcer les liens du communautarisme, des grands investissements humains et matériels.

102. *Op. cit.*, p. 101.

103. Au nombre des difficultés, certains auteurs ont relevé « la méconnaissance de la matière, l'interprétation disparate du droit communautaire et leur corollaire, l'absence d'une jurisprudence homogène en ce domaine » (Voir, *Le contentieux de la propriété intellectuelle dans les États membres de l'OAPI, Recueil de décisions de justice*, p. 10).

