



La contrefaçon de médicaments dans l'espace U.E.M.O.A.

Simplice Ouattara

► To cite this version:

Simplice Ouattara. La contrefaçon de médicaments dans l'espace U.E.M.O.A.. Droit. Université de Strasbourg, 2021. Français. ⟨NNT : 2021STRAA036⟩. ⟨tel-04496893⟩

HAL Id: tel-04496893

<https://theses.hal.science/tel-04496893v1>

Submitted on 9 Mar 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT, HISTOIRE ET SCIENCE POLITIQUE

ED 101

CEIPI UR 4375

THÈSE présentée par :

Simplice OUATTARA

Soutenue le : 7 septembre 2021

Pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Droit privé

**LA CONTREFAÇON DE MÉDICAMENTS
DANS L'ESPACE U.E.M.O.A**

THÈSE dirigée par :

Stéphanie CARRE

Maître de Conférences-HDR à l'Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

**FOMETEU Joseph
TREFIGNY Pascale**

Professeur à l'Université de Ngaoundéré (Cameroun)
Professeur à l'Université de Grenoble (France)

AUTRES MEMBRES DU JURY :

BOHOUSSOU Loukou Denis Directeur Général de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI)

L'Université de Strasbourg n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je dois adresser tous mes remerciements à ma Directrice de thèse Professeur Stéphanie CARRE pour la confiance qu'elle m'a accordée en acceptant de diriger mes travaux ainsi que pour sa disponibilité constante et l'investissement intellectuel dont elle a fait preuve pendant toutes ces années de recherche afin de permettre que ce projet soit mené à son terme.

Je voudrais manifester ma profonde reconnaissance au Professeur Joseph FOMETEU pour ses précieux conseils et l'attention qu'il a bien voulu porter à ce travail.

Au Directeur Général de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI), Denis BOHOUSSOU à qui je voudrais adresser toute ma gratitude d'avoir associé l'image de son institution à la soutenance de ma thèse de doctorat.

Je tiens à remercier le Programme d'Appui Stratégique à la Recherche Scientifique (PASRES) sis en Côte d'Ivoire de m'avoir accordé une allocation financière afin de permettre la réalisation de mon projet de recherche.

A mon épouse, Charline R. OKOBE, je voudrais faire part de toute ma reconnaissance pour sa patience et son appui indéfectible durant toutes ces années de recherche.

SOMMAIRE

(Les chiffres renvoient aux numéros de page)

REMERCIEMENTS	2
SOMMAIRE.....	4
ABREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES.....	5
INTRODUCTION GENERALE	11
PREMIERE PARTIE : LA CARACTERISATION DE LA CONTREFACON DE MEDICAMENT DANS L'ESPACE UEMOA	27
Titre I : L'objet de la contrefaçon : Le médicament.....	29
Chapitre I : La notion de médicament conventionnel	30
Chapitre II : La protection juridique du médicament issu des savoirs traditionnels.....	64
Titre II : Les actes constitutifs de la contrefaçon.....	106
Chapitre I : Les actes de contrefaçon relevant des droits nationaux	111
Chapitre II : Les actes de contrefaçon relevant de l'accord de bangui	144
Conclusion de la premiere partie.....	169
SECONDE PARTIE : LES MOYENS DE LUTTE CONTRE LA CONTREFACON DE MEDICAMENT DANS L'ESPACE UEMOA	170
Titre I : L'application des sanctions en matière de contrefaçon.....	172
Chapitre I : L'identification des sanctions en matiere de contrefaçon	173
Chapitre II : Les difficultés dans la mise en œuvre de la repression de la contrefaçon	191
Titre II : La facilitation de l'accès au médicament	223
Chapitre I : L'harmonisation des législations relatives a la sante dans l'espace uemoa	225
Chapitre II : La mise en œuvre des flexibilites du droit OAPI	244
Conclusion de la deuxieme partie	317
CONCLUSION GENERALE	318
BIBLIOGRAPHIE.....	322
INDEX ALPHABETIQUE.....	363
TABLE DES MATIERES.....	379

ABREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

AB	Accord de Bangui de 1977 révisé le 24 février 1999 et le 14 décembre 2015 à Bamako
ACP	Organisation des Etats d’Afrique, des Caraïbes et du Pacifique
ADPIC	Accord sur les Aspects des Droits de la Propriété Intellectuelle touchant au Commerce
aff	Affaire
AGNU	Assemblée Générale des Nations Unies
al.	Alinéa
ALE	Accord de Libre Echange
AMM	Autorisation de Mise sur le Marché
Ann.	Annales
APIDE	Académie de Propriété Intellectuelle Denis Ekani
art.	Article
ARV	Antirétroviraux
AUF	Agence Universitaire de la Francophonie
BAC	Bureau des Affaires Criminelles
BOPI	Bulletin Officiel de la Propriété Intellectuelle
BPF	Bonnes Pratiques de Fabrication
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre Civile
CA	Cour d’Appel
CAFC	Cour d’Appel du Circuit Fédéral

Cass. Civ.	Cour de Cassation, Chambre Civile
Cass. Com.	Cour de Cassation, Chambre Commerciale
CCJA	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
CDB	Convention sur la Diversité Biologique
CEE	Communauté Economique Européenne
CEEI	Centre d'Etudes Européennes et de l'Intégration
CEDEAO	Communauté Economique Des Etats de l'Afrique de l'Ouest
Cf.	Confère
CIPIH	Commission sur les droits de Propriété Intellectuelle, l'Innovation et la Santé Publique
Ch.	Chambre
CHRCP	Cellule pour l'Harmonisation de la Réglementation et de la Coopération Pharmaceutiques
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CNAC	Comité Nationale Anti-Contrefaçon
CNLC	Comité National de Lutte contre la Contrefaçon
Coll.	Collection
COTRAMED	Comité de lutte contre le Trafic illicite et la contrefaçon des Médicaments
CPC	Code de Procédure Civile
CPI	Code de la Propriété Intellectuelle français
CSP	Code de la Santé Publique
c/	Contre

DIC	Droits Intellectuels Communautaires
DMI	Dessin ou Modèle Industriel
DMT	Département Médecine Traditionnelle
Doc.	Document
éd.	Editions
FIFAS	Fédération des Fabricants et des Industries d'Articles de Sports
Ibid/Ibidem	Source citée précédemment
INDECOPI	Institut National pour la Défense de la Concurrence et la protection de la Propriété Intellectuelle
Infra	Ci-dessous
INRPMT	Institut National de Recherche sur la Pharmacopée et la Médecine Traditionnelle
IRACM	Institut de Recherche Anti-Contrefaçon de Médicaments
IRPI	Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle
JCP	Juris-Classeur Périodique
JO	Journal Officiel
JOCE	Journal Officiel des Communautés Européennes
JORF	Journal Officiel de la République Française
Juris.	Jurisprudence
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LVMH	Louis Vuitton Moët Hennessy
Mél.	Mélanges

MTA	Médicaments Traditionnels Améliorés
MTR	Médecine Traditionnelle
MCP	Médecine Complémentaire et Parallèle
n°	Numéro
NEPAD	Nouveau Partenariat pour le Développement de l'Afrique
NIC	Charte de Nommage Internet France
NPF	Nation la Plus Favorisée
OAMPI	Office Africaine et Malgache de la Propriété Industrielle
OAPI	Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle
Obs.	Observations
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economiques
off.	Officiel
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique de l'Ouest du Droits des Affaires
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
OMD	Organisation Mondiale des Douanes
OMPI	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
OMS	Organisation Mondiale de la Santé
ONU	Organisation des Nations Unies
ONUSIDA	Programme commun des Nations Unies sur le VIH/SIDA
ORD	Organe de Règlement des Différends
Ord.	Ordonnance

OUA	Organisation de l'Unité Africaine
PCT	Traité de Coopération en matière de Brevet
PED	Pays En Développement
PIB	Produit Intérieur Brut
PIBD	Bulletin de la Propriété Industrielle
PMA	Pays les Moins Avancés
PNPMT	Programme National de Promotion de la Médecine Traditionnelle
préc.	Précité
PROMETRA International	Organisation pour la Promotion des Médecines Traditionnelles
Prop. Indus.	Revue de la Propriété Industrielle
Prop. Intell.	Revue de la Propriété Intellectuelle
PUF	Presses Universitaires de France
PUL	Presses Universitaires Libres
RCCM	Registre de Commerce et Crédit Mobilier
RDPI	Revue du Droit de la Propriété Intellectuelle
Rec.	Recueil
Ref.	Référence
RGD	Revue Générale de Droit
RIPIA	Revue Internationale de la Propriété Industrielle et Artistique
RTD Com	Revue Trimestrielle Droit commercial
s.	Suivant
SIDA	Syndrome d'Immuno Déficience Acquise

somm.	Sommaire
sous dir.	Sous la Direction de
Supra	Ci-dessus
T.	Tome
TGI	Tribunal de Grande Instance
TPI	Tribunal de Première Instance
Trib.	Tribunal
UA	Union Africaine
UE	Union Européenne
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UEMOA	Union Economique et Monétaire Ouest Africaine
UMOA	Union Monétaire Ouest Africaine
UNIFAB	Union des Fabricants
UPOV	Union internationale pour la Protection des Obtentions Végétales
VIH	Virus de l'Immunodéficience Humaine
Vol.	Volume
WHO	World Health Organization
WIPO	World Intellectual Property Organization

INTRODUCTION GENERALE

1. La constitution de l'OMS adoptée en 1946 proclame que « *la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre, constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain quelles que soient sa race..., sa condition économique ou sociale.* »¹ Ainsi, par l'effet de cette importante déclaration, le droit de chaque être humain à bénéficier du plus haut niveau de santé est désormais pleinement adopté et reconnu par de nombreuses institutions nationales² et traités internationaux³. Cependant, en dépit de cette reconnaissance formelle, l'inégalité de l'accès aux médicaments essentiels constitue encore un des défis majeurs en matière de santé, surtout dans les Pays en Voie de Développement (PVD) et les Pays les Moins Avancés (PMA). S'insurgeant contre les obstacles qui empêchent la réalisation de ce droit (tels que les Accords sur les Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce), les auteurs de la déclaration de Montréal de 2005 sur le droit fondamental aux médicaments essentiels, remettent la santé au rang des droits fondamentaux les plus urgents et soulignent l'impact majeur de l'accès aux médicaments dans la réalisation de ce droit à la santé.⁴ Toutefois, la diffusion de médicaments contrefaisants, ou de faux médicaments, ou encore de médicaments falsifiés, constitue aujourd'hui une grave menace pour l'accès aux médicaments essentiels nécessaire pour garantir la santé de l'être humain dans le monde et particulièrement en Afrique. Nous ne saurions définir les notions liées à cette problématique (contrefaçon et médicament) sans faire un rappel de son évolution historique.

2. Traiter de la contrefaçon en général et de ses litiges en particulier conduit nécessairement définir la notion de contrefaçon. Elle est une notion universelle et contemporaine et relève des fondamentaux culturels de la société humaine. En cette matière, la violation des prérogatives exclusives du titulaire des droits par la survenance d'une atteinte est alors constitutive d'une contrefaçon. Le principe inhérent à cette dernière exige un éclairage sur la nature des droits de propriété intellectuelle. Les notions de contrefaçon et du contentieux afférent sont concomitantes à l'émergence du droit de la propriété intellectuelle. Mais l'apparition des premiers actes de

¹ La constitution a été adoptée par la conférence internationale de la santé, tenue à New York du 19 juin au 22 juillet 1946, signée par les représentants de 61 Etats le 22 juillet 1946 (actes off. Org. mond. Santé, 2, 100) et est entrée en vigueur le 7 avril 1948. Les amendements adoptés par la vingt sixième, vingt-neuvième, trente-neuvième et la cinquante –Unième assemblée mondiale de la santé (résolutions WHA 26.37, WHA 29.38, WHA 39.6 et WHA 51.23) sont entrés en vigueur le 3 février 1977, le 20 janvier 1984, le 11 juillet 1994 et le 15 septembre 2005 respectivement ; ils sont incorporés aux présents textes. Disponible sur le site suivant : www.who.int/governance/eb/who_constitution_fr

² *Ibidem*, p.1.

³ *Ibidem*.

⁴ La déclaration de Montréal sur le droit fondamental aux médicaments essentiels, Université de Montréal, 30 septembre 2005. Disponible sur le site suivant : https://fr.wikipedia.org/.../Déclaration_le_droit_fondamental_aux_médicaments_essentiels

contrefaçon est bien plus ancienne. En effet, l'atteinte portée au médicament est une pratique qui a toujours existé. Ainsi, dès le IV^{ème} siècle après Jésus-Christ, des écrits ont été retrouvés qui mettent en garde contre l'utilisation des médicaments falsifiés. Un médecin, pharmacologue et botaniste grec, Dioscoride Pedanios, fut le premier à décrire l'utilisation de plus de 600 plantes et 1000 remèdes qui représentent la principale source de connaissances sur les plantes médicinales durant l'Antiquité. Il mettait déjà en garde contre les produits falsifiés et donnait des conseils pour les détecter.⁵ Cette pratique s'est perpétuée au cours des siècles. Au XVII^{ème} siècle, la demande d'écorce de quinquina venant du Pérou augmente en Europe. A cette époque, cela constituait le premier traitement efficace contre la malaria. Cela a entraîné une augmentation des falsifications de l'écorce de quinquina (d'autant plus que ce produit n'était pas réglementé)⁶ et par conséquent une perte de confiance des patients envers ce traitement.⁷ Le XIX^{ème} était marqué par deux étapes majeures dans la constitution de la législation sur les droits de la propriété intellectuelle. La loi des 13 et 19 janvier 1791 et celle des 19 et 24 juillet 1793 relatives aux droits des auteurs posent en France les fondements juridiques du droit des auteurs.⁸ La première accordait aux seuls auteurs dramatiques un monopole d'exploitation sur la représentation de leurs œuvres et la seconde étendait les dispositions du premier texte aux droits de jouir durant leur vie entière, du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République et d'en céder la propriété en tout ou partie à l'ensemble des auteurs.⁹ S'en suit en 1800, l'apparition du droit des brevets visant à protéger l'exploitation des inventions, ceci du fait d'un arrêté du Gouvernement du 5 vendémiaire an IX.¹⁰

3 En 1948, soit deux années après la création de l'Organisation Mondiale de la Santé, les inquiétudes sur la qualité des médicaments dans le commerce international ont pris une dimension mondiale.¹¹ A partir des années 1980, la mondialisation facilite les échanges entre les pays développés et les pays en développement. Ce qui entraîne une explosion des marchandises

⁵ P. DIOSCORIDE, « Herboristes d'hier à Aujourd'hui », Herbothèque Terre et Vie, Vol.6, N°4, 2008.

⁶ L. ROCHER, *La contrefaçon des médicaments dans le monde : situation actuelle et perspectives*, Thèse de doctorat en pharmacie, Univ. Claude Bernard Lyon I, 2014, p. 21.

⁷ CIOF, Document cadre de la FIP pour l'élaboration d'un guide national sur les contrefaçons de médicaments à l'attention des pharmaciens, 2009, p. 4.

⁸ D. SAGOT-DUVAUROUX, *La propriété intellectuelle, c'est du réel ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIX^{ème} siècle*, Presses du Réel, 2002, p.2.

⁹ A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz., 2^{ème} éd., 1999, p. 32.

¹⁰ C'est ici que le terme de brevet est inscrit pour la première fois dans l'article 1^{er} de l'arrêté du gouvernement du 5 vendémiaire an IX, correspondant au 27 septembre 1800, disposant que « les brevets d'invention, de perfectionnement et d'importation sont délivrés tous les trois mois ».

¹¹ L'exemple du film intitulé « le troisième homme » paru en 1949 et réalisé par CAROL Reed mettait pour la première fois en scène, une affaire de contrefaçon de médicament, avec le personnage principale d'Harry LIME qui a organisé un trafic de pénicilline diluée dans la Vienne de l'après-guerre.

contrefaites en circulation sur le marché.¹² C'est en 1985, lors de la Conférence de Nairobi sur l'usage rationnel des médicaments, que le problème des médicaments contrefaisants a été soulevé pour la première fois au niveau international. A la suite des recommandations formulées lors du Congrès de Nairobi, l'OMS et d'autres organisations internationales et non gouvernementales ont mis en place une centrale d'informations pour recueillir les données et informer les gouvernements sur la nature et l'ampleur du problème¹³. En 1988, la résolution WHA41.16 adoptée par l'Assemblée mondiale de la santé, priait le Directeur général d'instituer des programmes pour prévenir et détecter l'exportation, l'importation et la contrebande de préparations pharmaceutiques faussement étiquetées, falsifiées, contrefaites ou ne répondant pas aux normes, et de coopérer avec le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (ONU), en cas de violation des dispositions des traités internationaux relatifs aux médicaments.¹⁴ S'il est aujourd'hui un domaine qui fait l'actualité dans l'industrie pharmaceutique, dans le domaine de la propriété intellectuelle et surtout dans la société, c'est bien celui de la contrefaçon de médicaments. Il ne serait pas logique d'aborder directement les questions relatives à cette problématique sans avoir au préalable donné une brève définition des notions de contrefaçon et de médicament. Ainsi, la contrefaçon est constituée, entre autres, d'une atteinte en violation des droits de propriété intellectuelle sans avoir obtenu l'autorisation du titulaire de droit.

4. La mécanisation de la société industrielle a donné un élan majeur à la contrefaçon dès le 19^{ème} siècle. Ainsi, il est à noter que la pratique de la contrefaçon est immédiatement liée à l'émergence des enjeux économiques. C'est aujourd'hui l'apport du réseau internet qui, par la numérisation des contenus et l'ouverture à une forme de commerce international, continue encore ce mouvement d'amplification de la pratique des actes de contrefaçon en général et la contrefaçon du médicament en particulier.

5. « *La notion de médicament, centrale en droit de la santé est interprétée largement* ». ¹⁵ Le concept de médicament a connu dans la réglementation européenne une importante extension jurisprudentielle. Les réflexions doctrinales, se sont ainsi concentrées autour de la seule notion du médicament, en raison de l'absence de définition harmonisée pour d'autres produits afin de déterminer s'ils sont ou non des médicaments. Il en a été ainsi pour les denrées alimentaires,

¹² P. BRUNOT, *Que sais-je ? La contrefaçon*, Presse Universitaire de France, 2006, p. 128. V. aussi, A. DE BOUCHONY, A. BAUDART, *Que sais-je ? La contrefaçon*. Presse Universitaire de France, 2006, p. 128.

¹³ OMS, Rapport de la conférence d'experts sur l'usage rationnel des médicaments, Nairobi, 25-29 novembre 1985

¹⁴ OMS, Résolution de l'assemblée mondiale de la santé, WHA41.16, Genève, 1988, p.1.

¹⁵ D. DEGROOTE, L. BENAICHE et M.-D. CAMPION, « Allégations santé et définitions du médicament : quelle frontière ? », ENSP (Ecole Nationale de la Santé Publique), n°378, 2003/04, pp. 69-77.

notamment pour les compléments alimentaires et les produits diététiques destinés à des fins médicales spéciales qui sont qualifiés de produits frontières¹⁶. Les juges européens en général et français en particulier ont joué un important rôle dans la qualification¹⁷.

6 L'Afrique, pour sa part, est aujourd'hui confrontée à l'épineux problème de qualification. Quel critère utiliser pour déterminer si tel ou tel produit appartient à la catégorie des médicaments ? Depuis quelques années, de nouveaux phénomènes sociologiques en termes d'alimentation, de santé, d'image, de bien-être et de plaisir ont envahi la scène médiatique rendant ainsi plus flou le contour des frontières entre aliments, médicaments et cosmétiques ; le concept d'aliment en est la preuve patente. On pourrait également évoquer ici le terme émergent de « *diétesthétique* », entendu comme le fait de bien manger pour être en bonne santé avec dans l'origine de ce mot, la fusion des mots diététique et esthétique. La diététique est « *une science ayant pour objet l'étude de la valeur alimentaire des denrées et celle des maladies entraînées par la mauvaise nutrition ainsi que la détermination des rations convenant aux diverses catégories de consommateurs* ». ¹⁸ L'article 1 alinéa 2 de la loi française du 11 septembre 1941 reprise par les articles 3 de la loi n°2015-533 du 29 juillet 2015 relative à l'exercice de la pharmacie et L 511 du CSP sénégalais disposent : « (...) *Sont considérés comme médicaments les produits diététiques qui renferment dans leurs compositions des substances chimiques ou biologiques ne constituant pas par elles-mêmes des aliments mais dont la présence confère à ces produits soit des propriétés spéciales recherchées en thérapeutique diététique, soit des propriétés de repas d'épreuve* » ¹⁹. Sur la problématique de la réglementation des compléments nutritionnels²⁰ et produits cosmétiques²¹ dans l'espace UEMOA, les discussions ont mis en évidence les insuffisances qui existent dans ce domaine et plaident en faveur de l'élaboration d'un cadre réglementaire communautaire. Quant à la réglementation en matière de produits cosmétiques, elle a connu une évolution dans le cadre de la construction du droit pharmaceutique africain. La composition d'un produit cosmétique est fort complexe. La spécificité de certains composants fait qu'en terme de nocivité, il n'est pas très loin des

¹⁶ S.-R. KOUKPO, *Le droit des produits de santé en Afrique de l'Ouest : le cas du Bénin et du Sénégal*, Thèse de doctorat, Univ. Montesquieu Bordeaux IV et Univ. Cheick Anta Diop de Dakar, 7 juin 2012, p. 110.

¹⁷ Arrêt de la chambre commerciale du 26 novembre 2003, *Bull.* 2003, IV, n° 177, pourvoi n° 01-18.056 ; Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 27 janvier 2009, 08-10.482 08-10.892 08-10.976 08-11.068, Publié au bulletin, rectifié par un arrêt du 24 novembre 2009.

¹⁸ Dictionnaire petit Larousse, p. 234.

¹⁹ Article L 511 du Code de la santé Publique du Sénégal.

²⁰ Décision n°06/2010/CM/UEMOA portant adoption des lignes directrices pour l'homologation des compléments nutritionnels dans les Etats membres de l'UEMOA et l'Annexe à la décision n°06/2010/CM/UEMOA.

²¹ Décision n°07/2010/CM/UEMOA portant adoption des lignes directrices pour l'homologation des produits cosmétiques dans les Etats membres de l'UEMOA et l'Annexe à la décision n°07/2010/CM/UEMOA.

médicaments. En effet, « *il peut renfermer des matières premières hydrophobes, des matières premières hydrophiles, de l'eau, des matières premières assurant l'association de ces trois types de corps des conservateurs, des matières premières améliorant la présentation du cosmétique, des principes actifs* ». ²² Conformément à la définition des articles 3 de la loi ivoirienne n°2015-533 du 29 juillet 2015 et L 511 du CSP sénégalais précités, certains produits cosmétiques sont considérés comme des médicaments. Aux termes de l'article 3 de la loi ivoirienne précitée : « *...Sont également considérés comme des médicaments : — les produits de cosmétologie ou d'hygiène corporelle contenant une ou plusieurs substances ayant une action thérapeutique au sens de l'alinéa 1 ci-dessus, ou contenant une ou plusieurs substances vénéneuses à des doses et concentrations supérieures à celles fixées sur une liste par arrêté du ministre chargé de la Santé ou ne figurant pas sur cette même liste* ». Il était important de faire quelques clarifications de la notion très large et complexe du médicament dans la mesure où la présente réflexion ne vise qu'un aspect spécifique de celui-ci : la contrefaçon de médicament à usage humain dans l'espace UEMOA.

7. La contrefaçon de médicament peut être ainsi définie comme une atteinte à un droit de propriété industrielle portant sur une spécialité pharmaceutique originale qu'est le brevet ou sur son emballage, c'est-à-dire la marque. Selon l'OMS, « *un produit médical est contrefait lorsqu'il y a une fausse représentation de son identité et/ou de sa source. Cela s'applique au produit, à son conditionnement ou à toute information concernant l'emballage ou l'étiquetage. La contrefaçon peut s'appliquer soit à des spécialités soit à des génériques. Les produits contrefaits peuvent être des produits contenant les bons ingrédients/ composants ou de mauvais ingrédients/ composants, pas de principes actifs ou un principe actif en quantité insuffisante ou encore des produits dont le conditionnement est falsifié.* » ²³ Ce type de contrefaçon est presque conforme à l'original, du moins dans son aspect extérieur (conditionnement et forme galénique) ²⁴. Ce sont des médicaments simulés, le produit n'a que l'apparence du médicament. ²⁵ La notion de faux médicaments ²⁶ est entendue largement dans nos pays même si cela ne signifie pas que tous les médicaments qualifiés de faux soient inactifs ou dangereux. Des malfaçons, c'est-à-dire des produits de mauvaise qualité

²² C. ROQUILLY, *Le droit des produits cosmétiques*, Paris, éd. Economica, 1991, p. 5.

²³ OMS, Produits médicaux contrefaits, rapport Secrétariat, 24^{ème} session, EB 124/14, 18 décembre 2008, p. 3.

²⁴ S.-R. KOUKPO, *Le droit des produits de santé en Afrique de l'Ouest : le cas du Bénin et du Sénégal*, Thèse de doctorat, Univ. Montesquieu Bordeaux IV et Univ. Cheick Anta Diop de Dakar, 7 juin 2012, *op. cit.*, p. 120.

²⁵ OMS donne une typologie de faux médicaments circulant dans le monde : Produits sans ingrédients actifs (32,1%), Produits avec des quantités incorrectes d'ingrédients actifs (20,2%), Produits avec des ingrédients inadéquats (21,4%), Produits avec les bonnes quantités d'ingrédients actifs mais avec un faux emballage (15,6%), Produits contenant des impuretés ou des contaminants (8,5%).

²⁶ OMS utilise cette notion pour la première fois au Nigéria en 1985. Dans les faux médicaments, on peut selon une typologie établie par Jacques PINEL de MSF trouver des médicaments de bonne qualité, illicite du fait qu'ils sont fabriqués en violation d'un droit de propriété intellectuelle, d'un brevet, ou par usurpation du nom d'un laboratoire. Ces médicaments contiennent pour la plupart les principes actifs requis.

en général n'entrent pas dans la définition des contrefaçons données par l'OMS, car certains fabricants ne sont pas conscients de la mauvaise qualité de leur produit. Ce qui fait ainsi disparaître l'élément intentionnel. Cette mauvaise qualité résulte d'un défaut de contrôles administratifs, d'un encadrement réglementaire déficient ou d'un environnement technologique insuffisant. Cependant, le législateur OAPI de même que les textes nationaux des Etats membres de l'UEMOA ne définissent pas la notion de contrefaçon de marque. Ils se contentent d'énumérer une série d'actes constitutifs de contrefaçon dans l'Accord de Bangui du 24 février 1999²⁷ et des codes pénaux des Etats membres de l'UEMOA. Il convient toutefois, de noter que le législateur de l'OAPI a résorbé cet impair juridique en prenant soin de définir clairement la notion de contrefaçon dans l'Accord de Bangui révisé du 14 décembre 2015²⁸ qui malheureusement jusqu'à ce jour n'est pas encore entièrement entré en vigueur. Si l'entrée en vigueur des Annexes relatives aux indications géographiques, à la propriété littéraire et artistique, à la protection contre la concurrence déloyale et aux obtentions végétales est effective, ce n'est pas le cas des Annexes I et III relatives respectivement au brevet et à la marque dont l'entrée en vigueur est reportée à une date ultérieure.²⁹ Alors que l'article 42 alinéa 1 dudit Accord dispose expressément que : « *Le présent Acte entrera en vigueur deux (02) mois après le dépôt des instruments de ratification par deux tiers au moins des Etats signataires* », en reportant *sine die* l'entrée en vigueur des Annexes relatives au droit de brevet et au droit de marque, l'OAPI ne se met-elle pas en contradiction avec l'article sus-évoqué ?

8 La contrefaçon de médicament est un véritable problème à l'échelle mondiale et particulièrement dans les pays membres de l'UEMOA, notamment avec le développement des technologies, l'importance prise par la Chine comme usine du monde, la porosité des frontières et l'instabilité politique de ces Etats. En effet, l'Union Economique et Monétaire Ouest Africain (UEMOA) instituée par un traité signé le 10 janvier 1994 et ratifié en juin de cette même année³⁰ par les Etats membres a remplacé l'Union Monétaire Ouest Africain (UMOA) créée quelques années plus tôt, c'est-à-dire le 14 novembre 1973.³¹ Alors que l'UMOA ne visait à harmoniser que

²⁷ Article 37 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

²⁸ Article 49 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui révisé du 14 décembre 2015.

²⁹ Décision n°003/OAPI/PCA portant date d'entrée en vigueur de certaines Annexes de l'Accord de Bangui, Acte du 14 décembre 2015.

³⁰ Le Traité UEMOA signé le 10 janv. 1994 est entré en vigueur le 1^{er} août 1994. Le traité UEMOA a été révisé à Ouagadougou successivement le 29 janv. 2003 et le 20 janv. 2007 ; L'UEMOA a été créée par des pays qui sont tous membres de la CEDEAO et poursuit exactement les mêmes objectifs que la CEDEAO. Sur ce point V. L.M. IBRIGA, « Le problème de l'UEMOA et la CEDEAO », in : *La libéralisation de l'économie dans le cadre de l'intégration régionale : le cas de l'UEMOA*, P. MEYER (sous dir.), « Publication du CEEI », n°3, Ouagadougou, Imprimeries presses africaines, 2001, pp. 197 et s. ; A. AKANNI-HONVO, L'UEMOA et la CEDEAO ; « Intégration à géométrie variable ou fusion », in : *Les économies en développement à l'heure de la régionalisation*, PH. HUGO (dir.), Karthala, 2002, pp. 239 et s.

³¹ UMOA, créée le 14 nov. 1973, ne visait que l'harmonisation des législations monétaire et bancaire.

les législations monétaires et bancaires, l'UEMOA qui s'est fixée comme objectif de créer entre les Etats membres un marché commun basé sur la libre circulation des personnes, des services, des capitaux, tend à harmoniser toutes les législations économiques en vue de réaliser cet objectif. Cette harmonisation repose sur trois fondements³² contenus dans le préambule du traité de l'UEMOA : La nécessité de favoriser le développement économique et social des Etats membres grâce à l'harmonisation de leurs législations, l'unification de leurs marchés intérieurs et la mise en œuvre de politiques sectorielles communes dans les secteurs essentiels de leur économie. L'article 60 du Traité précité dispose enfin que « ...la Conférence des chefs d'Etats et de Gouvernement établit les principes directeurs pour l'harmonisation des législations des Etats membres. Elle identifie les domaines prioritaires dans lesquels, conformément aux dispositions du présent traité, un rapprochement des législations des Etats membres est nécessaire pour atteindre les objectifs de l'union. »³³ L'UEMOA, organisation interétatique sous régionale, regroupe actuellement huit (8) Etats membres dont la Côte d'Ivoire, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Bénin, le Burkina Faso, le Togo, la Guinée Bissau qui sont tous membres de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI)³⁴. Elle constitue un vaste ensemble de 3.506.126 km² avec une population totale estimée à environ 123,6 millions d'habitants³⁵. Elle reste caractérisée par l'existence d'une monnaie commune, le Franc de la Communauté Financière Africaine (FCFA), d'un marché commun avec un taux d'inflation moyen annuel de 3,4% en 2019³⁶, un taux de croissance réelle du PIB de 6,1%, un taux de croissance démographique de 2,8% et un PIB nominal de 20711,8 milliards de FCFA,³⁷ l'UEMOA est le dernier né des grands ensembles sous régionaux africains. Depuis plusieurs décennies, l'Afrique de l'Ouest est devenue une plaque tournante des trafics en tous genres (*des cigarettes, des armes, des êtres humains, des déchets toxiques, de la drogue, du pétrole et d'autres ressources naturelles...*) et particulièrement des faux médicaments ou médicaments contrefaisants.³⁸ C'est dans ce contexte alarmant et inquiétant qu'en 2009, sur une initiative des Fondations Jacques CHIRAC et Pierre FABRE, les Etats Membres de l'UEMOA lançaient ce qu'il

Aujourd'hui, le Traité UEMOA s'est approprié les objectifs du Traité UMOA.

³² Le Traité de l'UEMOA du 10 janvier 1994 précité.

³³ Le Traité de l'UEMOA du 10 janvier 1994 précité.

³⁴ V. Accord de Bangui révisé, Acte du 02 mars 1977 portant création de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle du 24 février 1999, p.1.

³⁵ INS/C.UEMOA : RSM, Juin 2020. Consulté le 3 février 2021 sur le site <http://www.uemoa.int/fr/presentation-de-l-uemoa>

³⁶ BCEAO, Rapport sur l'évolution des prix à la consommation dans l'UEMOA en 2019 et perspectives, Direction Générale de l'Economie et de la monnaie, mars 2020.

³⁷ T. TIEMGO, *L'intégration régionale en Afrique : le cas de l'UEMOA*, Mémoire de Master en Droit option Relations Internationales et Européennes soutenue à l'Institut de Recherches et d'Etudes en Relations Internationales et Européennes (IRERIE), France, 2004, p.52.

³⁸ C. NIAUFRE, « Le trafic de faux médicaments en Afrique de l'Ouest : filières d'approvisionnement et réseaux de distribution (Nigéria, Bénin, Togo, Ghana) », note de l'IFRI, Mai 2014, p. 33.

est désormais convenu d'appeler « *APPEL DE COTONOU* », ³⁹ qui représente à ce jour un acte politique international majeur dans la lutte contre le trafic de faux médicaments au niveau régional. Cet appel régional mémorable, signé par 50 chefs d'Etats et qui emboitait le pas à la conférence de Nairobi s'était déjà tenue en 1985 sur la même problématique. Il va impulser d'autres initiatives communes de lutte contre ce fléau qui mine le continent africain, notamment, *la résolution de Montreux du 24 octobre 2010*, ⁴⁰ *la résolution du Conseil des Ministres ACP du 23 Novembre 2010*, ⁴¹ *la Déclaration de Zanzibar du 02 septembre 2010* ⁴² et enfin *la résolution de la Table Ronde de Ouagadougou du 29 Novembre 2011* ⁴³. Il faut noter que la table ronde de Ouagadougou est le premier évènement de portée régionale, directement issu de l'Appel de Cotonou, préparé en partenariat avec les quinze (15) Etats de la CEDEAO et la Communauté de l'UEMOA. En 2012, les Fondations CHIRAC et Pierre FABRE ont conjointement interpellé les gouvernants du monde en général et des Etats Ouest africain en particulier sur l'extrême gravité du phénomène de la contrefaçon de médicaments en ces termes : « *L'économie criminelle des faux médicaments me révolte parce qu'elle : s'attaque aux pays les plus pauvres, et, en leur sein, à des familles sans protection sociale et sans moyens, concerne les médicaments les plus indispensables à la santé individuelle et collective ; ceux qui soignent le paludisme, la tuberculose, le SIDA, s'insinue partout, sur les marchés des rues, comme sur internet, et qu'elle grossit au point que ses revenus dépassent ceux du trafic de la drogue, parce que les faux médicaments ne se contentent pas de tromper l'espérance des patients et qu'ils sont souvent des poisons qui tuent ou handicapent. Qu'on ne me dise pas qu'il ne s'agit pas d'un crime* ». ⁴⁴ Ces interpellations incessantes sur l'ampleur de la contrefaçon de médicaments vont susciter une collaboration plus active entre les différents organismes internationaux de lutte contre les médicaments contrefaisants et les gouvernements de la sous-région dans ce combat impitoyable que leur livre les contrefacteurs. Par exemple, Interpol, qui veut privilégier une collaboration multisectorielle aux niveaux national, régional et international,

³⁹ Fondation CHIRAC, Actes de la conférence sur les faux médicaments, Cotonou décembre 2010.

⁴⁰ Déclaration de Montreux, XIIIème Conférence des Chefs d'Etats et de Gouvernement des pays ayant le français en partage, Suisse, 23-24 octobre 2010.

⁴¹ Résolution du Parlement Européen du 23 novembre 2010 sur les travaux de l'Assemblée paritaire ACP-UE en 2009 (2010/2236 INI).

⁴² Déclaration de Zanzibar sur la contrefaçon de produits médicaux et la criminalité pharmaceutique du 02 septembre 2010.

⁴³ UEMOA, Action conjointe contre les faux médicaments en Afrique de l'Ouest, Ouagadougou, 27-29 septembre 2011.

⁴⁴ L'Appel de Cotonou est un appel international contre le trafic de faux médicaments. Il est intervenu à Cotonou en République béninoise lors de l'inauguration de la Fondation J. CHIRAC le 12/10/2009. C'est un message politique perçu comme un encouragement aux professionnels de santé et aux différentes administrations à coopérer pour appliquer ou créer les conditions législatives et normatives permettant de lutter contre les faux médicaments.

Disponible sur le site internet suivant : <http://www.fondationchirac.eu/prevention-conflits/acces-aux-medicaments/mobilisation-internationale-contre-traffic-faux-medicaments>

a mené sur le terrain, un ensemble d'opérations régionales (Biyéla,⁴⁵ Pangéa,⁴⁶ Storm Cobra⁴⁷), pour tenter de perturber les réseaux criminels pharmaceutiques⁴⁸. En outre, la prolifération de produits pharmaceutiques de contrebande et de médicaments contrefaisants représente environ 30% des ventes de ce secteur illégal de médicaments dont le chiffre d'affaires est estimé à environ 30% du marché pharmaceutique national en 2009 soit 50 milliards de FCFA.⁴⁹ Enfin, selon l'OMS, 42 % des « *produits médicaux de qualité inférieure ou falsifiés* » découverts depuis 2013 l'ont été en Afrique. Dans certains États, on estime même que les médicaments contrefaits représentent 30 à 60 % des produits médicaux.⁵⁰ Cet aperçu non exhaustif de l'actualité pharmaceutique africaine, montre l'ampleur actuelle des médicaments contrefaisants. Le problème engendré par cette activité illicite est tout d'abord celui de la violation des droits de propriété intellectuelle des titulaires de marque ou de brevets mais il concerne surtout la mise en danger de la santé de la population qui n'est pas informée des risques qu'elle encoure.

9. La contrefaçon et le commerce illicite de médicaments minent les efforts pour atteindre les objectifs du millénaire pour le développement dans le domaine de la santé que se sont fixés les pays de l'Afrique en général. Les informations sur l'ampleur du problème sont insuffisantes voire inexistantes. Et malheureusement, il n'y a pas d'études en cours à l'échelle de l'Afrique. On sait

⁴⁵ L'opération d'envergure dénommée Biyéla 2 conduite du 15 au 25 juin 2017 en Afrique conjointement par l'Organisation Mondiale des Douanes (OMD), Interpol et l'Institut de Recherche Anti-Contrefaçon de Médicaments (IRACM) en partenariat avec les administrations douanières des pays concernés dans les principaux ports d'Afrique de l'Ouest (Benin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Mali, Niger, Togo et le Nigéria) a permis de faire une saisie record de 420 tonnes de médicaments composés de divers produits de première nécessité d'une part (analgésiques, anti-inflammatoires, antibiotiques) et des produits concernant des traitements de fonds d'autre part (les antituberculeux). Ce vaste coup de filet a mobilisé quelques 1150 agents de police, de douane et de la réglementation des produits de santé des Etats susvisés et 150 personnes environ ont été arrêtées ou placées en surveillance à l'issue de cette opération.

⁴⁶ L'opération Pangea VI, initiée courant 2013, a consisté, quant à elle, à mettre en place une semaine durant, des actions contre la vente de médicaments contrefaits sur internet. Lors de cette opération, les activités se sont concentrées sur les trois principaux composants d'un site internet illégal, c'est-à-dire le fournisseur de service Internet, le système de paiement et le système de livraison. Lors de cette opération, les résultats ont été de 9.8 millions de médicaments potentiellement dangereux saisis d'une valeur estimée à 41 millions USD, 9000 sites Internet recensés et fermés, 522.000 paquets inspectés par les agents de la douane dont 58.000 ont été saisis et 175 enquêtes ont été ouvertes concernant diverses infractions (fabrications, détention ou vente illégale de médicaments soumis à prescription). Il faut noter que durant ladite opération, des campagnes d'information ont été menées pour sensibiliser la population aux dangers que représente l'achat de médicaments sur Internet.

⁴⁷ L'opération Cobra du 26 septembre au 2 octobre 2011, regroupant certains pays de l'Afrique de l'Ouest (Burkina Faso, Ghana, Guinée, Nigéria, Sénégal et le Togo) et un pays de l'Afrique Centrale (Cameroun), avait pour but d'investiguer, d'identifier et de démanteler des réseaux de trafic de faux médicaments. Cette opération d'envergure a abouti à la saisie de 10 tonnes de faux médicaments et de médicaments illégaux et plus de 100 arrestations de contrefacteurs ou de contrebandiers.

⁴⁸ INTERPOL, « Criminalité pharmaceutique ». Disponible sur le site www.interpol.int/fr/Criminalité/Criminalité-pharmaceutique/Criminalité-pharmaceutique, consulté le 18 octobre 2020.

⁴⁹ A. AMARI, « La Contrefaçon des médicaments en Afrique », éd. Afrique Biomédicale, vol. 17, n°1, 2012, pp. 73-79.

⁵⁰ LE POINT AFRIQUE, « L'Afrique s'élève contre le trafic de faux médicaments », 17 janvier 2020. Disponible sur le site suivant : https://www.lepoint.fr/afrique/l-afrique-se-leve-contre-le-traffic-de-faux-medicaments-17-01-2020-2358318_3826.php#

cependant qu'un tel commerce affecte les pays développés comme ceux en développement, mais qu'il touche davantage les pays où la fabrication, l'importation, la distribution, l'approvisionnement et la vente des médicaments sont moins réglementés et où l'application de la réglementation manque de rigueur. Les administrations chargées de la santé publique dans ces différents Etats membres, à qui il revient de veiller au contrôle et à la qualité des médicaments mis à la consommation, ont beaucoup de mal à faire face à la prolifération et à la complexité du phénomène. En dehors de l'étude statistique menée par l'OMS sur les médicaments contrefaisants ou non-conformes⁵¹ en circulation dans les pays en voie de développement en général, les chiffres annoncés dans chaque Etat membre de l'UEMOA en particulier sont encore plus inquiétants.⁵² En tout état de cause, qu'il existe ou non des statistiques caractérisant l'ampleur du phénomène des médicaments contrefaisants dû à un certain nombre de facteurs endogènes et exogènes, notamment, *l'obsolescence ou l'inadéquation des textes juridiques, l'absence de rigueur dans le contrôle de la distribution des produits pharmaceutiques, la pauvreté et l'analphabétisme de la population, le coût élevé des médicaments, la corruption et la mauvaise gouvernance, l'instabilité sociopolitique des Etats membres de l'UEMOA, l'accès insuffisant des populations aux services de santé*, la production locale de médicaments dans la plupart des pays africains demeure quasi inexistante. En effet, l'industrie pharmaceutique africaine ne constitue qu'une infime part de la production de médicaments dans le monde. A titre d'exemple, la production pharmaceutique en Afrique compte aujourd'hui moins de 3% de la production mondiale⁵³. En dépit d'une volonté affichée des différents gouvernements des Etats africains de procéder à l'augmentation de leur production pharmaceutique interne, le déficit reste encore énorme et préoccupant tant « *les productions à petite échelle, tournées vers le marché intérieur, sont fragiles et respectent peu les bonnes pratiques édictées par l'OMS* ».⁵⁴

10. La production locale de médicaments peut non seulement être d'un apport considérable sur les plans économique et social, mais aussi entraîner une réduction des coûts à l'importation, une création d'emplois locaux, et un transfert de savoir-faire en vue de la formation du personnel. C'est pourquoi, l'Union Africaine (UA) et le Nouveau Partenariat pour le Développement de l'Afrique

⁵¹ UEMOA, Une action conjointe contre les faux médicaments en Afrique de l'Ouest, Ouagadougou (Burkina Faso), 27-29 septembre 2011.

⁵² LE POINT AFRIQUE, « L'Afrique s'élève contre le trafic de faux médicaments », 17 janvier 2020, *op. cit.*

⁵³ AFD, « Production et accessibilité des médicaments en Afrique : Le secteur privé en principe actif », 7 novembre 2019. Disponible sur le site : <https://www.afd.fr/fr/actualites/production-et-accessibilite-des-medicaments-en-afrique-le-secteur-prive-en-principe-actif>

⁵⁴ C. NIAUFRE, « Le trafic de faux médicaments en Afrique de l'Ouest : filières d'approvisionnement et réseaux de distribution (Nigéria, Bénin, Togo, Ghana) », note de l'IFRI, Mai 2014, *op. cit.*, p. 33. V. « l'Afrique premier marché export de l'industrie pharmaceutique chinoise », Agence Ecofin, 5 novembre 2012. Disponible sur le site www.agenceecofin.com/commerce/0511-7415-1-afrique-premier-marche-export-de-l-industrie-pharmaceutique-chinoise, p.33.

(NEPAD) ont décidé de soutenir les efforts de développement de l'industrie pharmaceutique locale des pays africains, notamment pour la production de médicaments essentiels tels que les antirétroviraux, les antipaludéens et les antituberculeux.⁵⁵ L'intérêt porté par l'UA et le NEPAD, sur le développement de ces médicaments essentiels, est à court et moyen terme de favoriser certes une production locale accrue mais aussi, de garantir une bonne qualité de fabrication de leur production à un prix de vente abordable pour les populations vulnérables. Toutefois, en attendant la réalisation du soutien projeté par l'UA et le NEPAD en vue d'une production nationale suffisante de médicaments au profit de la population africaine, ces pays ont toujours recours à l'importation de médicament et aux plantes traditionnelles pour tenter de résorber leur déficit. En effet, la principale source d'approvisionnement en médicaments pour l'Afrique francophone demeure l'importation. Celle-ci est le fait d'introduire dans le cas d'espèce des médicaments en provenance de l'étranger. Cette situation de totale dépendance des pays africains à l'égard des pays industrialisés leur est préjudiciable. Par exemple, elle ne permet pas aux gouvernements de ces pays de planifier, dans la durée, un programme de santé cohérent et efficient pour leur population sans être confronté parfois à la volonté des fournisseurs. En outre, en se fondant sur les données récoltées par l'OMS,⁵⁶ les médicaments contrefaits destinés à être commercialisés dans les pays de la sous-région, sont ceux utilisés dans le traitement du paludisme, de la tuberculose, du VIH, des antiparasitaires, des antibiotiques, des analgésiques, des sérums antitétaniques, des contraceptifs et des vaccins.

11. La contrefaçon de médicament constitue non seulement un danger pour la santé au niveau des individus, mais également une menace pour la santé publique et la société dans son ensemble. De plus, l'inefficacité de ces médicaments peut également induire des soins supplémentaires et par conséquent augmenter les coûts supportés par l'ensemble de la société. Outre cette menace pour la santé publique, la découverte de médicaments contrefaisants dans la chaîne de distribution légale peut éroder la confiance de la population dans les systèmes de santé. Il faut noter qu'au niveau des administrations chargées du médicament dans chacun des pays de l'union, aucune information sur les brevets et les marques de médicaments n'est disponible. Il va sans dire que ces informations ne sont pas prises en compte dans l'examen des dossiers d'enregistrements et d'homologation des médicaments mis à la consommation de la population des Etats membres de l'UEMOA. Il convient toutefois de préciser que la question de la contrefaçon, dans le domaine de la santé en général et des médicaments en particulier, renvoie nécessairement au domaine de la protection par brevet. Dans le

⁵⁵ C. NIAUFRE, « Le trafic de faux médicaments en Afrique de l'Ouest : filières d'approvisionnement et réseaux de distribution (Nigéria, Bénin, Togo, Ghana) », *op cit* , p.33.

⁵⁶ A. AMARI, « La Contrefaçon des médicaments en Afrique », *op. cit.* pp. 73-79.

domaine pharmaceutique, le médicament est une invention de produit, protégée par un brevet. « *L'invention s'entend d'une idée qui permet dans la pratique la solution d'un problème particulier dans le domaine de la technique* ». ⁵⁷ Quant au brevet, c'est le titre délivré pour protéger une invention. Le brevet d'invention a une durée de vingt ans qui court à compter du jour du dépôt de la demande. ⁵⁸ Tous les actes portant atteintes aux droits du titulaire sur le médicament pourraient donc entraîner des conséquences multiples. Il s'agit notamment d'un frein à la recherche et à l'innovation et à la valorisation des avantages compétitifs des entreprises innovantes, d'une baisse d'activité dans l'industrie pharmaceutique, d'un handicap des partenariats technologiques et de l'atteinte à l'image de l'entreprise. Le nom du laboratoire et celui du médicament peuvent être protégés par le droit de marque. En effet, « *Est considéré comme marque de produits ou de services, tout signe visible utilisé ou que l'on se propose d'utiliser et qui sont propres à distinguer les produits ou services d'une entreprise quelconque (...)* ». ⁵⁹ Le droit de marque permet à toute personne, patient ou non de reconnaître, d'identifier le produit pharmaceutique, reconnaissance qui s'accompagne d'une garantie de qualité et de sécurité. Ce qui signifie que l'exploitation d'un tel signe ne peut se faire sans avoir obtenu au préalable le consentement du titulaire de droit. Ensuite, c'est l'article 1^{er} de l'Annexe IV qui définit le dessin ou modèle industriel comme tout objet dont la forme, la configuration ou l'effet extérieur lui confère une physionomie propre et nouvelle qui le distingue d'autres objets. Cette particularité lui vaut d'être protégé pendant une durée déterminée de cinq (5) ans renouvelables deux fois, soit durant quinze années. Dans la pratique, le dessin concerne une création bidimensionnelle et le modèle, une création tridimensionnelle. Les dessins et modèles se réfèrent à des graphismes et des formes non liées directement au procédé de fabrication. Dans le domaine pharmaceutique, le dessin ou modèle industriel (DMI) confère une physionomie propre et nouvelle qui différencie le médicament d'autres produits. Ces droits de propriété industrielle sont reconnus internationalement et ont été débattus dans le cadre de l'Accord sur les « *Aspects des Droits de la Propriété intellectuelle touchant au Commerce* » (ADPIC). ⁶⁰ Enfin, le droit d'auteur qui trouve son fondement tant dans la convention de Berne que dans l'Accord ADPIC, s'applique à toute création originale dans les domaines littéraires et artistiques quel que soit le type d'ouvrage. Toutefois, le droit d'auteur ne s'étend pas aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels. En effet, pour les produits pharmaceutiques, l'une des questions essentielles liées au droit d'auteur est de savoir si la protection

⁵⁷ Article 1 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui, acte du 24 février 1999.

⁵⁸ *Ibidem*

⁵⁹ Article 2 de l'Annexe III de l'Accord Bangui, acte du 24 février 1999.

⁶⁰ OMPI-OMC, Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touche au Commerce, adopté en 1994.

s'étend aux notices ou aux dépliants d'informations qui accompagnent les produits. En principe, les producteurs de génériques sont libres d'utiliser les informations en tant que telles sans apporter de modifications. Cependant, les tribunaux ont parfois déterminé que les producteurs de génériques ne pouvaient pas reproduire pour leurs propres produits, des copies directes, des expressions originales figurant dans les notices des premiers producteurs du produit. C'est la décision qui a été rendue en 2002 en Afrique du Sud au sujet d'une notice concernant le médicament antibactérien amoxicilline/clavulanate de potassium.⁶¹ Toutefois, la Cour fédérale d'Australie⁶² a eu une toute autre approche de celle de l'Afrique du Sud relativement à la protection des notices ou dépliants d'informations sur le médicament. En d'autres termes, même si dans un premier temps ladite Cour a abondé dans le sens de la décision de l'Afrique du Sud, une décision judiciaire ultérieure fondée sur l'amendement de la loi sur le droit d'auteur approuvée par le Parlement australien, rejetait la première décision comme n'étant plus constitutive d'une atteinte portée à un droit de propriété intellectuelle. Elle déclarait donc à ce sujet que « *les laboratoires pharmaceutiques fabricants de génériques pouvaient désormais reproduire des informations de produits approuvés par l'administration des produits thérapeutiques sans porter atteinte au droit d'auteur dans une série de circonstances prescrites* ». ⁶³ Il faut noter donc que la sanction de la violation des informations fournies dans une notice varie en fonction des législations nationales. Cela suppose qu'un Etat peut légiférer librement sur la question comme cela est illustré par ces deux exemples. En tout état de cause, sans protection adéquate des droits de propriété intellectuelle, les atteintes à l'innovation représentent un surcoût qui dans certains cas peut devenir difficilement supportable pour les entreprises au point de les conduire à investir de moins en moins de ressources financières dans de nouveaux produits craignant qu'ils soient contrefaits. En outre, la contrefaçon commise dans l'espace UEMOA regroupe les actes d'imitation ou de reproduction illicites sur des notices et produits d'origine communautaire. Elle porte atteinte à des droits de propriété intellectuelle dont les titulaires sont les ressortissants des pays de l'Union. Et, celle extra-muros concerne les produits d'origine non communautaire, c'est-à-dire les produits contrefaisants importés et commercialisés dans l'espace communautaire ont des conséquences multiformes au sein des Etats membres.

⁶¹ Haute Cour de Pretoria, Affaire n°594/2000, décision rendue le 25 mars 2002. Dans cette affaire, la Cour a statué en faveur de Beecham Group Plc et Smithkline Beecham Pharmaceuticals (Pty) Ltd agissant en qualité de plaignants, contre Botech Laboratoires (Pty) Ltd agissant en qualité de défendeur. La Cour a considéré que les plaignants avaient démontré que la notice avait le statut d'œuvre littéraire selon la définition de la Loi Sud-africaine sur le Droit d'auteur et a interdit Botech Laboratoires (Pty) Ltd de porter atteinte au droit de Beecham Group Plc et Smithkline Beecham Pharmaceuticals (Pty) Ltd. Botech Laboratoires (Pty) Ltd a fait appel de la décision de la Cour, appel qui a été rejeté avec dépens.

⁶² Cour fédérale d'Australie, aff. n°FCA 1307, décision rendue le 18 Novembre 2011. Dans cette affaire, la Cour n'a pas donné droit à réparation pour atteinte au droit d'auteur de la part du défendeur Apotex Pty Ltd en faveur des plaignants Sanofi-Aventis Australia Pty Ltd, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH et Aventisub II incorporated.

⁶³ OMS-OMI-OMC, *op. cit.*, pp.80-81.

L'entrée massive de médicaments contrefaisants peut désorganiser toute la chaîne d'approvisionnement du pays, car il y aura une baisse de la demande de médicaments dans le circuit légal. Dans ce cas, l'Etat devra fournir un effort supplémentaire pour sécuriser à nouveau le circuit d'approvisionnement ce qui entraînera forcément des coûts importants. Les entreprises implantées dans l'espace communautaire peuvent sous le poids de la contrefaçon de médicaments renoncer à fabriquer leurs produits dans ces pays où le droit de propriété intellectuelle n'y est pas assez protégé.

12 Les enjeux gravitant autour de la contrefaçon sont des plus considérables. La pratique de celle-ci ne fait que s'accroître, touche à tous les domaines de l'activité humaine et présente aujourd'hui un impact tant économique que géopolitique. L'ordre juridique de l'OAPI et des Etats membres de l'UEMOA se doit donc d'y répondre le plus justement possible en cherchant à donner la plus grande efficacité envisageable aux mesures qu'il institue afin de s'assurer de traiter le fléau de la contrefaçon. Le droit a pour vocation de garantir la paix sociale. Il faut alors bien noter qu'en matière de contrefaçon, cette finalité connaît de multiples résonances. Il sert en effet à insister davantage sur les conséquences de la contrefaçon et notamment, dans l'espace UEMOA, à savoir l'appauvrissement de l'économie de chacun de ses Etats membres entraînant une diminution du taux d'emploi⁶⁴, mais également un risque inversement proportionnel d'enrichissement d'une économie souterraine aux effets des plus négatifs. Le système juridique des Etats membres de l'UEMOA doit donc défendre les droits de propriété intellectuelle afin que les actes de contrefaçon l'affectant soient efficacement poursuivis et sanctionnés.

13 Le sujet de recherche abordé, revêt un intérêt du point de vue personnel et scientifique. En effet, tous les indicateurs liés à l'ampleur de la contrefaçon de médicament sus-évoqués nous interpellent sur les dangers encourus par les populations des Etats membres de l'UEMOA. C'est pourquoi, il est important de lutter efficacement contre la contrefaçon elle-même et ses conséquences. D'un point de vue scientifique, le but de la présente étude est d'offrir une réflexion sur une menace réelle, mais encore opaque dont seule une approche argumentée, pragmatique, peut sans nul doute permettre de mieux cerner l'objet de la contrefaçon et les moyens juridiques de lutte contre la contrefaçon de médicament dans les Etats membres de l'UEMOA. Les développements qu'elle connaît aujourd'hui sur la sphère internationale, grâce à l'effort des chercheurs occidentaux, nécessitent que les intellectuels africains donnent également une résonance à ce problème en s'investissant activement dans la recherche de solutions adaptées à l'effet dévastateur de ce fléau

⁶⁴ Le taux d'emploi se définit comme la proportion de personne disposant d'un emploi parmi celle en âge de travailler, c'est-à-dire de 15 à 64 ans, selon l'OCDE.

sur le continent africain.

14. La problématique de cette étude est dès lors de procéder à l'identification et au traitement de la contrefaçon de médicaments au regard de la réglementation de l'UEMOA et de l'OAPI, ainsi que des législations nationales. L'exercice lié à la résolution de notre problématique s'avère varié et complexe. A cet effet, il apparaît nécessaire de s'interroger sur les thématiques suivantes : Comment caractériser l'objet de la contrefaçon de médicament ? Existe-t-il des normes juridiques dans l'espace UEMOA relatives à la contrefaçon de médicament ? Si oui, ont-elles vocation à favoriser ou dissuader les contrefacteurs ? Sont-elles en contradiction avec le droit des brevets ou des marques ? Existe-t-il des normes juridiques internationales de lutte contre les médicaments contrefaisants ?

15. La rédaction d'une thèse portant sur ce sujet s'avère donc essentielle et se fixe un triple objectif. Il faut d'abord porter un regard détaché et rigoureux sur la réalité de la contrefaçon dans le domaine des médicaments à usage humain dans l'espace UEMOA, ensuite dégager une analyse qui puisse aider à réorienter et renforcer les actions de lutte contre ce fléau et enfin présenter l'intérêt et éventuellement proposer des solutions essentiellement juridiques pour lutter contre ce phénomène alarmant qu'est la contrefaçon de médicament à usage humain.

16. La réalisation de cette thèse a très souvent nécessité le recours aux nombreuses méthodes de recherches juridiques qui ont débouché sur une problématique centrale que sous-tend l'hypothèse de recherche qu'on s'évertuera à vérifier. Dès lors, la clarification des contours de la présente étude l'a été au moyen de nombreuses techniques qui ont constitué le cadre méthodologique pertinent. En effet, nous ferons appel d'une part à la méthode comparative qui a permis à chaque fois, sur la base de sources documentaires disponibles, de voir et comprendre la différence qui existe entre les moyens mis en place dans les Etats membres de l'UEMOA pour lutter contre la prolifération de médicaments contrefaisants et ceux des pays occidentaux. Nous aurons recours d'autre part à la méthode de la libre recherche scientifique qui en raison du caractère transversal de la présente étude, nous a conduit à procéder par une approche multidisciplinaire associant à la fois les évolutions du droit répressif des actes de contrefaçons en rapport avec le droit de la propriété intellectuelle.

17. La préoccupation du législateur de l'OAPI est la quête de la préservation des intérêts du titulaire de droits en matière de propriété industrielle. En cela, le doute doit laisser la place à la

certitude déjà affirmée dans la volonté de la protection absolue des droits de propriété intellectuelle mise en œuvre par l'Accord de Bangui du 24 février 1999. La quête de l'équilibre entre le monopole d'exploitation et l'exigence de la circulation des produits dépend de la consistance des droits des titulaires. Tout ne semble donc pas permis au titulaire des droits industriels dans l'espace OAPI. L'effort d'analyse consacré à la construction de ce travail de recherche s'articulera autour de deux axes majeurs, qui nous amèneront dans une première partie à **caractériser la contrefaçon de médicaments dans l'espace UEMOA.**

18 Cependant, l'ampleur et la récurrence des violations des droits de propriété industrielle ne s'inscrivent pas toujours dans la logique de sévérité de la répression des atteintes aux droits des titulaires. L'inadéquation des sanctions des faits de contrefaçon encourage, dans une certaine mesure, les contrefacteurs à prospérer dans leurs activités mortifères. C'est pourquoi, il apparaît impérieux, ce que nous développerons dans une seconde partie, de renforcer entre autres, **les moyens de lutte contre la contrefaçon des médicaments à usage humain dans les Etats membres de l'UEMOA.**

19. La richesse du droit français en termes de débats et d'idées pertinentes, en fait une source incontournable pour le sujet sur lequel va porter notre réflexion. Cependant, les solutions qu'offrent le droit de l'OAPI et les traités internationaux seront aussi explorées. Elles représentent autant de réponses à une seule et même question : Comment lutter efficacement contre la contrefaçon de médicament à usage humain dans l'espace UEMOA ?

PREMIERE PARTIE :

**LA CARACTERISATION DE LA CONTREFACON DE
MEDICAMENT DANS L'ESPACE UEMOA**

20. La contrefaçon ou la falsification de médicaments n'est pas en soi un fléau récent puisque déjà au II^{ème} siècle avant JC, un vigneron gaulois illettré avait essayé de tromper sa clientèle en voulant faire passer sa production locale pour l'un des meilleurs crus italiens après avoir imité les lettres apposées sur les bouchons d'amphores destinées à abriter le breuvage.⁶⁵ Pour rappel, vers 40 ans après JC, un célèbre médecin et botaniste grec, nommé Dioscoride, interpellait déjà ses patients sur les pratiques de la contrefaçon afin de leur permettre de les identifier et par conséquent les dénoncer aux autorités.⁶⁶ Mais, c'est seulement depuis une décennie que l'ampleur de ce trafic de faux médicaments a atteint un seuil inquiétant tant dans le monde occidental que surtout en Afrique subsaharienne.⁶⁷ Cette situation inacceptable et intolérable, qui pour des raisons diverses menace gravement la santé d'une multitude de personnes, doit être traitée comme une priorité sanitaire dans le monde en général et dans notre espace sous régional en particulier. Même s'il est presque certain que l'ampleur de ce phénomène est difficilement mesurable, les dégâts causés par lesdits médicaments sont réels sur la santé humaine. Dans cette première partie, nous ferons un diagnostic relatif à l'objet de la contrefaçon qu'est le médicament (**Titre I**) et par la suite explorerons les actes constitutifs de la contrefaçon (**Titre II**).

⁶⁵ IRACM, « Des origines de la contrefaçon à nos jours », 2013. Disponible sur le site www.iracm.com/historique/

⁶⁶ P. DIOSCORIDE, « Herboristes d'hier à Aujourd'hui », *op. cit.*, p. 15

⁶⁷ *Ibidem*

TITRE I : L'OBJET DE LA CONTREFAÇON : LE MEDICAMENT

21. L'on assiste actuellement quasi impuissant à une propagation rapide de la contrefaçon de tous les produits de notre vie quotidienne. Cependant, depuis des décennies, l'Afrique de l'Ouest connaît une flambée de la circulation et de la commercialisation de médicaments contrefaisants. En effet, la contrefaçon de médicament mérite qu'on y accorde une attention particulière dans la mesure où elle porte directement atteinte à la santé humaine. L'Afrique étant confrontée à l'épineux problème de qualification de la notion de médicament, les juristes européens ont quant à eux joué un rôle prépondérant dans la qualification de celle-ci. C'est pourquoi, il est apparu nécessaire de distinguer le médicament à usage humain des produits similaires tels que les produits cosmétiques, les compléments alimentaires et les produits diététiques⁶⁸. Pour aborder rigoureusement la problématique relative à l'objet de la contrefaçon, il faut apprécier les questions relatives au contenu de la notion de médicament conventionnel (**Chapitre I**) et éventuellement, au médicament issu de la médecine traditionnelle (**Chapitre II**).

⁶⁸ Supra n°3 et n°4.

CHAPITRE I : LA NOTION DE MEDICAMENT CONVENTIONNEL

22 Les médicaments et les produits de santé ne sont pas des biens de consommation comme les autres. Leurs contrefaçons ne sont pas non plus des atteintes comme les autres. Elles tuent chaque jour et menacent la vie d'un nombre considérable de patients à travers le monde, abusés et dupés par des escroqueries. Plusieurs raisons pourraient expliquer pourquoi les médicaments contrefaisants sont le plus répandus dans le monde en développement. Ainsi, avant d'aborder les questions relatives aux aspects susceptibles d'être contrefaits sur le médicament (**Section 2**), l'on va définir les différentes terminologies qui permettront assurément de mieux appréhender toutes les notions liées à la problématique (**Section 1**).

Section 1 : La définition générale du médicament conventionnel

23 La notion de médicament en droit de la santé, est interprétée largement⁶⁹ et elle a connu dans la réglementation européenne une importante extension jurisprudentielle. La multiplicité des définitions et des terminologies parfois variables d'un pays à l'autre contribue au manque de clarté et complexifie la compréhension globale de cette problématique. Il ne serait pas logique d'aborder directement les questions relatives à mon sujet non sans avoir au préalable défini le médicament au regard des textes relatifs à la pharmacie (**Paragraphe 1**) et déterminer la typologie du médicament (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La définition du médicament par les textes relatifs à la Pharmacie

Il existe une définition légale de la notion de médicament (**A**) et de la portée de celle-ci (**B**).

A- La définition du médicament par détermination de la loi

24 Nous verrons comment la propriété intellectuelle (1) et le droit de la santé (2) appréhendent respectivement la notion de médicament.

⁶⁹ D. DEGROOTE, L. BENAICHE, M-D. CAMPION, « Allégations santé et définitions du médicament : quelle frontière ? », *op. cit.*, p. 69.

1- La définition du médicament selon la propriété intellectuelle

25. Le médicament est une invention protégée par brevet si et seulement si celle-ci remplit les conditions de la brevetabilité qui sont la nouveauté⁷⁰, l'activité inventive⁷¹ et de l'application industrielle⁷². Le brevet confère à son titulaire, le droit exclusif d'exploiter l'invention de médicament breveté sous les conditions et limites fixées par l'Annexe I de l'Accord de Bangui.⁷³ Ainsi, toute transgression des droits de propriété industrielle exercés sur le brevet du médicament à usage humain susceptible de porter atteinte à l'invention brevetée est constitutive d'acte de contrefaçon.

2- La définition du médicament par le droit de la santé

26. Les dispositifs législatifs et réglementaires organisant le domaine de la pharmacie, aussi bien en Côte d'Ivoire, au Burkina Faso, au Bénin et au Sénégal, donnent une définition du médicament qui reste calquée sur celle française, sans pour autant suivre les évolutions récentes qu'a connu la notion de médicament dans le droit français. En Côte d'Ivoire, par exemple, c'est la loi N°62-249 du 31 juillet 1962 qui institue un code de déontologie pharmaceutique. Pour le Burkina Faso, la loi N°23/94/ADP porte code de la santé publique. Au Sénégal, la loi N°94-57 du 26 juin 1994 abrogeant et remplaçant l'article L 511 du code de la santé publique (CSP) de 1953 et l'ordonnance N°75-7 du 27 janvier 1975 portant régime des médicaments au Bénin, définissent et déterminent le champ d'application du médicament.

27. Selon l'article L 5111-1 du CSP, on entend par médicament, « *toute substance, composition ou préparation présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales ainsi que tout produit pouvant être administrée à l'homme ou à l'animal, en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique.* » Il s'agit d'une définition très extensive dans la mesure où en plus de la définition du médicament par présentation et par fonction⁷⁴, la catégorisation retenue en droit français admet aujourd'hui une

⁷⁰ Article 3 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui du 24 février 1999.

⁷¹ Article 4 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui précité. ⁷² Article 5 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui précité. ⁷³ Article 7 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

⁷⁴ En plus des deux branches reconnues par le droit de l'Union Européenne, que sont les médicaments par présentation et par fonction, le droit français reconnaît une 3^{ème} branche que sont les médicaments par composition.

définition du médicament par composition⁷⁵, par la loi⁷⁶ et par destination⁷⁷. Cette évolution substantielle dans la définition du médicament n'est pas partout acceptée même dans l'Union Européenne.

28 En l'état actuel de la législation, il est difficile de parler d'une définition africaine du médicament⁷⁸. Autrement dit, par l'effet de la succession d'Etats, une partie importante des dispositions françaises relatives aux médicaments sont applicables dans les pays de l'Afrique subsaharienne. Il est à noter comme l'a si bien souligné Etienne Le Roy, l'un des effets de la colonisation a consisté sur un siècle, en « *une action systématique conduisant à l'introduction d'un système juridico judiciaire étranger en vue de le substituer aux modes endogènes et indigènes de règlement des conflits condamnés, par principe, en raison de leur étrangeté pour l'observateur occidental, donc au moins synonyme d'un retard voire d'une sauvagerie* ». ⁷⁹

29 Cette approche est encore si déterminante qu'aujourd'hui le choix des politiques judiciaires⁸⁰ en Afrique est toujours marqué par la permanence des influences coloniales. De même, cette partie du continent se caractérise par une absence de construction jurisprudentielle et doctrinale de telle sorte que dans la pratique, il est souvent fait référence aux évolutions jurisprudentielles qui marquent le droit français. La justice en Afrique est devenue un enjeu politique et diplomatique.⁸¹ S'il est indéniable que ces décisions de justice révèlent à la fois les tendances du juge dans la révélation des faits sociaux et l'attente des populations dans leur besoin de sécurité, elles caractérisent l'état d'esprit d'une société à un moment de son évolution. Il serait toutefois fort intéressant de tenter de déterminer le contenu de la notion de médicament dans les législations des pays étudiés, de même

⁷⁵ Article L 5111-1 du CSP français.

⁷⁶ CJCE, 9 juin 2005, HLH Warenvertriebs GmbH, affaire n° C-211/03 et Orthica BV, affaires n° C-299/03 et C-316/03 à C-318/03 c. Bundesrepublik Deutschland

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Le référentiel pour l'harmonisation des procédures d'enregistrement des médicaments essentiels génériques dans les pays de la zone franc et pays associés élaboré à Ouagadougou en février 1999 sous l'égide de l'OMS donne une définition du médicament qui pourrait être entendu comme celle du médicament dans le droit pharmaceutique africain. « *On entend par médicament à usage humain, toute substance ou association de substance à but thérapeutique, prophylactique ou diagnostic, ou destiné à modifier les fonctions physiologique et présenté sous une forme pharmaceutique permettant son administration à l'homme.* »

⁷⁹ E. LE ROY, « Présentation de la modernité de la justice contemporaine en Afrique francophone », *RDS*, n°51-52, 2002, p. 252.

⁸⁰ Depuis plus d'un siècle, la justice souffre en Afrique d'un mal mystérieux, comme si quelques magies noires pesaient sur son exercice ou sur ses représentants. Alors qu'elle était tenue au début de la période coloniale pour un fondement de la civilisation qu'imposait le colonisateur et qu'elle est actuellement une des conditions substantielles de l'Etat de droit, son discrédit est si total, son évitement si constant que même ses hérauts les éloquents, tel le président KEBA MBAYE du Sénégal, se prennent à douter.

⁸¹ E. LE ROY, « Contribution à la refondation de la politique judiciaire en Afrique francophone à partir d'exemples malien et centrafricain », *Afrika Spectrum*, 1997, 32 JAHRGANG, n°3, pp. 311-327.

que l'applicabilité de la définition française du médicament dans le contexte africain.

B- La portée de la définition du médicament

30. La notion juridique du médicament en France s'est considérablement modifiée au cours des années. Avant la réforme de 2007⁸², le droit français distinguait trois catégories juridiques du médicament. Les médicaments par présentation, ceux par fonction et enfin les médicaments par composition. Dans l'application du droit, l'une des principales difficultés des juges a été d'apprécier la réalité des propriétés des produits entrant dans la catégorie des médicaments par composition.⁸³ Si les réticences ou les difficultés rencontrées par les juges ainsi que les critiques de la doctrine ont contribué à l'adaptation du droit français au droit de l'Union Européenne, la nouvelle rédaction de l'article L 5111 du CSP français n'a pas pour autant supprimé comme l'aurait suggéré aussi bien la jurisprudence que la doctrine, la liste des produits qui sont notamment considérés comme des médicaments. En effet, pour qualifier de médicament un produit diététique, « *il est nécessaire de montrer que l'addition de substance chimique ou biologique ne constituant pas elle-même un aliment, lui a conféré soit des propriétés spéciales recherchées en thérapeutique diététique, soit des propriétés de repas d'épreuves* ». ⁸⁴ Au-delà de toutes ces controverses qui entourent l'interprétation de la définition du médicament en droit français et par extension en droit ivoirien, burkinabé, sénégalais et béninois, l'article L511 du CSP sénégalais renvoie à la même définition du médicament qu'en droit français.

31. De façon formelle, la définition du médicament est composée de trois branches. Ainsi, un produit est qualifié de médicament s'il entre dans l'une ou l'autre de ces catégories qui sont donc alternatives⁸⁵. « *Un produit peut être qualifié de médicament d'une part, en considération de la présentation qui en est faite ou sur la base de la fonction qui peut lui être attribuée et d'autre part, au regard de sa composition* ». ⁸⁶ L'analyse des critères de présentation, de fonction ou de composition qui sont pris en compte dans la définition et la qualification d'un produit de médicament ont été largement abordées par plusieurs auteurs⁸⁷. Monsieur Éric FOUASSIER a montré le rôle important joué par le juge dans la délimitation et l'interprétation de la définition du

⁸² La loi n°2007-248 du 26 février 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament. Article 3, JORF du 27 février 2007.

⁸³ E. FOUASSIER, *Le médicament : notion juridique*, Paris, éd. Médicale internationale 1999, pp. 28-29.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ CJCE, 21 mars 1991, Arrêt « Delattre », Aff. C-369/88, Rec. CJCE 1991, p. 1532, considérant n°15.

⁸⁶ A. LAUDE, J.-L. MOURALIS, J.-M. POINTIER et L. LOUVEL, *Droit de la santé*, Revue Lamy, T.2, n°405-9, 2013.

⁸⁷ E. FOUASSIER, *Le médicament : notion juridique*, *op.cit.*, p. 29.

médicament.

32 La notion de médicament par présentation correspond à « *toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales* ». Cette définition renvoie à l'intention du vendeur et du fabricant⁸⁸. La notion de présentation a fait l'objet d'une interprétation extensive par les juridictions françaises et européennes dans le but de protection de la santé publique en luttant contre le charlatanisme⁸⁹. Le critère de présentation a pour objectif d'inclure non seulement les médicaments qui ont un effet thérapeutique certain, mais aussi les produits dont l'efficacité ne serait pas suffisante ou bien qui ne posséderaient pas l'effet que les consommateurs sont en droit d'attendre en raison de leur présentation. Par conséquent, un produit est qualifié de médicament dès lors que lui sont prêtées des propriétés thérapeutiques. La présentation du produit doit être interprétée de façon suffisamment large de telle sorte qu'un consommateur moyennement avisé ne puisse se méprendre sur les qualités intrinsèques du produit⁹⁰. « *Or n'apparaît-il pas pour le moins étonnant de vouloir faire dépendre le caractère médicamenteux ou non d'un produit de l'état des connaissances du public ?* »⁹¹ La notion du consommateur averti a fait l'objet de beaucoup de critiques dans la mesure où la consommation des biens médicaux ; en particulier des médicaments dépend de plusieurs critères. On pourrait tenter de dépasser ce critère de consommateur averti qui trouvera une difficile application dans le droit africain ; en retenant par exemple qu' « *un produit peut être considéré comme un médicament par présentation, dès lors que sa forme et son conditionnement le font suffisamment ressembler à un médicament et que, en particulier, son emballage et la notice qui l'accompagnent font état de recherches de laboratoires pharmaceutiques, de méthodes ou de substances mises au point par des médecins, ou même de certains témoignages de médecins en faveur des qualités de ce produit.* »⁹²

⁸⁸ CJCE, Arrêt 5^{ème} Ch., 30 novembre 1983, aff. 227/82. Dans l'arrêt VAN BENNEKOM, la CJCE marque très nettement son souci d'adopter une grille d'analyse permettant de cerner le plus précisément possible, à la fois la présentation du médicament, c'est-à-dire la façon dont il présente formellement au consommateur, mais aussi sa représentation, plus précisément l'image que le fabricant entend donner au produit qu'il vend.

⁸⁹ Le régime juridique du médicament dans les pays d'Afrique se caractérise par une absence de jurisprudence en matière d'interprétation des textes. Plusieurs raisons peuvent expliquer cette situation. L'absence d'une loi fondamentale organisant le domaine de la pharmacie, seuls des décrets et des arrêtés définissent la notion de médicaments et réglementent le domaine de la pharmacie. Mais également, elle dénote un déni des populations et mêmes des professionnels de santé aux problèmes que peuvent engendrer une confusion de terme. Mais de façon plus certaine, la conception sociologique de la santé en Afrique conditionne dans une large mesure les retards enregistrés dans tous les domaines de la santé. Un réveil des populations par une demande plus accrue de protection et de sécurité aurait mené les pouvoirs publics à mieux prendre en compte les problèmes et à légiférer dans ce sens. V. Cass. Crim., 22 février 2011, pourvoi n°10-81.742, Bull. Crim. 2011, n°34 ; Cass. Crim., pourvoi n°10-81.359, Bull. Crim. 2011, n°35.

⁹⁰ Définir le médicament en se référant aux connaissances d'un consommateur moyen c'est aussi fragiliser la règle de droit

⁹¹ J-P. BOUTEILLE, « Médicament par présentation et monopole pharmaceutique », Actes pharmaceutiques, n°234, Juillet 1986, p. 96.

⁹² CJCE, 21 mars 1991, Arrêt « Delattre », précité, considérant n°41.

33. Selon l'article 1 § 2 de la Directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 novembre 2001, instaurant un code communautaire relatif aux médicaments, telle que modifiée par la Directive 2004/27/CE du 31 mars 2004 précitée, est un médicament par fonction « *toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou pouvant lui être administrée en vue soit de restaurer, de corriger ou de modifier des fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique, soit d'établir un diagnostic médical* ». En droit français, la loi n° 2007-248 du 26 février 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament a complété la définition du médicament par fonction, conformément à ce texte, en prévoyant dans l'article L 5111-1 du code de la santé publique que la substance ou le produit en cause exerce « *une action pharmacologique, immunologique ou métabolique* ». En ce qui concerne la jurisprudence, il convient de remarquer que, à la différence de la notion de médicament par présentation qui a donné lieu à une interprétation extensive de la part de la CJCE ayant pour objectif de préserver les consommateurs des produits qui n'auraient pas l'efficacité qu'ils seraient en droit d'attendre, la notion de médicament par fonction est interprétée de façon restrictive, afin de concilier l'objectif de protection de la santé publique avec le principe de libre circulation des marchandises.⁹³

34. Selon l'article L 5111-1 du code de la santé publique français « *Sont considérés comme des médicaments, les produits diététiques qui renferment dans leur composition des substances chimiques ou biologiques ne constituant pas elles-mêmes des aliments, mais dont la présence confère à ces produits, soit des propriétés spéciales recherchées en thérapeutiques diététiques soit des propriétés de repas d'épreuve* ».

35. Transposée dans le contexte africain, ces interprétations extensives des notions de médicament par présentation, par fonction et par composition conduiraient à inclure dans le champ du médicament une gamme assez large de produits dès lors que le produit revendique un intérêt thérapeutique.

36. Deux remarques peuvent toutefois être faites. La définition actuelle du médicament, qui inclut encore les produits d'hygiène et cosmétiques, apparaît dans une certaine mesure dépassée dans la mesure où ces matières ont fait l'objet dans d'autres systèmes juridiques, de réglementation

⁹³ Cass. Crim., 29 juin 2010, pourvoi n°09-86.0 ; Cass. Crim., 21 septembre 2010, pourvoi n°09-83.727 ; Cass. Crim. 11 janvier 2011, pourvoi n°10-81.100.

distincte. De même, elle pourrait, et ceci de façon certaine, constituer une amorce de solution à l'épineux problème des médicaments de la rue, de la contrebande et surtout de la contrefaçon, puisqu'on y retrouve une gamme importante de produits cosmétiques dont la commercialisation échappe encore à tout contrôle. A ce point de notre exposé, il semble important de rappeler que même s'il existe une définition juridique du médicament en Afrique au sens de la propriété intellectuelle et du point de vue du droit de la santé, la conception qu'ont les populations de cette notion est de loin la mieux partagée.

37. L'actualité pharmaceutique vient confirmer l'ampleur de la commercialisation et de la prolifération des médicaments contrefaisants comme sus évoquée. Ainsi, les campagnes d'informations et de sensibilisation vont se multiplier au cours de ces dernières années attirant l'attention des autorités gouvernementales et scientifiques sur la nécessité et l'urgence de réorganiser le secteur pharmaceutique africain qui connaît de graves difficultés, dont notamment les médicaments contrefaisants. Cependant, une telle réorganisation, ne serait possible sans une réforme préalable des textes régissant le droit du médicament. Il importe plus que jamais de faire évoluer la définition du médicament au regard des difficultés que connaît le secteur pharmaceutique africain. Une telle évolution implique aussi une certaine pénalisation de l'activité pharmaceutique.

38. Toutefois, *« quel que soit la précision avec laquelle on cherche à formuler la définition des médicaments, des problèmes se poseront toujours dès lors qu'il s'agit d'établir une frontière précise entre les médicaments et par exemple, les produits alimentaires et cosmétiques. Quelques fois, les indications fournies par le fabricant sur la finalité des produits ou sur leur champ d'application détermineront les règles applicables aux produits. Ceci ne serait toujours pas acceptable. C'est pourquoi, il faudrait prendre une décision pour chaque produit sur la base d'un jugement objectif et scientifique et à l'intérieur des limites tracées par la définition légale du médicament. »*⁹⁴

Paragraphe 2 : La présentation du médicament

39. Le médicament à usage humain est un produit délicat en raison du rôle particulier joué dans la santé humaine. C'est pourquoi sa mise sur le marché doit être subordonnée à un contrôle approprié. Nous distinguerons les médicaments essentiels **(A)** de certaines terminologies voisines **(B)**.

⁹⁴ CJCE, 21 mars 1991, Arrêt « Delattre », précité, considérant n°41.

A- Les précisions relatives aux médicaments essentiels

40. Dans la gamme de médicaments existants, certains sont mieux adaptés aux besoins prioritaires d'un nombre important de la population d'une région donnée en matière de soin de santé. Ce sont les médicaments dits essentiels. En effet, selon l'OMS, « *Les médicaments essentiels sont ceux qui satisfont aux besoins prioritaires de la population en matière de soins santé. Ils sont choisis compte tenu de leur intérêt en santé publique, des données sur leur efficacité et leur innocuité, et de leur coût/efficacité par rapport à d'autres médicaments. Les médicaments essentiels ont pour but d'être disponibles à tout moment dans le cadre de système de santé professionnelle, en quantité suffisante, sous une forme appropriée, avec une qualité assurée, accompagnés d'une information adéquate et à un prix accessible pour les individus et les communautés* ». ⁹⁵

41. L'OMS a édicté une liste indicative de médicaments essentiels ⁹⁶ qui ne s'impose pas aux Etats mais qui leur laisse la latitude de décider quels médicaments peuvent être considérés comme essentiels. Cependant, de façon générale, l'accès aux médicaments essentiels dépend de quatre éléments déterminants suivants : *un prix raisonnable, une sélection et une utilisation rationnelle, un financement durable et des systèmes d'approvisionnement fiables*. ⁹⁷ Bien que les trois derniers points soient tout aussi importants pour situer dans la bonne perspective le problème de l'accès aux médicaments, c'est ordinairement sur le prix des médicaments qu'est concentré le débat sur la santé et le commerce. Il convient de noter à toutes fins utiles que le médicament n'est pas toujours dépourvu de toxicité. A ce titre, il ne faut jamais perdre de vue qu'il est un poison qui ne peut être laissé entre les mains de personnes non qualifiées, car les risques d'usage abusif et criminel sont très grands. C'est la raison pour laquelle, dans l'intérêt de la santé publique, la fabrication, la

⁹⁵ OMS, « La sélection des médicaments essentiels », Perspectives politiques de l'OMS sur les médicaments, n°4, Geneva, OMS, 2002. OMS, « Accès équitable aux médicaments essentiels : cadre d'action collective ». Perspective politiques de l'OMS sur les médicaments, n°8, Genève, OMS, 2004, p. 1.

⁹⁶ La notion de médicaments essentiels est à la base de la stratégie pharmaceutique de l'OMS depuis 1975. Il existe depuis 1977 une liste modèle des médicaments essentiels (WHO Model List of Essential Medicines), élaborée et révisée régulièrement par l'OMS tous les deux ans, pour guider l'élaboration des listes nationales. V. A. ONORI (dir.), « Propriété intellectuelle et accès aux médicaments. L'impact de l'Accord sur les Aspects de Droits de la Propriété Intellectuelle qui touche au Commerce (ADPIC) sur l'aspect des médicaments essentiels », Centrale Sanitaire Suisse Romande, 2006, p. 117 ; la 15^{ème} édition de la liste modèle datant de Mars 2007, disponible sur le site de l'OMS. Disponible sur les sites suivants : http://www.who.int/entity/medicines/publications/essentielmedicines/08_FRENCH_index_EML15.pdf, et http://www.who.int/entity/selection_medicines/committees/expert/17/WEB_unedited_16th_LIST.pdf; Sur la situation pharmaceutique notamment en ce qui concerne les médicaments essentiels dans les pays d'Afrique francophone, V. le site du Réseau Médicaments et Développement (ReMeD), www.remed.org.

⁹⁷ OMS/OMC, « Les Accords de l'OMC et la santé publique », Etude conjointe de l'OMS et du secrétariat de l'OMC, Genève, OMS/OMC, 2002, pp. 17 et 96.

détention et la distribution du médicament doivent être rigoureusement réglementées.

B- Les génériques

42 Le médicament générique est un produit pharmaceutique qui n'est plus protégé par un brevet en vigueur et qui est commercialisé sous une dénomination commune ou une marque. Il est destiné à être interchangeable avec le médicament innovant, fabriqué le plus souvent sans licence du fabricant de ce dernier, et commercialisé après l'expiration du brevet ou des autres droits d'exclusivité.⁹⁸

43 L'OMC⁹⁹ a dégagé deux acceptions de la notion de générique du point de vue du droit des brevets. La première désigne un médicament dont le brevet est expiré. Dans ce cas, le brevet est tombé dans le domaine public et toute personne qui en a la possibilité peut utiliser les données décrivant l'invention pour fabriquer et commercialiser le même médicament. Lorsque des copies de médicaments sont produites par d'autres fabricants, elles sont vendues sous le nom de l'ingrédient chimique (ce qui en fait clairement des produits génériques) ou sous une autre marque¹⁰⁰. Dans ce dernier cas, il s'agit toujours de produits génériques du point de vue du brevet et non de la marque. Ce qui en l'occurrence est de nature à empêcher d'autres fabricants de commercialiser le même produit sous le même nom de marque. La seconde acception de générique concerne les médicaments manufacturés par d'autres fabricants alors que le brevet est encore en vigueur. Il s'agit dans ce cas de copies de médicaments brevetés. L'hypothèse est notamment celle où une licence obligatoire¹⁰¹ portant sur un médicament dont le brevet encore en vigueur a été octroyée. Dans la mesure où ce n'est pas le titulaire du brevet qui fabrique ou autorise la fabrication du médicament, les autres fabricants ne peuvent pas utiliser la marque initiale de fabrique parce que faisant l'objet d'une protection autre que celle du brevet qui est tombé dans le domaine public. Cependant, ils pourront faire des copies du médicament breveté qu'ils vendront sous le nom de l'ingrédient chimique ou sous une autre marque. Ce qui en fait des traitements génériques du point de vue du droit de brevet.

⁹⁸ C. CORREA, *Intégration des considérations de santé publique dans la législation en matière de brevets des pays en développement*, South Centre, 2001, p. xv. OMS, « Mondialisation et accès aux médicaments perspectives sur l'Accord ADPIC de l'OMC », série Economie de la Santé et Médicaments, n°7, 2^{ème} éd., janvier 1999, p. 48.

⁹⁹ OMC, « L'Accord sur les ADPIC et les brevets pharmaceutiques », Fiche récapitulative, septembre 2006, disponible sur le site internet suivant : http://www.wto.org/english/tratop_e/factsheet_pharm00_e.htm,dernière consultation septembre 2020.

¹⁰⁰ *Ibidem*

¹⁰¹ V. infra, n° 459 et ss.

44. La présentation de la notion de générique par l'OMC laisse cependant sans réponse des cas, qui ne sont pas rares, de copies de médicaments qui ne rentrent pas dans cette catégorisation, mais qui ont été fabriquées sans le consentement du titulaire de brevet. En l'occurrence, dans quelle catégorie rentrent des copies de médicaments brevetés fabriqués sans l'autorisation du titulaire du brevet et en l'absence d'une licence obligatoire ? Trois cas de figures peuvent être envisagés. Dans le premier cas, le brevet a été accordé dans un Etat et pas dans un autre, l'inventeur n'ayant pas sollicité dans le second Etat la protection par le système des brevets. Si une industrie effectue des copies du médicament breveté dans le premier Etat à partir de ce second Etat, le brevet n'y étant pas valide, il pourrait le faire sans le consentement de l'inventeur. Dans une deuxième hypothèse, le brevet est valable dans un Etat (**A**), mais ne l'est pas dans un Etat (**B**). C'est en effet le cas où le brevet ayant été accordé souverainement par le premier Etat, il a été tout aussi souverainement rejeté par le second Etat au motif, par exemple, que l'invention ne remplit pas les conditions de la brevetabilité. Malgré le rejet de la demande de brevet dans l'Etat (**B**), il n'est pas exclu qu'une industrie locale fabrique des copies correspondant aux caractéristiques du médicament qui était proposé à la brevetabilité. Elles constitueront aussi des génériques. Troisièmement, c'est le cas où le brevet a été octroyé dans un Etat (**M**) et ne l'a pas été dans un Etat (**N**) pour la simple raison que le système des brevets n'y existe pas du moins en matière de médicaments. Dans ce cas, les compagnies de l'Etat (**N**) sont libres de fabriquer sans restriction toutes sortes de médicaments qui seront alors considérés comme des génériques. Il ressort de tout ce qui précède que le générique renvoie à une copie qui peut être commercialisée lorsqu'il n'y a pas de brevet sur le produit de marque dans le pays, lorsque le brevet a expiré, lorsqu'il n'existe pas de législation protégeant la propriété intellectuelle ou lorsqu'une licence volontaire ou obligatoire a été accordée pour produire ou importer et vendre une version générique¹⁰². En définitive, nous pouvons dire que toutes les fois qu'un médicament est fabriqué sans l'autorisation du titulaire du brevet, et également en conformité avec la loi du lieu de production du médicament, il s'agit d'un médicament générique.

45. Il convient de noter que les médicaments génériques contiennent les mêmes substances médicinales actives que le produit pharmaceutique original. Ils agissent de la même manière dans le corps humain et par conséquent sont interchangeables avec le produit original¹⁰³. Le générique de la spécialité dont il est la copie est utilisé à des doses égales pour soigner la même maladie. Ils sont identiques, sains et efficaces.¹⁰⁴ Cependant, le nom, l'apparence ou l'emballage du médicament générique pourra différer du médicament princeps. Il pourra aussi contenir des ingrédients actifs

¹⁰² G. KRIKORIAN, *L'Accès aux génériques : Enjeux actuels et propriété intellectuelle*, AIDES 0508, 2005, p. 5.

¹⁰³ EGA (European Generic Medicines Association), FAQ on Generic Medicines, EGA, 2007.

¹⁰⁴ European Medicines Agency, Questions and answers on generic medicines, Doc. Ref EMEA/393905/2006, 2007.

différents. Dans ce cas, la différence devra être décrite sur la notice comme sur l'emballage du générique ainsi que cela se passe pour tous les autres types de médicaments¹⁰⁵. En général, le générique n'est cependant plus considéré comme un objet rentrant dans le champ des inventions brevetables mais reste un médicament susceptible de contrefaçon.

Section 2 : Les aspects susceptibles d'être contrefaits sur le médicament

46. Il peut exister différentes protections au titre de différents droits de propriété intellectuelle se rapportant au médicament. Le nom du médicament et la forme de l'emballage ou de comprimés peuvent être déposés en tant que marque. Un nouveau principe actif ou formulation galénique peut être protégé par un brevet. La contrefaçon peut concerner tous les différents modes de protection d'un médicament par un droit de propriété industrielle. On retrouve le plus souvent la contrefaçon de marque (**Paragraphe 1**) puis celle de brevet d'invention (**Paragraphe 2**).¹⁰⁶

Paragraphe 1 : La marque du médicament

47. La marque du médicament, qui en réalité joue le rôle d'un nom commercial, est une dénomination particulière, arbitraire ou de fantaisie qui permet de distinguer les produits pharmaceutiques entre concurrents. Elle peut être représentée soit par un nom, un signe, une lettre, un chiffre, etc. Ainsi, toute atteinte portée à la marque rattachée au médicament sans le consentement du titulaire de droit peut être constitutive d'acte de contrefaçon. L'on distinguera la contrefaçon de marque en général (**A**) de celle selon l'Accord de Bangui (**B**).

A- La contrefaçon de marque

48. Sur le plan étymologique¹⁰⁷, le terme contrefaçon a pour origine le mot latin du XIIIème siècle « *contrafacere* » qui signifie « *imiter*. Et d'une manière générale, la contrefaçon serait donc une reproduction frauduleuse à l'identique d'un signe avec une intention claire de flouer le consommateur d'attention moyenne sur la véritable identité ou la véritable origine du produit. Selon

¹⁰⁵ *Ibidem*

¹⁰⁶ CNAC, « Les actualités du CNAC et de la lutte anti-contrefaçon », Question Réponses, 29 avril 2020. Disponible sur le site <http://www.blogpresidentcnac.fr/questions-reponses-sur-la-contrefacon/>

¹⁰⁷ E. PRZYSWA, « Contrefaçon de médicaments et organisations criminelles », (dir.) IRACM, 2013, p.9.

le petit Robert,¹⁰⁸ « *La contrefaçon est l'action de contrefaire une œuvre littéraire, artistique ou industrielle au préjudice de son auteur ou de son inventeur. Contrefaire signifie copier, falsifier ou encore reproduire par imitation* ». Cependant, ce vocable cache une réalité plutôt complexe. En effet, la contrefaçon revêt des modalités différentes selon l'objet de propriété intellectuelle considéré.

49. D'un point de vue juridique, « *La contrefaçon recouvre toutes les atteintes illégitimes au droit exclusif du titulaire d'une marque* »¹⁰⁹ sans avoir obtenu le consentement préalable du titulaire de droit.

50. Cependant, sur le plan du droit de la propriété intellectuelle, « *La contrefaçon, consiste à reproduire ou imiter sans le consentement du titulaire des droits les éléments essentiels et caractéristiques d'une marque, (...) et à créer ainsi une confusion dans l'esprit du consommateur, même s'il subsiste quelques différences mineures et si son auteur est de bonne foi* ».¹¹⁰ Au regard de ces différentes définitions, comment la contrefaçon de marque est-elle appréhendée par l'Accord de Bangui ?

B- L'examen de la protection par le droit de marque selon l'Accord de Bangui

51. Le législateur OAPI n'a pas défini la marque. Mais il dit ce qui peut être considéré comme une marque. Ainsi, « *Est considéré comme une marque de produits ou de services, tout signe visible, utilisé ou que l'on se propose d'utiliser et qui est propre à distinguer des produits ou service d'une entreprise quelconque...* ».¹¹¹ De même, est collective, « *La marque dont les conditions d'utilisation sont fixées par un règlement d'usage, élaboré par le groupement titulaire de la marque et approuvé par l'autorité compétente, et que seuls les groupements de droit public ou privé officiellement reconnu ayant la capacité juridique et leurs membres peuvent utiliser* ».¹¹² La marque qu'elle soit individuelle ou collective, est utilisée pour distinguer ses produits ou services de ceux d'autres concurrents sur le marché. Pour être valable, elle doit remplir les conditions de fond (1) et de forme (2).

¹⁰⁸ PETIT ROBERT, Dictionnaire Alphabétique et Analogique de la Langue Française, Paul ROBERT, nouvelle édition 2013, p. 531.

¹⁰⁹ F.POLLAUD-DULIAN, *Propriété intellectuelle : La propriété industrielle*, ed. Economica, 2005, p. 945.

¹¹⁰ J.C. KATY, *Contrefaçon de marque dans l'Accord de Bangui, Acte du 24 février 1999*, Mémoire de Master 2 en Propriété Industrielle, APIDE-Université SOA 2, (Yaoundé-Cameroun), 2012-2013, p. 11.

¹¹¹ Article 2 alinéa 1 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

¹¹² Article 2 alinéa 2 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

1- Les conditions de fond de la demande d'enregistrement de la marque

52 La marque pour être valable, doit remplir trois (3) critères de fond : la distinctivité (a), la disponibilité (b) et la licéité (c).

a- Le caractère distinctif de la marque

53 Le caractère distinctif ou arbitraire de la marque signifie que celle-ci doit permettre d'identifier un produit ou un service parmi les produits et services de même nature proposés par les concurrents. Aux termes de l'article 3 a) de l'Annexe III, certains signes ne sont pas distinctifs. Il s'agit de signes génériques ou nécessaires qui sont la désignation ordinaire, habituelle ou courante du produit. Par exemple le mot « *siège* » comme marque d'un fauteuil ; « *parfum de voyage* », pour du parfum ; « *céréales* » pour une marque de riz ou de maïs. Ainsi, une entreprise ne peut rendre indisponibles les noms communs nécessaires à la désignation des produits. Cependant des signes évocateurs sont valables par exemple pour un signe tel que « *peau d'Ange* » pour des produits cosmétiques. Les signes descriptifs qui sont des signes qui décrivent une caractéristique du produit telle que sa composition. Il est normal que de telles marques soient nulles, car on ne peut permettre à un commerçant de s'approprier des termes indispensables à ses concurrents pour définir la composition, les qualités et les caractéristiques essentielles de ses produits.

b- La disponibilité du signe

54 Pour constituer une marque valable, un signe « *ne doit pas entrer en conflit avec un droit antérieur* ».¹¹³ C'est-à-dire que le dépôt d'un signe ne doit pas porter atteinte à des droits ou prérogatives déjà détenus par des tiers sur le territoire de l'espace OAPI. C'est le problème des antériorités qui peut être constitué soit par des signes distinctifs protégés par l'Accord de Bangui (la marque, l'indication géographique et le nom commercial), soit par des signes non protégés par l'Accord de Bangui (la dénomination sociale et le nom de domaine), soit par une création littéraire et artistique soit enfin par un droit de la personnalité.

¹¹³ Article 24 alinéa 2 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

c- La licéité du signe

55. Il s'agit de la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs, et au respect des interdictions spéciales de l'utilisation de certains signes¹¹⁴. C'est le cas d'un signe constitué de slogans subversifs ou incitants à la haine ethnique, de termes grossiers ou d'images obscènes¹¹⁵. Ne peut être adopté comme marque, un signe qui est susceptible de tromper le public sur une caractéristique du produit ou du service telle que la composition, l'origine géographique, la nature ou les qualités.¹¹⁶ Sont également interdits par la loi ou les Conventions internationales, les signes reproduisant ou imitant, totalement ou partiellement les signes officiels d'un Etat ou d'une Organisation Internationale. Sauf autorisation de l'autorité compétente de cet Etat ou cette organisation. Ainsi, une marque ne peut contenir des drapeaux ou autres emblèmes, signe ou sigle d'un Etat.¹¹⁷

2- Les conditions de forme relative à la demande d'enregistrement de la marque

56. Le droit de marque ne s'acquiert qu'à la suite d'un dépôt suivi d'un enregistrement de la marque.¹¹⁸ Parfois, l'usage d'un signe à titre de marque peut être pris en considération et conférer une certaine protection. C'est le cas des marques notoires non enregistrées. Ainsi, le titulaire d'une marque d'usage antérieure non enregistrée peut exercer l'action en revendication de propriété s'il est victime d'un dépôt frauduleux à condition de demander l'enregistrement de sa marque dans les six (6) mois de la publication de l'enregistrement querellé.¹¹⁹ Par ailleurs, le titulaire d'une marque notoire peut demander l'annulation d'une marque qui crée un risque de confusion avec la sienne¹²⁰. Mais la marque d'usage peut être perdue si un déposant de bonne foi l'attaque en contrefaçon. D'où l'intérêt qu'il y a à acquérir normalement un droit de marque en accomplissant la formalité de dépôt de la demande d'enregistrement **(a)** auprès de l'OAPI, qui après examen **(b)**, décide de procéder ou non au rejet de la demande.

¹¹⁴ Article 3 c) d) et e) de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

¹¹⁵ Article 3 c) de l'Annexe III de l'Accord de Bangui. V. aussi le Traité de Nairobi du 26 septembre 1981 relatif à la protection du symbole olympique, interdit de le déposer comme marque.

¹¹⁶ Article 3 d) de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

¹¹⁷ Article 3 e) de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

¹¹⁸ Article 5 et article 7 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

¹¹⁹ Article 5 alinéa 3 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

¹²⁰ Article 6 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui et l'Article 16 de l'Accord sur les ADPIC.

a- La demande d'enregistrement de la marque

57. Toute personne,¹²¹ physique ou morale,¹²² ressortissante d'un Etat membre de l'espace OAPI ou étrangère,¹²³ peut déposer une demande d'enregistrement de marque. Le dépôt peut être effectué en personne ou par l'intermédiaire d'un mandataire.¹²⁴ La date de dépôt est celle de la réception de la demande d'enregistrement à l'OAPI ou au Ministère chargé de la propriété industrielle de l'Etat de résidence du déposant.¹²⁵ La demande d'enregistrement de la marque doit être composée d': un formulaire M301 en quatre (4) exemplaires, un justificatif de paiement de la taxe de dépôt, un pouvoir sous seing privé sans timbre si le déposant est représenté par un mandataire, la reproduction de la marque avec l'énumération des produits ou service conformément à la classification de Nice, le règlement d'utilisation s'il s'agit d'une marque collective, en cas de revendication de priorité, une déclaration écrite indiquant la date et le numéro du dépôt antérieur, le pays dans lequel il a été effectué et le nom du déposant, de même qu'une copie certifiée conforme de ladite demande antérieure. Si ces éléments n'ont pas pu être fournis au moment du dépôt de sa demande, le déposant dispose d'un délai de trois (3) mois à compter de ce dépôt pour les produire à l'OAPI sous peine d'irrecevabilité. Il convient de noter que c'est l'ensemble de ce dossier et les conditions de fond qui sont soumis à l'appréciation de l'OAPI en cas de demande d'enregistrement d'une marque.

b- L'examen de la demande d'enregistrement de marque

58. La demande d'enregistrement doit être conforme aux prescriptions des articles 8 (sauf la lettre b) et 11 sous peine d'être irrégulière.¹²⁶ En cas d'irrégularité de forme, la notification en est faite au déposant qui a un délai maximum de quatre (4) mois pour régulariser.¹²⁷ A défaut, la demande est rejetée¹²⁸ sur décision du Directeur général de l'OAPI.¹²⁹ En cas de rejet de la demande soit pour irrégularité de la forme soit dans le fond,¹³⁰ le déposant peut introduire un recours devant la Commission Supérieure de Recours (CSR) contre la décision du Directeur général de l'OAPI dans les 60 jours qui suivent la notification de cette décision qui statuera en premier et dernier

¹²¹ Article 8 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

¹²² Article 13 b) de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

¹²³ Article 4 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

¹²⁴ Article 8 c) et article 13 e) de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

¹²⁵ Article 13 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

¹²⁶ Article 14 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui

¹²⁷ Article 14 alinéa 3 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui. ¹²⁸ Article 14 alinéa 4 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

¹²⁹ Article 14 alinéa 5 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui. ¹³⁰ Article 14 de l'Annexe III de

l'Accord de Bangui.

ressorts.¹³¹ Toutefois, seul le dépôt qui remplit les conditions de formes donne lieu à un examen au fond. En effet, l'article 14 alinéa 2 met à la charge de l'OAPI, la vérification de certaines conditions de fond de validité des marques. Ce texte dispose que : « *Tout dépôt qui ne satisfait pas aux prescriptions de l'article 3 c) et e) est rejeté* ». ¹³² En d'autres termes, l'OAPI doit seulement vérifier si le signe est conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs, et que la marque ne contient pas de signe officiel d'un Etat ou d'un Organisation Internationale, sauf autorisation compétente de cet Etat ou de cette organisation. L'on en déduit que l'OAPI n'est donc pas tenue d'examiner si le signe déposé est susceptible de constituer une marque (signe non visible) s'il est distinctif, disponible ou trompeur.

59. A l'instar des autres droits de propriété industrielle, le droit de marque est un droit de propriété qui permet à son titulaire de jouir d'un monopole d'exploitation. Ce qui entraîne le droit d'interdire aux tiers un certain nombre de comportements¹³³. Nous pouvons constater que le titulaire d'un droit de marque enregistré auprès de l'OAPI, n'est pas efficacement protégé en raison de fragilisation de son droit dû à une absence de recherche au fond conduite par les services compétents de l'Organisation avant la délivrance d'un titre. En réalité, l'OAPI se contente d'observer si le signe n'est pas contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou aux lois,¹³⁴ et s'il ne reproduit, n'imité ou ne contient parmi ses éléments des armoiries, drapeaux ou autres emblèmes, abréviations ou sigles ou un poinçon officiel de contrôle et de garanti, d'un Etat ou d'une Organisation Intergouvernementale créée par une Convention Internationale, sauf autorisation de l'autorité compétente de cet Etat ou de cette Organisation.¹³⁵ Cette situation est peu rassurante tant pour les personnes morales que pour les personnes physiques titulaires de droit de marque.

Paragraphe 2 : Le principe actif objet du brevet

60. Le principe actif peut être défini comme « *le composant d'une spécialité pharmaceutique reconnue comme possédant des propriétés thérapeutiques* »¹³⁶. Le principe actif d'un médicament a des origines diverses. Elles peuvent être de source végétale ou animale et chimique. La contrefaçon existe parce qu'une atteinte est portée au principe actif du médicament. Nous distinguerons dans

¹³¹ Article 15 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

¹³² Article 14 alinéa 6 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

¹³³ V. infra n°

¹³⁴ Article 3 c) de l'Annexe III de l'Accord de Bangui précité.

¹³⁵ Article 3 e) de l'Annexe III de l'Accord de Bangui précité.

¹³⁶ A. DUSSOL, *Le médicament générique*, éd. PUF, 2009, p. 128.

notre développement, l'objet de la protection par le droit de brevet (A) et de l'examen de la protection par le droit de brevet selon l'Accord de Bangui (B).

A- L'objet de la protection par le droit de brevet

61. Le terme "*brevet*" renvoie davantage à la notion de propriété.¹³⁷ C'est un titre. Par conséquent, lorsqu'un office octroie un brevet, l'on a un titre qui porte sur l'invention, et qui garantit à son titulaire un monopole exclusif d'exploitation d'une durée limitée maximum de 20 ans et sur un territoire géographique donnée. Il faut noter que dans le domaine pharmaceutique, le titulaire d'un brevet peut obtenir un certificat complémentaire de protection permettant ainsi de prolonger la durée de son monopole initial. Le droit de brevet est une des branches de la propriété industrielle qui protège une innovation technique. Il confère ainsi à son titulaire ou à ses ayants cause un droit exclusif d'exploitation. Plus précisément, le droit des brevets consiste à conférer un titre de propriété industrielle au déposant, lui garantissant « *le droit de jouir de l'invention et d'interdire ou d'autoriser son exploitation par d'autres personnes* »¹³⁸. Dès lors, la contrefaçon de brevets est définie en matière de propriété intellectuelle, comme toute atteinte portée aux droits du propriétaire du brevet. Il y a donc en principe contrefaçon de brevet lorsqu'un tiers, qui n'a pas le consentement du titulaire du brevet, exploite de façon directe ou indirecte l'invention encore en vigueur, telle que définie par au moins, une des revendications du brevet. La revendication est très importante dans la demande de brevet parce qu'elle détermine l'étendue du droit du breveté. La contrefaçon de brevet est jugée dans l'espace UEMOA par les tribunaux nationaux alors que la validité de ces brevets dépend de l'OAPI. En effet, la contrefaçon de brevet est jugée conformément à l'Annexe I de l'Accord de Bangui, acte du 24 février 1999. Mais, au regard de ce qui précède, le breveté peut-il efficacement se défendre contre la contrefaçon dans l'espace OAPI?

B- L'examen de la protection par le droit de brevet selon l'Accord de Bangui

62. Toute invention peut faire l'objet d'un titre de propriété industrielle délivré par le Directeur général de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) si et seulement si celle-ci remplit les conditions de fond (1) et de forme (2) prévues par l'Accord de Bangui.

¹³⁷ Article 1^{er} de l'Annexe I de l'Accord de Bangui

¹³⁸ Article 7 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

1- Les conditions de fond de la brevetabilité

63 Aux termes de l'article 2 alinéa 1 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui du 24 février 1999, « peut faire l'objet d'un brevet d'invention, l'invention nouvelle, impliquant une activité inventive et susceptible d'application industrielle ». ¹³⁹Cet article définit les conditions traditionnellement exigées pour breveter une invention. ¹⁴⁰ Bien que traditionnels, ces critères font l'objet d'une interprétation plus ou moins différente selon les systèmes juridiques et les pays. La rigueur ou la souplesse avec laquelle ils sont appréciés a une incidence majeure pour ce qui est du maintien de la libre concurrence, très vive dans le secteur pharmaceutique, ¹⁴¹ et est « d'une importance cruciale pour établir un équilibre entre les intérêts publics et privés et pour prévenir les excès qui portent atteinte à la crédibilité du système de brevets. ¹⁴² Ces appréciations peuvent avoir une incidence en ce qui concerne l'accès aux médicaments, qu'il s'agisse de la nouveauté, de l'activité inventive ou de l'application industrielle.

a- La nouveauté

64 Au sens de l'article 3 alinéa 1 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui, « Une invention est nouvelle si elle n'a pas d'antériorité dans l'état de la technique ». « L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public, quelle que soit le lieu, le moyen ou la manière, avant le jour du dépôt de la demande ou d'une demande de brevet déposée à l'étranger et dont la priorité a été valablement revendiquée » ¹⁴³.

65 L'accessibilité au public doit être entendue au sens large. Elle s'entend de la mise à la portée du public non seulement du produit, mais aussi des moyens d'exécuter l'invention et de réaliser le produit. ¹⁴⁴ Si l'on entend par « public » toute personne non tenue par une obligation de secret ou de

¹³⁹ V. aussi l'article 2 alinéa 1 de l'Annexe I du nouvel Accord de Bangui du 14 décembre 2015.

¹⁴⁰ L'Article 27 alinéa 1 de l'Accord sur les ADPIC prévoit qu'« un brevet pourra être obtenu pour toute invention (...) à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle. ». V. aussi article 112, Loi type de l'OMPI pour les pays en développement concernant les inventions ; Article 33 alinéa 1, PCT ; Article 52 §1, CBE.

¹⁴¹ C. CORREA, 2001, *op. cit.* pp. 44-45.

¹⁴² *Ibidem* p.45.

¹⁴³ Article 3 alinéa 2 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

¹⁴⁴ Paris 26 octobre 1988, *PIBD* 1989, III, p.77 ; *Ann. Prop. Indus.* 1990, 5 ; Cass. Com. 4 janvier 1994, *PIBD* 1994 III, p.195.

confidentialité,¹⁴⁵ une information entre dans l'état de la technique dès qu'elle est divulguée de manière suffisamment complète pour pouvoir être reproduite par un homme du métier. En ce sens, un brevet antérieur, puisqu'il a été publié, et qu'y a été décrite l'invention¹⁴⁶, sera considéré comme faisant partie de l'état de la technique. La divulgation d'une invention détruit donc la nouveauté si sa révélation a porté sur les éléments constitutifs de cette invention et les moyens pour un homme du métier de la reproduire.

66 L'Annexe I précise clairement que le lieu et le moyen choisi pour la divulgation de l'invention importent peu. L'invention ne doit pas faire partie du savoir accumulé dans le secteur pharmaceutique.¹⁴⁷ La nouveauté sera considérée comme détruite par toute divulgation faite soit dans un pays membre de l'OAPI soit n'importe où ailleurs dans le monde.¹⁴⁸ Elle le sera également en cas de divulgation écrite telle qu'un brevet antérieur, un article scientifique¹⁴⁹, un manuel ou un prospectus¹⁵⁰, ou orale telle qu'une conférence publique, un exposé, une émission de radio ou de télévision. La divulgation peut encore résulter d'actes d'exploitation, d'un usage ou de tout autre moyen.¹⁵¹ La doctrine et la jurisprudence française admettent que l'essai ne constitue pas un acte de divulgation destructeur de nouveauté, dès lors que l'invention a été communiquée « *aux personnes qui sont les agents nécessaires des expériences requises* »¹⁵², puisque la divulgation suppose que la

¹⁴⁵ A. BERTRAND, *La propriété intellectuelle, Livre II : Marques et Brevets – Dessins et Modèles*, Delmas, 1995, p.112 ; J-M. MOUSSERON, *Traité des brevets, T. 1 : L'obtention des brevets*, Litec, 1984, pp. 266-274.

¹⁴⁶ Article 14 alinéa 1 i) Annexe I de l'Accord de Bangui.

¹⁴⁷ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^{ème} éd. Dalloz/Thémis, 2008, p.282.

¹⁴⁸ Au sens du PCT et de son Règlement d'exécution, « *l'état de la technique pertinent* » (Article 15 alinéa 2) comprend tout ce qui a été rendu accessible au public en tous lieux du monde par une divulgation écrite (y compris les dessins et autre illustration et qui est susceptible d'aider à déterminer si l'invention dont la protection est demandée est nouvelle ou non et si elle implique ou non une activité inventive (c'est-à-dire si elle est évidente ou non).

¹⁴⁹ Un exemple typique peut être donné à partir du très controversé « *Vanhivax* » du Pr Victor ANOMAH NGU. D'après la description qu'en fait l'illustre chercheur camerounais, le « *Vanhivax* » est un vaccin mis au point à partir des virus contenus dans le sang d'une personne infectée par le VIH et qui est ensuite administré à ce patient sous forme d'autovaccin thérapeutique. Il a été découvert en 1989. Un *Prototype* du vaccin a été conçu pour servir de vaccin préventif contre le VIH. Pour ce vaccin le Professeur Victor ANOMAH NGU précisait en 2004 dans un entretien : « *Nous avons indiqué, sur des bases scientifiques, ce que nous avons découvert dans un journal scientifique depuis 1994. Si je n'ai pas de brevet, c'est parce que l'information était devenue publique. Nous avons une certaine partie de notre travail que nous avons conservée confidentielle. C'est donc cette partie que nous cherchons à breveter. La procédure est longue, lente et coûteuse. Nous avons enregistré le nom commercial du Vanhivax dans plusieurs pays européens, asiatiques, américains et africains* » (« Pr Victor ANOMAH NGU, le *Vanhivax* finira par être validé », in *Le messenger*, 5 Janvier 2004). Le chercheur admet ainsi que la divulgation de ses travaux dans une revue scientifique s'est posée en obstacle pour la brevetabilité de son invention. S'il affirme avec certitude que le « *Vanhivax* » est efficace, il faut dire toutefois que les autorités administratives et la communauté scientifique n'ont pas encore reconnu officiellement la fiabilité du vaccin qui continue de faire couler beaucoup d'encre et de salive. V. par exemple, « *Vanhivax : L'espoir toujours permis en clinique* », *Le Jour*, 1^{er} décembre 2008 ; Sur un aperçu général du débat sur le *Vanhivax*, V. le « Dossier SIDA » disponible sur le site <http://www.camerounlink.net>

¹⁵⁰ Y. JEANCLOS, « Les brevets d'invention en France à l'époque révolutionnaire », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques BURST : propriétés intellectuelles- AN 2000*, Litec 1997, pp. 22 et ss ; V. aussi Paris 13 septembre 1989, *Ann. Prop. Indus.* 1990, 53.

¹⁵¹ J-M. MOUSSERON, *op. cit.*, pp. 254-255.

¹⁵² J. AZEMA et J-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz., 6^{ème} éd., Paris, 2006, p. 160.

révélation ait porté sur les éléments essentiels et les moyens de reproduire l'invention.¹⁵³ Les patients et le médecin peuvent ainsi être considérés comme des agents nécessaires. De même, la publication d'une Autorisation de Mise sur le Marché (AMM) n'a pas été considérée comme une divulgation.¹⁵⁴

67. La divulgation d'une manière générale de l'antériorité¹⁵⁵ doit être certaine dans son objet et dans sa date, et le doute profite au brevet.¹⁵⁶ Elle doit porter sur la même structure dans la même application en vue du même résultat technique, pour que l'invention soit considérée comme antérieure dans l'état de la technique.¹⁵⁷ Elle doit avoir été faite avant le jour du dépôt de la demande de brevet à l'OAPI ou de la revendication de priorité si la demande a d'abord été déposée à l'étranger¹⁵⁸, ou encore que dans certains cas un tel dépôt anticipé ne constitue pas une divulgation destructrice de nouveauté. En effet, la nouveauté d'une invention demeure si l'invention est divulguée douze mois avant la date de dépôt de la demande de brevet.¹⁵⁹ Deux conditions non cumulatives doivent être remplies pour que la nouveauté ne soit pas mise en échec. Premièrement¹⁶⁰, la divulgation doit résulter d'un abus évident à l'égard de l'inventeur ou de son prédécesseur en droit. L'expression « *prédécesseur en droit* » vise notamment l'employeur en matière d'invention réalisée en exécution du contrat de travail. L'abus peut donc provenir d'une divulgation de l'invention par l'employé.¹⁶¹ En second lieu¹⁶², la divulgation doit résulter du fait que le déposant de la demande (ou son prédécesseur en droit) l'a exposée dans une exposition internationale officielle ou officiellement reconnue.¹⁶³

¹⁵³ Paris 26 octobre 1988, *PIBD* 1989, III, p. 71.

¹⁵⁴ Paris, 16 janvier 1998, *RDPI*, 1998, n°86, p. 30.

¹⁵⁵ Sur les caractères de l'antériorité, V. J. AZEMA et J-C. GALLOUX, *op. cit.*, pp. 156-157 ; A. CHAVANNE et J-J. BURST, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz., 5^{ème}, éd, 1998, pp. 47-48.

¹⁵⁶ Cass. Com. 12 mars 1996, *PIBD* 1996, III, p. 273 – Paris 6 juillet 1993, *Ann. Prop. Indus.* 1994, 78 ; *RTD Com.* 1997, 771, obs, J. AZEMA.

¹⁵⁷ Cass. Com. 12 mars 1996, *PIBD* 1996, III, *op. cit.*, p. 273.

¹⁵⁸ Dans ce cas, l'article 6 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui prévoit un certain nombre de pièces à présenter dans un délai de six mois à compter du dépôt de sa demande par quiconque veut se prévaloir de la priorité d'un dépôt antérieur.

¹⁵⁹ Article 3 alinéa 3 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

¹⁶⁰ Article 3 alinéa 3 a) de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

¹⁶¹ JM. MOUSSERON, *Les inventons des salariés*, coll. CEIPI n°39, Litec 1995, n°16, pp. 10-11 ; A. BERTRAND, *op. cit.*, p. 117.

¹⁶² Article 2 alinéa 3 b) de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

¹⁶³ Au sens du droit européen, une exposition internationale officielle ou officiellement reconnue est une catégorie définie par la Convention internationale du 22 novembre 1928 sur les expositions internationales. Elle concerne les manifestations auxquelles les pays étrangers sont invités par la voie diplomatique, qui ont une durée au moins de 3 semaines et qui ne sont pas soumises à publicité. Par ailleurs, pour bénéficier de l'immunité, le déposant doit produire une attestation émanant de l'autorité chargée de la propriété industrielle dans cette exposition et affirmant que l'invention y a été effectivement exposée. L'article 7b de la LBI dispose clairement : « *Si l'invention a été rendue accessible au public pendant les six mois qui précèdent la date de dépôt ou la date de priorité, cette divulgation n'est pas comprise dans l'état de la technique lorsqu'elle résulte directement ou indirectement (...) du fait que le requérant ou son prédécesseur en droit a exposé l'invention dans une exposition internationale officielle ou officiellement*

68 L'article 3 alinéa 3 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui a procédé à une extension de la période pendant laquelle la divulgation de l'invention n'est pas prise en considération. Sous le régime de l'Accord de Bangui de 1977¹⁶⁴, cette période était de six (6) mois. Une telle tolérance identique au système en vigueur dans les pays nord-américains¹⁶⁵ est rejetée dans les systèmes européens.¹⁶⁶ Il nous semble que l'on retrouve dans cette souplesse un souci du législateur OAPI d'offrir des incitations aux inventeurs nationaux et étrangers pour la protection d'un plus grand nombre d'innovations possibles. Cette extension permet en effet de réduire le risque de voir une invention non brevetée pour défaut de nouveauté. Pourtant, elle suscite également des inquiétudes. Cette souplesse concorde-t-elle avec le niveau de développement technologique en matière pharmaceutique des pays membres de l'OAPI ? Ainsi que le relève le Professeur CORREA, « on peut comprendre que les pays technologiquement avancés qui investissent une part non négligeable de leur PNB (produit national brut) dans la recherche-développement choisissent d'appliquer des critères de « nouveauté » plutôt souples et des normes peu exigeantes en matière d'activité inventive. Cependant, même ces politiques sont de plus en plus controversées compte tenu de l'importance des innovations « incrémentales » dans certains secteurs et du nombre croissant de brevets accordés pour protéger des innovations insignifiantes ». ¹⁶⁷ L'auteur ajoute : « Les pays moins avancés sur le plan technologique peuvent préférer fixer des critères plus stricts concernant la nouveauté et l'activité inventive pour préserver et favoriser la concurrence sans enfreindre les normes internationales minimales en matière de protection de la propriété intellectuelle. Ils ne font ainsi que marcher sur les traces de beaucoup de pays aujourd'hui avancés qui avaient adopté des politiques similaires lorsqu'ils étaient eux-mêmes en voie de développement ». ¹⁶⁸ Cependant, le Professeur CORREA souligne avec prudence que les pays en développement doivent tenir compte de ce que des normes élevées en matière de nouveauté ou d'activité inventive risquent de pénaliser leurs inventeurs locaux qui ne seront eux-mêmes pas capables de satisfaire à ces critères.¹⁶⁹ L'importante présence de la médecine traditionnelle dans le paysage de l'espace OAPI peut laisser entrevoir que le législateur a entendu favoriser la mise en valeur des produits qui en sont issus ; quoique, la médecine traditionnelle ne soit pas développée à l'échelle industrielle. Or en vertu des

reconnue au sens de la convention du 22 novembre 1928 concernant les expositions internationales et lorsqu'il l'a déclaré au moment du dépôt et qu'il a produit en temps utile des pièces suffisantes à l'appui ».

¹⁶⁴ Article 2 alinéa 3 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui de 1977.

¹⁶⁵ Article 28-2 (1) a) de la loi canadienne sur les brevets ; Section 35 USC 102 pour la loi des brevets aux Etats-Unis.

¹⁶⁶ J. AZEMA et J-C. GALLOUX, *op. cit.*, pp. 167-168 ; Article 7b, loi suisse des brevets ; V. cependant pour le cas de la Roumanie qui prévoit également un délai de 12 mois, Y. EMINESCU, « Le droit des propriétés industrielles en l'an 2000 », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques BURST : propriétés intellectuelles- AN 2000*, Litec 1997, pp. 150-151.

¹⁶⁷ C. CORREA, 2001, *op. cit.*, p. 45.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 46.

¹⁶⁹ *Ibid.*

principes du traitement national¹⁷⁰ et du traitement de la nation la plus favorisée¹⁷¹ consacrés par l'Accord sur les ADPIC¹⁷², tous les avantages qui seraient accordés aux nationaux de l'espace OAPI sont « *immédiatement et sans condition, étendus aux ressortissants de tous les autres Membres* ». ¹⁷³ De ce point de vue, les pays membres de l'OAPI partent défavorisés, la fragilité de leur tissu industriel ne leur permettent pas de faire face à la puissance des industries pharmaceutiques étrangères. Le risque serait donc que ces dernières tirent davantage intérêt de la souplesse de l'exigence de nouveauté pour soumettre à la brevetabilité des inventions peu importantes qui sous d'autres cieux seraient rejetées. L'on se retrouverait dans une situation où des inventions pharmaceutiques seraient brevetées dans l'espace OAPI et commercialisées en tant que tel tandis que les mêmes inventions en l'absence de brevet ne subissent par ailleurs des coûts supplémentaires.¹⁷⁴ Les pays membres de l'OAPI se retrouvent ainsi tout à fait légalement dans une situation désavantageuse.

69. Par ailleurs, alors déjà que l'application de l'exigence de nouveauté aux inventions d'utilisation est peu évidente¹⁷⁵, la difficulté se trouve exacerbée sur le terrain plus fertile de la contestation de la brevetabilité de la deuxième application thérapeutique. Le silence du législateur OAPI contribue à semer un doute que l'assouplissement de l'exigence de nouveauté vient renforcer. Au regard de la spécificité de l'invention pharmaceutique et de l'état de l'industrie pharmaceutique, nous pensons qu'il serait souhaitable pour le législateur OAPI de clarifier sa position et de la revoir dans le sens, au moins, de l'exclusion de la deuxième application thérapeutique.¹⁷⁶ De sorte que, étant de libre exploitation, « *celui qui l'aurait connue mais maintenue secrète avant le dépôt de la première demande de brevet n'aura, donc, pas à se prévaloir de sa possession antérieure pour la mettre librement en œuvre* ». ¹⁷⁷ Parfois la souplesse de l'exigence de nouveauté est compensée par une grande rigidité dans la fixation du seuil de l'activité inventive.

¹⁷⁰ Article 3 de l'Accord sur les ADPIC.

¹⁷¹ Article 4 de l'Accord sur les ADPIC.

¹⁷² L'Article 3 de l'Accord sur les ADPIC fait expressément référence à la Convention de Paris de 1967 dont l'Article 2 alinéa 1 dispose : « *Les ressortissants de chacun des pays de l'Union jouiront dans tous les autres pays de l'Union, en ce qui concerne la protection de la propriété industrielle, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, le tout sans préjudice des droits spécialement prévus par la présente Convention...* ».

¹⁷³ Article 4 de l'Accord sur les ADPIC.

¹⁷⁴ Ceci est d'autant plus vrai que le principe retenu par le législateur OAPI dans le cadre des importations parallèles est restrictif et ne permettrait pas de régler cette question.

¹⁷⁵ JM. MOUSSERON, *op. cit.*, n°341-343, pp. 354-360.

¹⁷⁶ V. en ce sens nos développements sur la question, P.J. LOWE GNINTEDEM, *La brevetabilité des inventions pharmaceutiques dans l'espace OAPI*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, Mars 2003, pp. 25-26 et 37.

¹⁷⁷ JM. MOUSSERON, *op. cit.*, p. 467.

b- L'activité inventive

70. L'exigence d'une activité inventive est d'une grande importance dans la délivrance des brevets d'invention.¹⁷⁸ On admet ainsi qu'une interprétation très souple de cette exigence pourrait conduire à breveter des innovations « mineures ».¹⁷⁹ Il résulte de l'article 4 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui que, « *une invention est considérée comme résultant d'une activité inventive si, pour un homme de métier ayant des connaissances et une habilité moyenne, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique à la date de dépôt de la demande de brevet ou bien, si une priorité a été revendiquée à la date de la priorité valablement revendiquée pour cette demande.* »¹⁸⁰ L'état de la technique doit être entendu comme en matière de nouveauté. Il reste que l'activité inventive s'apprécie par rapport à l'homme du métier dont la définition commande la notion d'activité inventive¹⁸¹ (i) et pour qui l'invention ne doit pas être évidente (ii).

i- La détermination de l'homme du métier en matière de santé publique

71. L'homme du métier est un technicien moyen ayant des compétences normales dans le domaine de la technique considérée. C'est celui qui est capable à l'aide de ses seules connaissances professionnelles de concevoir la solution du problème que propose de résoudre l'invention.¹⁸² Ce n'est pas l'utilisateur, mais le constructeur des objets en cause.¹⁸³

72. Dans la recherche pharmaceutique, plusieurs personnes interviennent : le chimiste, le toxicologue, le pharmacologue, le galénicien et le clinicien.¹⁸⁴ Aussi a-t-on pu penser que dans l'invention du médicament, l'homme du métier est toujours constitué par tous les spécialistes

¹⁷⁸ En France par exemple, entre 2000 et 2016, en moyenne cinquante-quatre pour cent (54%) des décisions de nullité en matière de brevets sont motivées par un défaut d'activité inventive. V. S. AGE, « Défaut d'activité inventive dans le contentieux français : données statistiques », Colloques AAPI-CNCPI-IRPI, Paris, 15 juin 2017.

¹⁷⁹ C. CORREA, 2001, *op. cit.*, pp. 54-55.

¹⁸⁰ L'article 33 alinéa 3 du PCT dispose pareillement que, « *aux fins de l'examen préliminaire international, l'invention dont la protection est demandée est considérée comme impliquant une activité inventive si, compte tenu de l'état de la technique tel qu'il est défini dans le règlement d'exécution, elle n'est pas, à la date pertinente prescrite, évidente pour un homme du métier* ».

¹⁸¹ J. AZEMA et J-C. GALLOUX, *op. cit.*, p. 171.

¹⁸² Cass. Com. 17 octobre 1995, *PIBD* 1996, III, p. 34. ; *Ann. Prop. Indus.* 1996, p. 1, obs, MATHELY.

¹⁸³ Paris, 25 octobre 1990, *Ann. Prop. Indus.* 1990, p. 250.

¹⁸⁴ M. de HAAS, *Brevets et Médicament en droit français et européen*, coll. du CEIPI n°28, Litec, 1981, pp. 195-196 ; P-E. BARRAL, « Pharmacie et industrie pharmaceutique », in *Encyclopaedia Universalis*, corpus 14, Paris 1985, p. 385.

concernés par l'invention.¹⁸⁵ Mais cette solution, peu pratique, pourrait conduire à élever de manière excessive le seuil de l'activité inventive.¹⁸⁶ L'on conçoit généralement que l'homme du métier doit avoir des qualités moyennes et des connaissances moyennes dans le domaine de la technique.¹⁸⁷ En effet, « *si l'on retient le savant comme homme du métier, il est clair que l'activité inventive sera appréciée très sévèrement. A l'inverse si l'homme du métier est celui qui ignore tout de la technique en cause, l'activité inventive sera appréciée de façon beaucoup plus libérale puisque pour lui rien n'est évident.* »¹⁸⁸ L'homme du métier généralement admis en matière de médicament est le pharmacien. Par exemple, la loi ivoirienne n°2015-533 du 20 juillet 2015 portant exercice de la pharmacie dispose que « *La pharmacie est la science qui s'intéresse à la conception, au mode d'action, à la préparation et à la dispensation des médicaments...* ». La référence expresse à la loi portant exercice de la pharmacie laisse penser que l'homme du métier pour les médicaments destinés à l'usage humain serait le pharmacien. Dans tous les cas, il faut pour qu'il y ait activité inventive que l'homme du métier, censé avoir eu accès à tous les éléments de l'état de la technique¹⁸⁹ ne perçoive pas facilement le problème posé ni la solution à apporter.

ii- L'exigence de non-évidence

73. L'Accord sur les ADPIC, sans définir l'expression « *activité inventive* » prévoit cependant que les membres pourront la considérer comme synonyme de « *non-évidente* ». ¹⁹⁰ C'est ce critère de non-évidence¹⁹¹ qui est appliqué par exemple aux Etats-Unis¹⁹², où l'on souligne que le seuil relativement bas en ce qui concerne l'exigence d'activité inventive¹⁹³ donne souvent lieu à la délivrance de brevets de faible envergure.¹⁹⁴ A l'inverse, la loi indienne des brevets a pu être interprétée comme ayant donné à l'exigence de non-évidence un sens qui conduit à un seuil élevé

¹⁸⁵ P. MATHELY, cité par M. de HAAS, *op. cit.*, p. 196.

¹⁸⁶ M. de HAAS, *Ibidem*.

¹⁸⁷ Paris, 19 janvier 1978, *PIBD* 1978, III, p. 348. ; Paris, 19 mars 1980, *PIBD* 1980, III, p. 163. ; Paris, 24 mars 1983, *PIBD* 1983, III, p. 203.

¹⁸⁸ J. AZEMA et J-C. GALLOUX, *op. cit.*, p. 171.

¹⁸⁹ Les documents cités dans le rapport de recherche ainsi que la somme des connaissances contenues dans la littérature existante, les documents antérieurs, les documents de brevets et autres. L'établissement d'un rapport de recherche est prévu à l'article 20 alinéa 2 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

¹⁹⁰ Note 5 de l'Accord sur les ADPIC.

¹⁹¹ « *Non-obviousness* » en anglais.

¹⁹² B. REMICHE, *Le rôle du système des brevets dans le développement : le cas des pays andins*, coll. du CEIPI n°29, Litec, pp. 51-52.

¹⁹³ C. CORREA, 2001, *op. cit.*, pp. 53-54.

¹⁹⁴ Sur l'ensemble du débat et les arguments justifiant le régime d'application actuel, V. S.A. MERRILL, R.C. LEVIN and M.B. MYERS (eds), *A patent System for the 21st Century*, The Natioanl Academies Press, Washington, D.C., 2004, pp. 25-28.

et difficile à atteindre de l'activité inventive. En substance, elle prévoit que¹⁹⁵ : « *inventive step means a feature of an invention that involves technical advance as compared to the existing knowledge or having economic significance or both and that makes the invention not obvious to the person skilled in the art* »¹⁹⁶.

« *L'évidence* » se réfère à ce qui ne va pas au-delà du progrès normal de la technique et ne fait que découler manifestement et logiquement de l'état de la technique. C'est l'innovation qui ne suppose pas une qualification ou une habilité plus poussée que celle qu'on est en droit d'attendre d'un homme du métier. Il n'y a pas d'activité inventive si l'homme du métier placé dans les mêmes conditions, aurait perçu le problème de la même manière et dégagé la même solution.¹⁹⁷ L'activité inventive s'apprécie au jour de la demande de brevet ou de la revendication de priorité. Dans l'invention pharmaceutique, le médicament sera considéré comme impliquant une activité inventive s'il permet d'obtenir un résultat qui n'avait jamais encore été atteint. Par exemple, s'il permet de soigner une maladie pour laquelle on ne connaissait encore aucun produit efficace. Il ne faudrait pas en outre qu'à la date de l'invention l'homme du métier eût pu être conduit, par les connaissances qu'il possédait et compte tenu de ses qualités moyennes, à essayer ou éventuellement à fabriquer le médicament concerné.¹⁹⁸ Encore faut-il que l'invention puisse être exploitée industriellement.

¹⁹⁵ Article 2.1 (ja) de la loi indienne des brevets telle que modifiée en 2005.

¹⁹⁶ Commentant cette disposition, M. BASHEER relève : « *As can be seen from this definition, while the fundamental yardstick for measuring an 'inventive step' remains that which is 'not obvious to a person skilled in the art', a requirement that the invention involve a 'technical advance' or have an 'economic significance' of some sort has been added. This change in the standard seems odd, given that very purpose of the 'inventive step' criterion is to determine whether an invention sufficiently advances the technical arts so as to warrant an exclusive right. This is no doubt achieved in an optimal manner by the simple test of whether the invention, though novel, is non-obvious to a person skilled in the art. By itself, the non-obviousness test is a difficult one to apply – additional criteria such as 'technical advance' and 'economic significance' only further the complexity. Contrary to suggestions by some commentators, the addition of 'technical advance' or 'economic significance' to the 'non-obviousness' test does not dilute the 'inventive step' requirement – on the contrary, it is susceptible to being interpreted in a manner that renders it more onerous to satisfy* ». S.M. BASHEER, « India's Tryst with TRIPS : The Patents (Amendment) Act 2005 », *IJLT*, Vol. 1, 2005, p. 22.

¹⁹⁷ Paris 14 mars 1989, *STALIBUS c/ AIRAX*, *Ann. Prop. Indus.* 1990, 99. Cette décision des juges français a ainsi précisé qu'il n'y avait pas d'activité inventive lorsque « *l'invention (faisait) d'un moyen connu une application différente, dès lors que le problème technique à résoudre était connu ainsi que la solution donnée et qu'il était donc évident pour l'homme du métier, en présence de cet art antérieur, de réaliser l'invention par la simple application de ses connaissances techniques* ».

¹⁹⁸ M. de HAAS, *op. cit.*, pp. 204 et ss.

c- L'application industrielle

74. D'après l'article 5 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui, « *une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué et utilisé dans tout genre d'industrie* ». ¹⁹⁹ Il n'est pas nécessaire que l'invention soit importante. Il faut seulement que son objet puisse être fabriqué ou utilisé dans l'industrie. ²⁰⁰ Le terme « *industrie* » doit être entendu de façon très large. Il couvre tous les domaines, y compris les produits de santé, domaine qui nous intéresse dans le cadre de cette étude. L'Accord sur les ADPIC n'a pas défini ce qu'il fallait entendre par « *application industrielle* », mais précise dans une note de bas de page qu'elle peut être considérée comme synonyme de « *utile* ». ²⁰¹ Cette notion d'utilité paraît beaucoup plus large que celle d'application industrielle ²⁰² ; mais il n'est pas nécessaire que l'invention présente davantage d'utilité qu'un art antérieur, car utilité n'est certes pas synonyme de progrès technique, ²⁰³ néanmoins, pour être brevetable, l'invention doit produire un réel résultat technique ²⁰⁴. L'« utilité » conduit à délivrer des brevets pour les méthodes pour peu qu'elles soient utiles, y compris les méthodes commerciales. ²⁰⁵ Dans le même sens, les méthodes de traitement et de diagnostic sont brevetables aux Etats-Unis. Cette approche est clairement rejetée dans le droit européen qui pose *une présomption irréfragable* ²⁰⁶ de non brevetabilité. La Convention sur le brevet européen ²⁰⁷, bien suivie par la jurisprudence européenne ²⁰⁸, considère que les méthodes de traitement et de diagnostic sont insusceptibles d'application industrielle. Ainsi que nous le verrons plus loin, le législateur OAPI qui exclut de la brevetabilité les méthodes de traitement et de diagnostic n'a pas apporté de justification à son choix. En ce qui concerne la deuxième application thérapeutique, l'on peut

¹⁹⁹ L'article 33 alinéa 4 du Traité de Coopération en matière de brevets (PCT) retient la formule suivante : « *aux fins de l'examen préliminaire international, l'invention dont la protection est demandée est considérée comme susceptible d'application industrielle si, conformément à sa nature, elle peut être produite et utilisée dans tout genre d'industrie* ».

²⁰⁰ TGI Paris, 21 janvier 1993, *PIBD* 1993, III, p. 308.

²⁰¹ Note 5 de l'Accord sur les ADPIC.

²⁰² TGI Paris, *PIBD*, 1998, n° 659.III.398. En ce qui concerne la qualité du résultat de l'exploitation de l'invention, le Tribunal de grande instance de Paris a décidé que « la loi ne tient compte ni du résultat de l'usage de l'invention breveté ni de la qualité de ce résultat, un résultat imparfait ou même constituant une régression ne conduit pas, au sens de la loi, à un défaut d'application industrielle ». Ce refus d'apprécier le mérite de l'invention distinguerait la notion d'« application industrielle » de celle d'« utilité ».

²⁰³ R. SIGNORE, *La brevetabilité des inventions aux Etats Unis d'Amérique : principe, conséquences pour les non américains*, coll. du CEIPI, n°34, Litec, 1988, p. 235.

²⁰⁴ TGI Paris, *PIBD*, 1985, n° 375.III.246. Dans cette autre affaire, le Tribunal de grande instance de Paris a jugé que « pour qu'une invention soit reconnue brevetable, il est suffisant qu'elle procure un résultat technique immédiat dans l'ordre industriel, même si ce résultat est faible et imparfait et si les techniciens considèrent cette invention sans intérêt du point de vue commercial et sans utilité dans l'exploitation ».

²⁰⁵ S.A. MERRILL, R.C. LEVIN and M.B. MYERS (eds), *op. cit.*, pp 22-23.

²⁰⁶ J. AZEMA et J-C. GALLOUX, *op. cit.*, p. 132.

²⁰⁷ L'article 52 § 4 de la CBE dispose : « *ne sont pas considérées comme des inventions susceptibles d'application industrielle les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal* ».

²⁰⁸ Il a ainsi été décidé qu'une méthode contraceptive destinée à être mise en œuvre dans un cadre privé et intime n'est pas susceptible d'application industrielle. OEB, ch. Rec. Tech. 9 nov3 1994, JO OEB 1995, 712.

argumenter que ; la découverte qu'un médicament pris sous une forme ou selon une prescription différente peut soigner une autre maladie, du fait que la manière de prendre un médicament s'assimile à une méthode, ne saurait faire l'objet d'une application industrielle.²⁰⁹ D'une manière générale, les critères traditionnels de brevetabilité ouvrent droit à l'obtention du brevet. Encore faut-il que l'invention ait respecté les exigences de forme.

2- Les exigences de formes en matière d'obtention de brevets

75. Comme pour les critères de fond, les exigences de formes en matière d'obtention des brevets ne comportent pas de dispositions spécifiques en ce qui concerne les inventions dans le domaine de la santé. Cependant, leur mise en œuvre peut revêtir quelques particularités intéressantes pour l'accès aux médicaments. Ce volet concerne l'aspect relatif à la mise en valeur d'une invention pharmaceutique par l'octroi du brevet, compte tenu du fait que seul l'examen sur la forme de la demande est déterminant pour cet octroi. L'inventeur devra remplir des exigences liées soit à l'invention elle-même (a) soit à l'organisation institutionnelle en matière de demande de brevet (b).

a- Les conditions de forme liées à l'invention pharmaceutique

76. De la demande à la délivrance du brevet, les exigences générales s'appliquent aux inventions pharmaceutiques. Les formalités relatives à la délivrance des brevets sont indiquées au titre II de l'Annexe I de l'Accord de Bangui. En vertu de l'article 14 alinéa 1 d), la demande de brevet doit contenir :

- Une description de l'invention faisant l'objet du brevet demandé ; la description doit être effectuée d'une manière claire et complète pour qu'un homme du métier ayant des connaissances et une habileté moyenne puisse l'exécuter ;
- Les dessins qui seraient nécessaires ou utiles pour l'intelligence de l'invention²¹⁰ ;
- La ou les revendications définissant l'étendue de la protection recherchée et n'outrepassant pas le contenu de la description ; et
- Un abrégé descriptif résumant ce qui est exposé dans la description, la ou les revendications

²⁰⁹ M. de HAAS, *op. cit.*, pp. 225-226.

²¹⁰ L'article 7 du PCT autorise également l'adjonction de dessins pour autant qu'ils sont nécessaires à l'intelligence de l'invention.

ainsi que tout dessin à l'appui dudit abrégé.

77. Le breveté ou les ayants droit au brevet ont, pendant toute la durée du brevet, le droit d'apporter à l'invention des changements, perfectionnements ou additions.²¹¹ Ces changements, perfectionnements ou additions sont consacrés par des *certificats d'addition* délivrés dans la même forme que le brevet principal et qui produisent, à partir des dates respectives des demandes et de leur délivrance, les mêmes effets que ledit brevet principal.²¹² Les certificats d'addition prennent fin avec le brevet principal.²¹³ Toutefois, la nullité du brevet principal n'entraîne pas, de plein droit, la nullité du ou des certificats d'addition correspondant.²¹⁴

78. De toutes les exigences imposées, la description revêt une importance particulière pour apprécier l'apport informatif du brevet.²¹⁵ Elle a pour objet la divulgation de l'invention et la délimitation du monopole d'exploitation.²¹⁶ L'article 5 du PCT dispose que la description doit exposer « *l'invention d'une manière suffisamment claire et complète pour qu'un homme de métier puisse l'exécuter* ». Le législateur OAPI n'utilise pas expressément le terme « *suffisante* ». Il y a lieu de penser que l'exigence selon laquelle la description doit être « *claire et complète* »²¹⁷ sans référence à un degré quelconque, ne lui semble pas nécessaire, le tout s'appréciant par rapport à l'homme du métier qui doit pouvoir exécuter l'invention. L'homme du métier doit être entendu de la même manière que celui retenu pour apprécier la nouveauté et l'activité inventive. La description est jugée insuffisante si l'homme du métier est « *amené, en réalité, à faire œuvre d'inventeur* »²¹⁸ ou s'il ne peut pas réaliser l'objet de l'invention à l'aide de ses seules connaissances professionnelles²¹⁹ et par le jeu de simples opérations d'exécution.²²⁰ La description implique en matière pharmaceutique²²¹, l'indication des propriétés pharmacologiques et d'une ou plusieurs

²¹¹ Article 26 alinéa 1 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

²¹² Article 26 alinéa 2 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

²¹³ Article 27 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

²¹⁴ L'on peut s'interroger sur la nécessité de maintenir le certificat d'addition alors que le brevet principal n'est plus valable. Cela pourrait contribuer en fait à la substance du brevet annulé. Puisqu'il n'est pas exigé que le certificat d'addition remplisse les critères de fond de brevetabilité, il ne devrait pas subsister en cas d'annulation du titre principal. Si le certificat d'addition constitue une invention remplissant toutes les conditions de brevetabilité il serait par contre plus judicieux pour l'inventeur de faire une demande de brevet, sous la menace de rejet. L'article 28 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui prévoit que, tant qu'un certificat d'addition n'a pas été délivré, le demandeur peut obtenir la transformation de sa demande de certificat d'addition en une demande de brevet, dont la date de dépôt est celle de la demande de certificat. En France, le certificat d'addition a été supprimé par la loi du 26 novembre 1990.

²¹⁵ JM. MOUSSERON, *op. cit.*, p. 636.

²¹⁶ J. AZEMA et J-C. GALLOUX, *op. cit.*, p. 216.

²¹⁷ Article 14 alinéa 1 d) i) de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

²¹⁸ Cass. Com. 7 juin 1988, *PIBD* 1988, III, p. 99.

²¹⁹ TGI Paris, 1^{er} février 2006, *Prop. Intel*, 2006, n°20, obs. GALLOUX ; Décision T212/88, JO OEB 1988, p3 28.

²²⁰ Cass. Com. 8 juillet 1981, *PIBD* 1981, III, p. 256.

²²¹ Sur le sens et le contenu de la description en matière de médicaments, V. HAAS (M. de), *op. cit.*, pp. 155-179.

applications thérapeutiques.²²² Cependant, la description n'a pas à signaler les effets secondaires que le produit et/ou le procédé breveté peuvent avoir. Les juges français ont eu à décider que le caractère nocif d'un produit dans certains cas constituait non une insuffisance de description, mais une imperfection dans le résultat qui ne peut être cause de nullité.²²³

79. Les revendications²²⁴ définissent l'objet et l'étendue de la protection demandée. Ce qui est décrit mais n'est pas revendiqué n'a pas droit à la protection ; et on ne peut revendiquer plus que ce que l'on a décrit.
80. L'abrégé²²⁵ est un résumé établi à des fins d'information technique. La demande est limitée à un seul objet principal, avec les objets de détail qui le constituent et les applications qui ont été indiquées. Elle ne peut contenir ni restrictions, ni conditions, ni réserves. Elle fait mention d'un titre désignant d'une manière sommaire et précise l'objet de l'invention.²²⁶ C'est la règle de l'unité d'invention, qui proscrit non pas l'invention complexe mais le brevet complexe²²⁷, dont la classification serait difficile, voire impossible.²²⁸
81. Une fois la demande déposée, elle est examinée, éventuellement délivrée et publiée par l'OAPI.²²⁹ Lorsque l'Organisation constate que toutes les conditions requises pour la délivrance du brevet sont remplies et que, *le cas échéant*, le rapport de recherche a été établi, elle notifie et délivre le brevet demandé. Le rapport de recherche vise à établir deux points fondamentaux : qu'au moment du dépôt de la demande de brevet, une demande de brevet déposée antérieurement ou bénéficiant d'une

²²² Cass. Com. 16 juin 1992, *PIBD* 1992, n°531, III, p. 543.

²²³ TGI Paris, 19 octobre 1976, *PIBD* 1977, n°192, III, p3 209.

²²⁴ Article 14 alinéa 1 d) iii) de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

²²⁵ Article 14 alinéa 1 d) iv) de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

²²⁶ Article 15 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

²²⁷ JM. MOUSSERON, *op. cit.*, pp. 676 et ss.

²²⁸ J. AZEMA et J-C. GALLOUX, *op. cit.*, p. 213.

²²⁹ L'OAPI vérifie que tous les critères de brevetabilité sont respectés et les exigences de forme suivies (article 20 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui). Lorsque la demande de brevet ne satisfait pas aux conditions requises, elle peut être rejetée selon les termes de l'article 24 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui. D'après l'article 32 alinéa 1 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui, « l'Organisation publie, pour chaque brevet d'invention ou certificat d'addition délivré, les données suivantes : i) le numéro du brevet ou du certificat d'addition ; ii) le nom et l'adresse du titulaire du brevet ou du certificat d'addition ; iii) le nom et l'adresse de l'inventeur, sauf si celui-ci a demandé à ne pas être mentionné dans le brevet ou le certificat d'addition ; iv) le nom et l'adresse du mandataire, s'il y en a un ; v) la date du dépôt de la demande ; vi) la mention de la ou les priorité (s), si une ou plusieurs priorités a (ont) été revendiqués (s) valablement ; vii) la date de priorité, le nom du pays dans lequel, ou du ou des pays pour lesquels, la demande antérieure a été déposée et le numéro de la demande antérieure ; viii) la date de la délivrance du brevet ou du certificat d'addition ; ix) le titre de l'invention, x) la date et le numéro de la demande internationale, le cas échéant ; xi) les symboles de la classification internationale des brevets ». Le Conseil d'Administration fixe et détermine les modalités de la publication de la description de l'invention, des dessins éventuels, des revendications et de l'abrégé (article 32 alinéa 2 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui).

priorité antérieure valablement revendiquée et concernant la même invention n'est pas en instance de délivrance²³⁰ ; et que l'invention est nouvelle, résulte d'une activité inventive, et est susceptible d'application industrielle.²³¹

82. L'OAPI apprécie l'opportunité de l'établissement d'un rapport de recherche.²³² Il faut dire que le législateur OAPI a reformulé les dispositions relatives à la délivrance du brevet. Sous l'empire de l'Accord de Bangui de 1977²³³, il était prévu que : « *les brevets dont la demande a été régulièrement formée sont délivrés sans examen au fond ou, le cas échéant, après établissement d'un rapport de recherche* ». Cette disposition laisse penser qu'en réalité, seules les exigences de forme constituent le véritable critère fondamental pour délivrer un brevet d'invention. Parallèlement, la suppression de l'expression « *délivrés sans examen au fond* » par le législateur de 1999 donne lieu de croire que désormais, il vérifie véritablement que les critères de fond sont également respectés. Mais puisque seul le rapport de recherche permet d'établir la nouveauté, l'activité inventive et la susceptibilité d'application industrielle, le fait que ce soit seulement « *le cas échéant* » que l'on doive l'établir signifierait que le rapport de recherche est facultatif. En d'autres termes, la vérification des critères de brevetabilité n'est pas obligatoire pour délivrer un brevet dès lors que les exigences de forme sont respectées.

83. A notre sens, le choix du législateur OAPI est quelque peu embarrassant. Il justifie l'octroi de monopoles sur les inventions incertaines et prive par ailleurs les exigences de fond de leur substance. En même temps, l'on peut se demander si l'OAPI dispose de moyens techniques et humains suffisants pour engager une telle vérification des critères de fond, avec pour conséquence que cela allongerait les délais de délivrance du brevet. Mais la situation pourrait s'apprécier différemment en fonction de la nature de la demande. Pour les demandes internationales déposées dans le cadre du PCT, l'on pourrait penser que l'OAPI s'approprie le rapport de recherche internationale.²³⁴ Par contre, la légèreté du législateur OAPI pourrait produire des effets pervers si

²³⁰ Article 20 alinéa 2 a) de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

²³¹ Article 20 alinéa 2 b) de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

²³² Le Conseil d'Administration de l'OAPI peut décider si tout ou partie des points visés par le rapport de recherche sont applicables à un ou plusieurs domaines techniques dont relèvent les inventions ; il détermine ces domaines par référence à la classification internationale des brevets (article 20 alinéa 3 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui). Pour les demandes internationales en vertu du Traité de coopération respectivement au rapport de recherche internationale et au rapport d'examen préliminaire international (article 20 alinéa 5 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui). Le rapport de recherche internationale contient les résultats de la recherche internationale dont l'objet est de découvrir, selon l'article 15 alinéa 2 du PCT, « *l'état de la technique pertinent* ».

²³³ Article 17 alinéa 1 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui de 1977.

²³⁴ Pour les commentaires sur la procédure et les exigences relatives à la recherche internationale du PCT et au rapport y relatif, V. J.M. MOUSSERON, *op. cit.*, pp. 936-945.

aucune revendication internationale n'a été effectuée. Elle ouvrirait manifestement la voie à une situation où l'espace OAPI deviendrait un office récepteur de toutes les inventions déchuées et rejetées dans des systèmes étrangers. Ce serait le lieu où sont brevetées les inventions qui ne peuvent ou ont peu de chance de l'être ailleurs. Cette situation est, potentiellement, d'autant plus regrettable que le régime des importations parallèles de l'espace OAPI est restrictif ainsi que nous le verrons plus loin. Naturellement, les conséquences en termes de verrouillage du marché et de fixation de prix se feraient ressentir. En matière de santé, cela pourrait contribuer à des situations inconfortables en raison de la limitation de l'accès aux médicaments. Le législateur OAPI, prudent, prend le soin de préciser à l'article 22 alinéa 1 de l'Accord de Bangui de 1999 que : « *Toutefois, dans tous les cas, la délivrance des brevets est effectuée aux risques et périls des demandeurs et sans garantie soit de la réalité, de la nouveauté ou du mérite de l'invention, soit de la fidélité ou de l'exactitude de la description* ». C'est dire que la délivrance d'un brevet portant sur un médicament n'est en rien le gage de son efficacité, de son innocuité ou de sa bonne qualité. Au plus fort du débat sur la brevetabilité des médicaments, l'on a pu craindre que la délivrance d'un brevet constitue aux yeux de la population une sorte de garantie ou de recommandation alors même que le médicament serait en réalité peu ou pas fiable.²³⁵ La non brevetabilité du médicament permettrait ainsi d'éviter que des « *charlatans* » n'exploitent cette erreur populaire. Cet argument était utilisé pour justifier l'exclusion de la brevetabilité du médicament dans la plupart des pays.²³⁶ La précision du législateur OAPI ne laisse la place à aucun doute sur le sujet. On reste pourtant perplexe devant la formulation de l'article 22 alinéa 1 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui. Si la délivrance du brevet ne garantit même pas la nouveauté de l'invention, à quoi sert-il de considérer la nouveauté comme un critère de brevetabilité ? Si elle ne garantit pas non plus *la fidélité ou l'exactitude de la description*, sur quelle base est-ce que l'homme du métier exercera sa compétence pour apprécier l'activité inventive ?

84. L'on considère que le brevet est délivré en contrepartie de l'apport que l'invention fait à la société, notamment à travers sa divulgation. Si la description n'est pas exacte, nécessairement, l'invention n'est pas divulguée puisque l'homme du métier aboutira toujours en suivant la voie décrite à un résultat erroné.²³⁷ En disposant que l'invention nouvelle, impliquant une activité

²³⁵ Pour ces raisons, le législateur français de 1844 interdit la brevetabilité des inventions pharmaceutiques. Revenant sur la controverse, M. de HAAS cite le rapporteur DUPIN qui expliquait : « *Bien que les brevets soient délivrés sans examen, bien que la loi réclame sur ces brevets qu'ils ne préjugent point du mérite de l'inventeur, une foule de personnes y voit une sorte de garantie et de recommandation et le charlatanisme exploite trop souvent cette erreur populaire. Il faut, donc, dans l'intérêt de la santé publique, sauver la crédibilité du double danger d'ajouter foi, sur la foi d'un brevet d'invention, à la puissance salutaire d'un remède inefficace ou dangereux* ». M. de HAAS, *op. cit.*, p. 45.

²³⁶ B. REMICHE, *op. cit.*, pp. 51-52.

²³⁷ Sauf une découverte hasardeuse, ou « *à faire œuvre d'inventeur* », dont nous avons dit plus haut que c'était synonyme d'insuffisance de description.

inventive et susceptible d'application industrielle peut faire l'objet d'un brevet d'invention, l'article 2 alinéa 1 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui présume que le brevet n'est délivré que pour les inventions présentant lesdits critères. Certes il s'agit d'une présomption simple au profit de l'inventeur²³⁸ puisque le brevet peut être contesté par toute personne y ayant intérêt ou même le Ministère public²³⁹ et donner lieu à nullité²⁴⁰, prononcée par la juridiction civile compétente²⁴¹, dans la forme prescrite pour les matières sommaires.²⁴² L'article 22 alinéa 1 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui fait planer le doute sur la valeur d'une telle présomption. Il remet en cause la pertinence du système des brevets, puisqu'il suffit de demander pour obtenir un brevet. A notre avis, cette approche²⁴³ cadre mal avec les objectifs de développement affirmés par le législateur OAPI et devrait être corrigée.²⁴⁴ Il pourrait alors éclairer le public sans toutefois remettre en cause la vérification des critères essentiels de brevetabilité que l'office est censé opérer. Il lui suffirait de dire que la délivrance du brevet ne préjuge pas de l'efficacité de l'invention. En effet, une invention peut être nouvelle, inventive et industriellement applicable en étant inefficace, voire même nuisible. Elle n'en serait pas moins brevetable.

²³⁸ En ce sens, l'inventeur est non seulement dispensé de faire une démonstration qui pourrait lui être difficile, mais en plus il laisse à la charge de son adversaire tous les cas douteux, comme chaque fois que l'on a affaire à une présomption légale. V. J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, PUF, 23^{ème} éd., 1995, p. 282.

²³⁹ Article 43 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

²⁴⁰ L'article 39 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui intitulé « Nullités » est ainsi formulé : « 1) Sont nuls, et de nul effet, les brevets délivrés dans les cas suivants : a) si l'invention n'est pas nouvelle, ne comporte pas une activité inventive et si elle n'est pas susceptible d'application industrielle ; (...) c) lorsque la description jointe au brevet n'est pas conforme aux dispositions de l'article 14 d) i) précédent ou si elle n'indique pas, d'une manière complète et loyale, véritables moyens de l'inventeur. 2) Sont également nuls et de nul effet les certificats comprenant des changements, perfectionnements ou additions qui ne se rattacheront pas au brevet principal, tels que prévus par la présente Annexe. 3) La nullité peut porter sur tout ou parties des revendications ».

²⁴¹ Article 44 alinéa 1 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

²⁴² Article 44 alinéa 1 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui. Le législateur OAPI fait sans doute référence aux procédures d'urgence en vigueur devant la juridiction saisie. Dans l'espace OAPI, il faudra alors s'en référer à l'Acte uniforme OHADA sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution du 10 juillet 1998. V. F. ANOUKAHA et A.D. TJOUEU *Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA*, Yaoundé, Presses Universitaires d'Afrique, 1999 ; J. ISSA-SAYEGH, P-G. POUGOUE et F.M. SAWADOGO (dir), *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3^{ème} édition, Juriscope, 2008, pp. 747-866.

²⁴³ Les pratiques des offices nationaux de brevets varient en ce qui concerne l'examen des demandes de protection. Certains offices délivrent des brevets immédiatement après vérification des formalités. En d'autres termes, ils délivrent un brevet si les formalités sont remplies à satisfaction (c'est le cas en France). Dans d'autres pays, les offices effectuent une recherche, mais délivrent un brevet sans se prononcer sur le principe de la nouveauté ou de l'activité inventive. D'autres encore ne délivrent un brevet qu'à la condition que la demande remplisse la totalité des conditions, sur la forme et sur le fond (c'est le cas aux Etats-Unis). V. S. LAPOINTE, « L'histoire des brevets », in *Les Cahiers de Propriété Intellectuelle* 12(3), 2000, pp 646 et ss. ; OMPI, « Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle – Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999) », OMPI, Genève, 2001, p. 37.

²⁴⁴ L'évolution du débat aux Etats-Unis, les risques et les motivations du choix du législateur américain nous semblent illustratives de l'opportunité dans l'espace OAPI de procéder à un examen sur le fond des demandes de brevet. V. S. LAPOINTE, *ibidem*.

85. Quoi qu'il en soit, les organismes de santé publique procèdent en général au contrôle de l'efficacité et de l'innocuité des médicaments avant d'autoriser leur mise sur le marché. La légèreté des dispositions de l'Accord de Bangui ne leur donnera que plus de travail dans l'effort à fournir pour ce contrôle. L'on peut tout de même regretter, du point de vue de l'accès aux médicaments, que des inventions pharmaceutiques à l'originalité incertaine doivent être plus coûteuses en raison des frais supplémentaires résultant de la protection par le brevet d'invention. Cette cherté est au moins en partie justifiée par les contraintes financières nécessitées en raison des coûts générés par la recherche développement en matière de brevet.

b- L'organisation institutionnelle de l'OAPI en matière de demande de brevet

86. Pour les Etats membres, l'OAPI est le seul organisme habilité à délivrer les titres de brevet. La demande, adressée au Directeur général de l'OAPI²⁴⁵, peut néanmoins être déposée dans chacun des Etats membres. D'après l'article 14 alinéa 1 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui, « *quiconque veut obtenir un brevet d'invention doit déposer ou adresser par pli postal recommandé avec demande d'avis de réception à l'Organisation ou au Ministère chargé de la propriété industrielle* ». Dans chaque Etat membre, il existe une institution qui s'occupe des questions de propriété industrielle et tient lieu de structure nationale de liaison (SNL) avec l'OAPI.²⁴⁶ Elle transmet la demande de brevet à l'OAPI dans les cinq jours ouvrables à compter de la date de dépôt.²⁴⁷ Ce qui facilite la tâche aux inventeurs qui autrement auraient été obligés d'effectuer leur demande de brevet uniquement au siège de l'OAPI situé à Yaoundé au Cameroun.²⁴⁸ La délivrance du brevet a lieu sur décision du Directeur général de l'Organisation ou sur décision d'un fonctionnaire de l'Organisation dûment autorisé à le faire par le Directeur général.²⁴⁹ La demande est irrecevable si elle n'est pas accompagnée d'une pièce constatant le versement de la taxe de dépôt et de la taxe de publication.²⁵⁰ Toujours est-il que l'OAPI effectue un examen de la demande avant de procéder à son rejet ou à la

²⁴⁵ Article 14 alinéa 1 a) de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

²⁴⁶ Pour la liste des SNL dans les différents Etats membres, V. sur le site suivant : <http://www.oapi.wipo.net/fr/outils/snl.htm>

²⁴⁷ Article 19 alinéa 1 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

²⁴⁸ Cela aurait constitué à n'en point douter un obstacle géographique de taille notamment pour les inventeurs vivant dans les pays membres autres que le Cameroun.

²⁴⁹ Article 22 alinéa 2 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

²⁵⁰ Le Règlement des Taxes de l'OAPI adopté par la Résolution n°42/15 issue de la 42^{ème} session ordinaire du conseil d'administration de l'OAPI prévoit des frais préalables à la recevabilité de la demande. Entre autres, la taxe de dépôt et la taxe de publication font un montant de 590.000 F.CFA (un euro étant évalué au moment de la résolution à 655, 957 francs CFA). Sur le système de taxes de l'OAPI. Disponible sur le site suivant: http://www.oapi.wipo.net/docs/fr/taxes_2003.pdf

délivrance du brevet.²⁵¹ Le non-respect des formalités exigées pour le maintien du brevet peut entraîner la déchéance du titulaire du brevet de ses droits.²⁵² Il pourra être restauré dans ses droits dans les conditions prévues à l'article 41 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

87. L'application du droit des brevets en matière de produits de santé relève du droit commun. Fidèle à l'esprit des textes internationaux, le législateur OAPI n'a pas fait de différence entre les inventions provenant de l'industrie pharmaceutique, domaine par excellence de la brevetabilité en matière de santé publique, et les autres industries. Il garde en la matière un silence qui, mieux que toute expression, traduit que les inventions pharmaceutiques ou de médicaments n'ont rien de particulier par rapport aux autres types d'invention. Le silence du législateur OAPI, loin de rassurer inquiète cependant. Nous avons démontré la particularité de l'invention pharmaceutique ainsi que son interdépendance et son interpénétration avec le droit des brevets. Plus que le minimum requis par l'Accord sur les ADPIC, et plus que dans le droit ancien, le législateur OAPI consacre dans l'objet brevetable les inventions d'utilisation dont l'incidence en matière de médicament est grande. Une analyse de droit comparé permet de constater que la plupart des législations même dans les pays industrialisés ont souvent à ce niveau prévu des dispositions spécifiques ou plus précises en vue de préserver l'intérêt de la santé publique. Cela s'est manifesté parfois par l'exclusion de la deuxième application thérapeutique du champ de la brevetabilité. Il est regrettable que le législateur OAPI n'ait pas tiré toutes les conséquences de son choix.

88. Par ailleurs, l'interprétation tantôt souple tantôt rigoureuse des conditions de fond de la brevetabilité laisse planer un doute sur les objectifs du juge. Somme toute, elle présente peu de garanties quant à la qualité des brevets de médicaments qui seraient délivrés dans l'espace OAPI. La conséquence en matière d'accès aux médicaments est dans ce contexte défavorable pour la production locale de médicaments pour les populations. Encore que seules les exigences de forme sont le critère déterminant de délivrance des brevets d'invention. Quoiqu'il en soit, la portée du silence du législateur est atténuée en ce sens que la présence de considérations de santé publique a marqué durablement l'évolution du droit des brevets depuis ses fondements.

²⁵¹ V. supra, n°70.

²⁵² L'article 40 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui, qui prévoit la déchéance, énonce également les circonstances dans lesquelles la sanction peut être levée : « 1) Est déchu de tous ses droits le breveté qui n'a pas acquitté son annuité à la date anniversaire du dépôt de sa demande de brevet. 2) L'intéressé bénéficie toutefois d'un délai de six mois pour effectuer valablement le paiement de son annuité. Dans ce cas, il doit verser, en outre, une taxe supplémentaire. 3) Sont considérés comme valables les versements effectués en complément d'annuités ou de taxes supplémentaires dans le délai de six mois susvisé. 4) Sont également considérés comme valables les versements effectués au titre des annuités et taxes supplémentaires échues et relatives à une demande de brevet résultant soit de la transformation d'une demande de certificat d'addition conformément à l'article 28, soit de la division d'une demande de brevet conformément à l'article 24, alinéa 3), à condition que ces paiements aient eu lieu dans un délai de six mois à compter de la demande de transformation ou du dépôt des demandes résultant de la division ».

CHAPITRE II : LA PROTECTION JURIDIQUE DU MEDICAMENT ISSU DES SAVOIRS TRADITIONNELS

89. L'accessibilité financière et géographique des populations à des médicaments de qualité constitue un enjeu important en matière de santé publique pour les pays africains. C'est dans ce sens que l'énorme potentiel que représente la flore africaine, en terme de plantes médicinales, ouvre des perspectives intéressantes dans le domaine de la recherche pour la mise au point de nouveaux médicaments. La médecine traditionnelle fondée sur l'utilisation de produits naturels et sur le savoir des communautés indigènes et locales occupe une place de choix dans les systèmes de soins de santé de nombreux pays en développement. Aussi l'apport de la médecine et de la pharmacopée traditionnelle dans la couverture des besoins sanitaires des africains ne peut être ignoré et négligé encore longtemps. C'est pourquoi, nous définirons d'abord la notion de médicament issu des savoirs traditionnels (**Section 1**) et par la suite déterminer les conditions d'exploitation de celle-ci (**Section 2**).

Section 1 : Les notions liées au médicament issu des savoirs traditionnels

90. Les savoirs traditionnels sont un ensemble de connaissances difficiles à définir de façon précise. L'analyse des médicaments issus des savoirs traditionnels et de la pharmacopée ne peut être appréhendée sans définir au préalable les expressions et les dénominations liées aux savoirs traditionnels (**Paragraphe 1**), aux ressources génétiques et associés (**Paragraphe 2**) et à la pharmacopée traditionnelle africaine (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1 : La notion des savoirs traditionnels

91. Le médicament à base de plantes est qualifié de médicament traditionnel s'il ne peut répondre à l'ensemble des critères fixés pour une Autorisation de Mise sur le Marché (AMM). Pour une meilleure compréhension de ce point, nous définirons le médicament issu des savoirs traditionnels (**A**) et déterminera le caractère alternatif de celui-ci (**B**).

A- La définition du médicament issu des savoirs traditionnels

92 Les savoirs traditionnels sont des connaissances ou techniques issues du patrimoine traditionnel et relevant de domaines très variés tels que le domaine médical, pharmaceutique, biologique, écologique, etc. la plus part de ces savoirs revêtent une valeur symbolique profonde se rattachant à des systèmes de croyances spirituelles, religieuses ou d'une collectivité. Il ressort de certains travaux de recherches²⁵³ que les savoirs traditionnels peuvent revêtir deux significations : *« Au sens large les savoirs traditionnels désignent tant les idées que la forme d'expression de ces idées qui ont été élaborées par des communautés autochtones et locales de manière traditionnelle. Au sens strict du terme, les savoirs traditionnels ne s'entendent que des savoirs en tant que tels c'est-à-dire uniquement des idées et non de leur forme d'expression »*.²⁵⁴ Le médicament traditionnel issu des savoirs traditionnels peut être entendu comme tout médicament conçu par un tradipraticien ou un laboratoire de recherche à partir de connaissances ou d'informations issues de la médecine traditionnelle²⁵⁵. Le médicament traditionnel est donc issu de la médecine traditionnelle dont il présente les traits principaux aussi bien que dans ses caractéristiques principales. Au regard de cette définition, le principe retenu est que le médicament conçu à partir de connaissances de la médecine traditionnelle est traditionnel. Peu importe la personne qui le fabrique, un tradipraticien ou un laboratoire de recherche. Dans ce dernier cas, on peut encore parler d'une industrie pharmaceutique. Dans la pratique, l'on conçoit difficilement que le médicament traditionnel prenne la forme sophistiquée qu'ont souvent les médicaments modernes. Le rapport direct qui existe entre le médicament traditionnel et la médecine traditionnelle explique la confusion souvent entretenue qui consiste à confondre l'élément et l'ensemble. Il est cependant bien clair que le médicament traditionnel n'est techniquement qu'un élément d'un ensemble plus grand qu'est la médecine traditionnelle, même si l'imagerie populaire emploie souvent l'expression médicament traditionnel pour désigner la médecine de même nature ou vice-versa. Il faut noter que la médecine traditionnelle est composée d'éléments à la fois culturels et spirituels, les produits qui en sont issus et leur description prennent en compte aussi bien les techniques scientifiques que les croyances religieuses des populations locales²⁵⁶. Certes, l'aspect physique, c'est-à-dire extérieur ne doit pas être banal. Il est dans une certaine mesure le support indispensable pour créer chez le patient une certaine

²⁵³ A.-S AMARI, B.-J KABLAN et J.-Y PABST « Mondialisation et protection des droits de propriété intellectuelle des détenteurs de savoirs en matières de pharmacopée traditionnelle africaine », PNUE, 2011-2020.

²⁵⁴ Ethnopharmacologia, n°42, décembre 2008.

²⁵⁵ OAPI, « L'initiative pour la protection et la valorisation des inventions Africaine en matière de médicaments », Issue de la Conférence des Ministres chargés de l'Industrie et de la Santé des Etats Membres de l'OAPI, Libreville, 11-13 septembre 2002.

²⁵⁶ Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999) intitulé Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle, p.25, disponible sur le site internet suivant : <http://www.wipo.int/publications/fr/details.jsp?id=283&plang=EN>

crédibilité. Quoiqu'il en soit, la reconnaissance juridique de la médecine traditionnelle²⁵⁷ implique la possibilité pour les médicaments qui en sont issus d'être inscrits par les autorités sanitaires étatiques à la pharmacopée.

B- Le caractère complémentaire du médicament issu des savoirs traditionnels

93. La production et l'utilisation du médicament traditionnel dépendent de la reconnaissance faite à la médecine traditionnelle, en général. Deux questions peuvent être soulevées à ce niveau. L'expression « médecine traditionnelle » n'est-elle pas en soi l'expression du rejet d'une pratique qui a pu être considérée comme dangereuse ? Au regard de tout ce qui précède, doit-on considérer la médecine traditionnelle dans l'espace OAPI comme une médecine complémentaire ou alternative ? Ainsi, sur le premier point, l'utilisation de l'expression médecine traditionnelle ne fait pas forcément l'unanimité. Il serait judicieux de l'identifier dans un ensemble plus large dans lequel elle est certes plus importante, c'est-à-dire les savoirs traditionnels.

94. La notion de savoirs traditionnels est complexe. En réalité, elle comprend les savoirs agricoles, scientifiques, techniques, écologiques, médicaux, y compris les médecines et remèdes connexes, les savoirs liés à la biodiversité, les "expressions du folklore" sous la forme de musiques, danses, chansons, produits de l'artisanat, dessins et modèles, histoires et objets d'art, les éléments linguistiques tels que les noms, des indications géographiques et des symboles et les biens culturels meubles²⁵⁸. Elle intègre également des connaissances ancestrales, les systèmes de croyances et les

²⁵⁷ Sur la diversité des régimes de reconnaissance juridique de la médecine traditionnelle dans les pays membres de l'OAPI. V. supra, n°55 et ss.

²⁵⁸ OMPI, « Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété », Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999), OMPI, Genève, 2001, p. 25. V. dans le même sens la communication du Groupe Africain de l'OMC, Document IP/C/W/404 du 26 juin 2003 qui propose le sens suivant de la notion de savoirs traditionnels : « *Les savoirs traditionnels comprennent, mais ne doivent pas s'y limiter, les systèmes de savoirs, les innovations et les adaptations, les renseignements, et les pratiques de communautés locales ou les communautés autochtones selon l'interprétation qui en est donnée dans le territoire du Membre, concernant tout type de médicaments ou de remèdes, l'agriculture, l'utilisation et la conservation du matériel et de la diversité biologiques, et tout autre aspect ayant une valeur économique, sociale, culturelle, esthétique ou autre* ».

valeurs des communautés indigènes et autochtones²⁵⁹. Le caractère divers et dynamique des savoirs traditionnels ne permet pas d'établir une définition générale codifiée et acceptée par tous²⁶⁰.

95. Les sciences modernes ont toujours considéré les méthodes traditionnelles de savoirs comme primitives et la pratique de la médecine traditionnelle était déclarée comme illégale par les autorités coloniales²⁶¹. A défaut de subir une répression systématique, les efforts pour procéder à sa réglementation ont très souvent été négligés. Faisant référence aux méthodes de guérison traditionnelle pratiquées par les tribus indigènes d'Amérique du Nord, M. Hill relève que « *les spécialistes et les universitaires ont introduit ce terme aux peuples indigènes de l'Amérique du Nord. La majorité des groupes indigènes auraient eu recours à un répertoire complexe de pratique et de croyances médicales regroupées sous le terme « guérison ». Seuls les Européens, avec leur insistance sur le cloisonnement et la catégorisation des croyances d'autrui, employant le terme traditionnel* »²⁶². Sur le second point relatif à la complémentarité de la médecine traditionnelle, la terminologie souvent employée pour désigner celle-ci est à certains égards encore illustrative d'une certaine marginalisation. D'une part, l'on se réfère à la médecine moderne ou conventionnelle, allopathique, occidentale, scientifique ou simplement savante pour désigner la médecine introduite dans les pays africains et d'autres pays ayant subi la colonisation. D'autre part, la médecine

²⁵⁹ Il faut bien distinguer *stricto sensu* les « savoirs traditionnels » des « savoirs autochtones », expression voisine avec laquelle elles sont souvent confondues et/ou utilisées de manière interchangeable. Ainsi que le relève l'OMPI, les « savoirs autochtones » seraient les savoirs traditionnels des peuples autochtones. Les savoirs autochtones font donc partie des savoirs traditionnels mais les savoirs traditionnels ne sont pas nécessairement autochtones. Autrement dit, « les savoirs autochtones sont des savoirs traditionnels mais tous les savoirs traditionnels ne sont pas autochtones » (OMPI, Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle-Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999), *op.cit.*, p. 23). L'expression « savoirs autochtones » peut se comprendre d'au moins deux façons : premièrement, elle est utilisée pour décrire les savoirs détenus et utilisés par les communautés, les peuples et les nations qui sont « autochtones ». La description de la notion « d'autochtone » est donnée dans l'étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones (E/CN.4/Sub.2/1986/7 et Add. 1-4), établie par le rapporteur spécial de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités (aujourd'hui dénommée sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme) de l'Organisation des Nations Unies (ONU), M.J. MARTINEZ COBO. Selon cette étude, les communautés, peuples et nation autochtones « sont ceux qui ayant un lien historique avec des sociétés qui ne sont pas développées sur leur territoire et existaient avant les invasions et la colonisation, se considèrent différents des autres secteurs des sociétés actuellement en place dans ces pays ou des parties de ces sociétés. Ils constituent actuellement des secteurs non dominants de la société et sont déterminés à conserver, développer et transmettre aux générations futures leurs territoires ancestraux et leur identité ethnique, qui constituent le fondement de leur existence continue en tant que peuples, dans le respect de leur modèle culturel, de leurs institutions sociales et de leur système juridique ». Cette description est considérée comme une définition de travail acceptable par de nombreux peuples autochtones et les organismes qui les représentent. Néanmoins, elle ne fait pas l'unanimité et des questionnements sur sa pertinence subsistent (par exemple sur l'opportunité de limiter la description aux autorités qui existaient avant les projets de rapport (2000), et ceux de l'institut national pour la défense de la concurrence et la protection de la propriété intellectuelle (INDECOPI) du Pérou (2001)). Par ailleurs, l'expression savoirs autochtones est aussi utilisée pour décrire les savoirs qui sont eux-mêmes « autochtones », c'est-à-dire qui appartiennent ou sont propres à un lieu de particulier.

²⁶⁰ OMPI, « Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle », *op. cit.* p. 26.

²⁶¹ Conserve Africa, Overview on Medical Plants and Traditional Medicine in Africa, 2004, p. 2.

²⁶² D.M. HILL, « La guérison traditionnelle dans les contextes contemporains-Respecter et protéger le savoir et la guérison indigènes », ONSA, CANADA, Février 2003, p. 8.

traditionnelle est désignée en tant que médecine parallèle, complémentaire, non scientifique, ethnique, marginale, populaire, non officielle ou simplement « alternative ». Le point commun de toutes ces expressions est qu'elles traduisent la relégation de la médecine traditionnelle au second plan dans les politiques de santé publique. Ceci est vrai à l'échelle mondiale y compris dans les Etats membres de l'OAPI. L'emploi de ces expressions comme des synonymes par l'OMS, en l'occurrence, n'est pas explicite²⁶³.

96. En tout état de cause, le regain d'intérêt pour la médecine traditionnelle a incité l'OMS, dans son premier document de stratégie pour la médecine traditionnelle, à faire des précisions qui permettraient d'éviter la confusion : « (...) le terme « Médecine Traditionnelle » (MTR) est utilisé en référence à l'Afrique, l'Amérique latine, l'Asie du Sud-Est, et/ou le Pacifique occidental, tandis que le terme « Médecine Complémentaire et Parallèle » (MCP) est utilisé en référence à l'Europe et/ou l'Amérique du Nord (et l'Australie). Pour les références, dans un sens général, à toutes ces régions, le terme global de MTR/MCP est utilisé »²⁶⁴. Malheureusement, la médecine traditionnelle est encore exercée pratiquement sans réglementation et donc sans reconnaissance juridique dans la plupart des pays d'Afrique Subsaharienne alors que son utilisation peut atteindre 90% de la population de certains pays²⁶⁵. Cette population n'hésite pas à y avoir recours en première intention en cas de maladie.

97. Monsieur VAN DER VEEN relève d'ailleurs que la médecine occidentale est reconnue en Afrique centrale comme complément (ou alternative) efficace de la médecine traditionnelle, mais comme inefficace face à la plupart des problèmes de santé, notamment ceux qui ont une origine mystique²⁶⁶. Pourrait-on alors parler de médecine traditionnelle comme d'une médecine complémentaire ou parallèle ? Il apparaît clairement que les faits semblent parler d'eux-mêmes dans la mesure où la médecine traditionnelle est complétée par la médecine moderne et non l'inverse.

²⁶³ Sur ce point, V. par exemple E. BOSSARD, *La médecine traditionnelle chez les Ovimbundu*, Mémoire de licence en Ethnologie, Université de Neuchâtel-Suisse, 1987, version complétée et digitalisée en 2006, pp. 14-16. Monsieur BOSSARD souligne que même si elle comporte un aspect populaire important, la médecine traditionnelle n'est pas moins « savante » que la médecine moderne. Cette dernière comporte d'ailleurs également « une dimension populaire non négligeable ».

²⁶⁴ OMS, « Stratégie de l'OMS pour la médecine Traditionnelle », 2002-2005, *op. cit.*, p. 1.

²⁶⁵ V. infra, n°229.

²⁶⁶ L-J. VAN DER VEEN, « Les Bantous Eviya (Gabon-b-30), langue et société Traditionnelle », Note de synthèse soutenue en vue de l'obtention de l'Habilitation à Diriger des Recherches en Sciences du Langage, Université Lumière-Lyon 2, janvier 1999, p. 37.

Paragraphe 2 : Les ressources génétiques et associés

98. Les ressources génétiques sont devenues des composantes stratégiques pour les industries pharmaceutiques, biotechnologiques, cosmétiques et agroalimentaires au détriment des pays les moins avancés. Cette situation prive injustement ces Etats d'une utilisation durable et d'un partage loyal et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques. Après avoir définie cette terminologie (A), nous déterminerons ses caractéristiques (B).

A- Approche définitionnelle des ressources génétiques et associés

99. Les ressources génétiques et associés sont composées d'éléments de matériels biologiques qui contiennent des informations génétiques précieuses et qui peuvent se reproduire ou être reproduits. On peut citer le matériel d'origine végétale, animale ou microbienne, par exemple les plantes médicinales, les plantes cultivées et les races animales²⁶⁷. Il faut noter que les ressources génétiques sont régies par le Protocole de Nagoya²⁶⁸ dont tous les huit (8) Etats membres de l'UEMOA sont signataires. A partir de cet instant, ce protocole devrait en principe s'imposer aux Etats signataires²⁶⁹.

B- Les caractéristiques des ressources génétiques et associés

100. Certains savoirs traditionnels sont étroitement liés aux ressources génétiques par le biais de l'utilisation et de la préservation desdites ressources, observées souvent depuis des générations et de leur utilisations courantes aux fins de la recherche scientifique moderne. Les savoirs traditionnels mettent souvent les chercheurs sur la voie qui leur permet d'isoler dans les ressources génétiques d'excellents composés actifs. En outre, les ressources génétiques telles qu'elles existent dans la nature ne sont pas des actifs de propriétés intellectuelles. Elles ne sont des créations de l'esprit humain et ne peuvent donc pas être directement protégées en tant que éléments de propriété intellectuelle. Par conséquent, l'OMPI, n'intervient pas pour règlementer l'accès aux ressources génétiques ni pour assurer leur protection directe. Toutefois, les inventions fondées sur des

²⁶⁷ Article 2 de la Convention sur la Diversité Biologique (CDB) signé le 5 juin 1992 à Rio de Janeiro au Brésil.

²⁶⁸ Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation a été adopté à la 10ème réunion de la Conférence des parties à la Convention sur la Diversité Biologique des Nations Unies le 29 octobre 2010 à Nagoya au Japon puis est rentré en vigueur le 12 octobre 2014.

²⁶⁹ C'est par exemple le cas de la Côte d'Ivoire, 3 après la signature du Protocole de Nagoya, a décidé de mettre en place une stratégie nationale de régulation des ressources génétiques et associées. Ainsi, des experts ont lors d'une rencontre qui s'est tenue du 8 au 10 janvier 2020 procédé à la finalisation de l'avant-projet d'arrêté portant désignation des points de contrôle APA (Accès et Partage des Avantages) et l'élaboration des exemplaires des documents requis pour l'accès aux ressources génétiques et connaissances traditionnelles associées.

ressources génétiques ou mises au point sur la base de ressources génétiques, qu'elles soient ou non associées à des savoirs traditionnels peuvent être brevetées ou protégées par des droits d'obteneur.²⁷⁰

Paragraphe 3 : La notion de la pharmacopée

101. Dans le cadre des nouvelles orientations de la politique pharmaceutique, l'accent est mis sur une grande accessibilité des médicaments aux populations. L'un des moyens d'y parvenir est l'exploitation des ressources de la pharmacopée traditionnelle. Les caractéristiques de la pharmacopée traditionnelle (**A**) et l'intérêt de recourir à cette pratique médicale (**B**) seront successivement analysés.

A- Les caractéristiques de la pharmacopée traditionnelle

102. Dans le contexte africain, la pharmacopée traditionnelle peut être définie comme *« l'ensemble des connaissances, de techniques de préparation et d'utilisation de substances d'origine végétale, animale, ou minérale et qui servent à diagnostiquer, prévenir ou éliminer un déséquilibre du bien-être physique, mental ou social »*²⁷¹. La pharmacopée peut être appréhendée dans une seconde mesure comme étant un recueil officiel comportant des indications sur les médicaments et destiné à aider les pharmaciens dans la pratique de leur profession. Elle indique que *« les caractéristiques des médicaments, les moyens qui permettent de les identifier, les méthodes d'essai et d'analyse à utiliser pour assurer leur contrôle, les procédés de préparation, de stérilisation, de conservation des médicaments ainsi que les règles de leur conditionnement, leurs principales incompatibilités et un ensemble de données qui peuvent être utiles au pharmacien pour leur préparation et leur délivrance »*²⁷². Le Code burkinabé de la santé définit la pharmacopée traditionnelle comme *« un recueil de données relatives à la description et/ou à l'étude botanique, aux recettes et à l'utilisation des plantes médicinales »*²⁷³. Sont également consignés dans ce recueil, les substances animales, minérales et les métaux possédant des vertus thérapeutiques²⁷⁴.

²⁷⁰ OMPI, « La propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles », 2012, p. 17.

²⁷¹ Sur la diversité des régimes de reconnaissance juridique de la médecine traditionnelle dans les pays membres de l'OAPI, V. supra n°55. V. également l'arrêté n°09/MSP du 28 décembre 2001, portant création, organisation et fonctionnement du Programme National de Promotion de la Médecine Traditionnelle PNPMT)

²⁷² V. par exemple l'article 26, loi Camerounaise n°90035 d'août 1990.

²⁷³ Article 323, Code burkinabé de la santé.

²⁷⁴ *Ibidem*.

B- L'intérêt de la pharmacopée traditionnelle africaine

103. L'intérêt de la pharmacopée est certain. Elle permet aux praticiens de connaître la nomenclature des drogues et plantes utilisées pour la préparation des médicaments ainsi que la posologie maximale et usuelle des médicaments pour les adultes et les enfants. En raison du cadre d'exercice peu élaboré de la médecine traditionnelle, l'établissement d'une pharmacopée traditionnelle officielle présente beaucoup de difficultés.²⁷⁵ Mais, elle existe²⁷⁶, cependant avec des statuts plus ou moins imprécis dans certains pays de l'Afrique subsaharienne. Elle est notamment l'œuvre des tradipraticiens organisés en associations²⁷⁷ et conscients de leur place privilégiée dans la société africaine. Il nous semble impérieux après avoir délimité le champ des notions et intérêts respectifs de la médecine traditionnelle, d'explorer son évolution et les conditions de son exploitation.

104. Il faut souligner que le qualificatif « *traditionnel* » ne signifie nullement l'ancienneté ou le caractère rétrograde des savoirs. En effet, les savoirs traditionnels ainsi qualifiés pour souligner leur conception et leur développement liés aux terroirs traditionnels peuvent servir à la mise au point de produit contemporain et même modernes. Dans bien des domaines, particulièrement en médecine et en pharmacie, des connaissances ancestrales sont utilisées pour la mise au point de médicaments. Les plantes sauvages africaines ont une très grande valeur potentiel au regard de la médecine et de la biotechnologie.

Section 2 : L'évolution historique des conditions d'exploitation du médicament issu des savoirs traditionnels

105. L'approche de la médecine traditionnelle jusqu'à une période récente est assez stéréotypée. Certains auteurs ont considéré que la médecine traditionnelle avait pour caractéristique principale de se développer de manière irrationnelle et non systématique.²⁷⁸ Pour cette raison, les médecins

²⁷⁵ Sur les défis relatifs à la réglementation de la médecine traditionnelle, V. par exemple, OMS, « Stratège de l'OMS pour la Médecine Traditionnelle », *op. cit.*, pp. 21 et ss.

²⁷⁶ Sur l'élaboration, le contenu, la valeur juridique et la mise en œuvre de la pharmacopée africaine, V. par exemple E. FOLEFACCK, *Recherche sur le droit international des médicaments et des dispositifs médicaux*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1998, pp. 88-96.

²⁷⁷ V. KUITCHE KAMGOUI, « La nature juridique de la relation entre le tradipraticien et le patient », *Juridis Périodique* n°52, Octobre-Novembre-Décembre 2002, p. 61.

²⁷⁸ D.M. HILL, « La guérison traditionnelle dans les contextes contemporains-Respecter et protéger le savoir et la guérison indigènes », *op. cit.* ; v. OMPI, « Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle », Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999), pp. 26-27.

et le personnel de santé modernes se sont, dans la plupart des cas, attelés à éviter les praticiens traditionnels en dépit de leurs contributions à la découverte des soins de santé primaires des populations, en particulier des populations rurales. A côté des auteurs qui ne prenaient en considération que l'aspect immatériel et socioculturel de la médecine traditionnelle, d'autres se cantonnaient dans la seule extraction et à l'identification des molécules biologiquement actives.²⁷⁹ Ces derniers, à l'inverse, mettent surtout en évidence des arguments et documents qui attestent du caractère systématique des savoirs médicaux traditionnels et partant de leur aptitude à faire l'objet de protection par les systèmes de propriété intellectuelle.²⁸⁰ Ces approches réductrices ne permettaient pas d'apprécier à sa juste valeur l'apport de la médecine traditionnelle à l'amélioration de la santé des patients alors qu'en réalité chacun des éléments que ces approches développent n'est présent dans la médecine traditionnelle et pourtant arrive à contribuer plus ou moins également à son efficacité.²⁸¹

106. Dans l'ensemble, l'on reconnaît unanimement le caractère innovant de la médecine traditionnelle. L'efficacité de l'utilisation de la médecine traditionnelle pour faire face aux défis posés par les maladies anciennes et nouvelles est aujourd'hui largement reconnue et ne cesse de croître.²⁸² D'après les estimations de l'OMS, 25% des médicaments modernes sont préparés à base de plantes qui ont au départ été utilisées traditionnellement.²⁸³ Les produits naturels offrent une opportunité inestimable pour la découverte et l'isolement de nouveau médicaments modernes.

107. Une inquiétude demeure cependant sur le point de savoir si la médecine à base de plantes naturelles ne présenterait pas plus de dangers que de solutions. La croissance de l'usage de la médecine traditionnelle s'accompagne d'une demande accrue de preuves de l'innocuité, de l'efficacité et de la qualité des produits et pratiques de cette médecine. Il faut dire que la complexité des savoirs de la médecine traditionnelle est telle qu'il n'est pas toujours évident de démontrer selon les critères de la médecine leur efficacité et leur innocuité²⁸⁴.

²⁷⁹ P.C. RWANGABO, *La médecine traditionnelle au Rwanda*, Ed. Karthala, 1993, p. 258.

²⁸⁰ *Ibidem*

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² ONUSIDA, « Des remèdes ancestraux pour une maladie nouvelle : L'intégration des guérisseurs traditionnels à la lutte contre le SIDA accroît l'accès aux soins et à la prévention en Afrique de l'Est », ONUSIDA, Collection Meilleurs Pratiques de l'ONUSIDA, Novembre 2002, p. 6 et ss.

²⁸³ OMS, « Médecine traditionnelle », Aide-mémoire, n°124, Révisé mai 2003.

²⁸⁴ CIPIH 2006, « Santé publique, innovation et droit de propriété intellectuelle, l'innovation et la santé publique », (CIPIH), avril 2006, p. 160 et ss.

OMS, « Stratégie de l'OMS pour la Médecine Traditionnelle », *op. cit.*, p. 23.

108. Les efforts pour isoler et synthétiser les principes actifs ou reproduire à une échelle commerciale des associations de principes actifs efficaces sont restés en ce qui concerne des plantes naturelles dont l'efficacité thérapeutique était prouvée. En réalité, le problème peut être généralisé en comparaison avec la médecine moderne. Les plantes naturelles dans la médecine traditionnelle et les médicaments dans la médecine moderne sont des éléments essentiels pour dispenser des soins de santé. Le paradoxe en ce qui concerne ces produits est le fait qu'ils puissent être tous les deux à la fois remèdes et poisons. Donc, le reproche systématique de la toxicité possible des produits dérivés de la médecine traditionnelle n'est pas à notre sens spécifique.

109. La mauvaise utilisation des produits issus des savoirs traditionnels pourrait présenter au moins autant de risques sur le plan de la santé que n'en présenterait la médecine moderne y compris sur le plan scientifique, même si l'on admet qu'elle peut comporter des risques²⁸⁵. La question de l'efficacité et de l'innocuité de la médecine traditionnelle pourrait alors être perçue comme une invitation à une protection juridique qui la valorise. Cela permettrait d'éviter que viennent s'infiltrer dans la profession médicale traditionnelle des personnes qui pourraient ternir son image alors qu'elle peine à se positionner comme une alternative sérieuse à la médecine moderne. Certes, il faut établir un juste équilibre entre enthousiasme sans réserve et scepticisme non informé²⁸⁶, au risque de réduire la portée de l'exploitation de la médecine traditionnelle. L'on analysera donc la portée de l'exploitation de la médecine traditionnelle (**Paragraphe 1**) et les mécanismes appropriés de protection de la médecine issue des savoirs traditionnels (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La portée de l'exploitation de la médecine issue des savoirs traditionnels

110. L'exploitation de la médecine traditionnelle dans les pays africains tient à son importance et à son efficacité telles que perçues par les populations locales. L'idée d'efficacité ne doit pas seulement être entendue ici au sens de la perception d'un résultat matériel. Elle est pratiquement consubstantielle aux valeurs socioculturelles qui sont les principaux vecteurs du recours à la médecine traditionnelle en Afrique (**A**). De plus, l'importance de la médecine traditionnelle est rehaussée dans la société africaine en raison de la place qu'elle occupe sur le plan économique (**B**).

²⁸⁵ S. DEMBELE, « L'apport du Code de la santé publique au Burkina Faso dans l'amélioration de la dispensation des soins de santé : le cas de la médecine traditionnelle », in *Droit et santé en Afrique*, Actes du colloque internationale de Dakar des 28 mars – 1er avril 2005, réseau « droit de la santé » de l'AUF, Les Etudes Hospitalières, 2006, pp. 75-87.

²⁸⁶ OMS, « La médecine traditionnelle », *op. cit.*, p. 2.

A- La portée de l'exploitation de la médecine issue des savoirs traditionnels sur le plan socioculturel

111. La médecine issue des savoirs traditionnels est profondément ancrée dans les habitudes et la culture des populations africaines. Elle est associée à un ensemble de rites et de croyances qui contribuent à en faire un phénomène socioculturel²⁸⁷ complexe et difficilement cernable par la science seule. La médecine traditionnelle est considérée comme un phénomène communautaire, le résultat d'une connaissance appartenant à la société tout entière. Le tradipraticien²⁸⁸ qui dispense des soins médicaux traditionnels n'en est pas l'inventeur, mais l'héritier et le gardien. Il est le détenteur d'un savoir qu'il a le devoir de diffuser au sein de la communauté dont il est membre et au-delà lorsque le besoin s'en fait sentir. L'on considère en effet qu'un tel savoir ne saurait faire l'objet d'une appropriation par un individu au détriment de tous.²⁸⁹ Quoiqu'il puisse faire usage de son imagination et de son ingéniosité personnelle pour promouvoir et développer le savoir qu'il possède.²⁹⁰ Par exemple, Monsieur VAN DER VEEN souligne en ce sens que : « *les hommes de l'Afrique centrale vivent dans un milieu chargé d'énergies. Cet univers se caractérise fondamentalement par une dualité : deux mondes, parallèles mais asymétriques et inégaux, le*

²⁸⁷ L'on notera que même dans les sociétés occidentales, l'utilisation des produits de santé intègre parfois un aspect social remarquable. V. A.M. LOVELL and I. FERONI, "Medicalizing Drug treatment in France: The Normalization of an Addiction Pharmaceutical", in F. DUFORT et A-L. SAIVES, *Le médicament : conception, production et consommation: perspectives interdisciplinaires pour un avenir commun*, Actes du 1^{er} Congrès International Interdisciplinaire sur le Médicament (Montréal, 30 août- 2 septembre 2005), GEIRSO, Septembre 2006, p. 306.

²⁸⁸ Rappelons que nous utilisons l'expression tradipraticien comme un ensemble qui intègre toutes les personnes qui interviennent dans la dispensation des soins de santé par l'usage de la médecine traditionnelle.

²⁸⁹ Sur la perception africaine des droits originellement africains, V. par exemple E-R. MBAYA, « Droit de résistance aux oppressions étatiques et économiques », in M.J. VERWILGHEN (dir.), *Culture Chrétienne et droit de l'homme*, FIUC, Bruylant, Bruxelles, 1991, pp.72-73 ; I. NGUEMA, « L'Afrique, les droits de l'homme et le développement », in M.J. VERWILGHEN, (Dir), *Culture Chrétienne et droit de l'homme*, FIUC, Bruylant, Bruxelles, 1991, pp. 143 et ss.

²⁹⁰ Le professeur (CORREA) souligne la dualité qui existe entre l'aspect individuel et l'aspect collectif des savoirs médicaux traditionnels. Il note: In some cases, traditional medicine (TRM) knowledge is produced by individuals without any interface with the community or outsiders. It may, hence, be held by individuals ("individual knowledge") Individual continuously improve or innovate on existing knowledge (...) In other cases. Knowledge is in the possession of some but not all members of a group ("distributed" knowledge are often interconnected. In some TRM system healers compare notes and share remedies across quite wide geographic areas (...). Finally, certain knowledge may be available to all the member of a group ("common knowledge are often interconnected. In some TRM systems healers compare notes and remedies share across quite wide geographic areas (...) Finally, certain knowledge may be available to all the members of group ("common knowledge"), such as where knowledge of herbal home remedies is held by millions of people, often concentrated among be held across national boundaries. The attitudes towards the appropriation and sharing of knowledge vary significantly among different local/indigenous culture. In some cases à strong sharing ethos prevails, leading to the rejection of any form of individualistic. Western model of appropriation. In other cultures, the concept of property in knowledge exists in a manner comparable to IPRs. With some degree of sale or exchange of knowledge as a commodity. Even if the case, often there is no clear demarcation between personal and community ownership as exists in the Western worldview. Possession of knowledge by individual, in effect, does not mean that such knowledge is perceived by communities as not belonging to them. C. CORREA, *Protection and promotion of Traditional Medicine – Implication for public health in developing countries*, University of Buenos Aires, August 2002, pp. 3-4.

composent, à savoir le monde dit ‘diurne’ (symbolisé par le village) et le monde dit ‘nocturne’ symbolisé par la forêt). Le second qui abrite les mânes des ancêtres et les énergies obscures. Les deux mondes ne sont pas disjoints et le second peut faire irruption dans le premier. Dans cet univers la maladie (grave) apparaît comme une rupture d’équilibre, tant sur le plan de l’individu que sur le plan social, fragilisant la communauté tout entière »²⁹¹.

112 D’une manière générale, les maladies sont classées en plusieurs catégories, les unes étant d’origine « physique » ou « naturelle » et les autres d’origine non naturelle ou « mystique »²⁹². Causées par des sorciers, génies ou autres d’origine non naturelle ou il peut arriver qu’une maladie présente les deux caractères, à la fois mystique et naturelle ; il peut arriver également que l’une ait favorisé l’apparition de l’autre type de maladie ; la maladie peut se présenter sur le plan physique ou non. Aussi toutes les maladies physiques ne sont-elles pas d’origine mystique et vice-versa²⁹³ ?

113 Au regard de la complexité du phénomène, les patients perçoivent le recours au tradipraticien comme le moyen le plus efficace pour cerner la maladie²⁹⁴. Après avoir été marginalisée et dépréciée durant de longues années, la médecine traditionnelle tend à retrouver une certaine crédibilité aux yeux des autorités sanitaires officielles. En fait, ainsi que le note à juste titre Madame KUITCHE KAMGOUI, « il faut considérer que cette forme de médecine a toujours existé ; mais qu’elle occupe de plus en plus une place laissée libre par la « crise » de la médecine. L’occupation de cette place signifie seulement que l’activité du tradipraticien se réinvestit socialement dans un rôle qui a toujours été le sien »²⁹⁵. Cependant, l’élément socioculturel ne doit pas occulter une autre justification importante du recours à la médecine traditionnelle : l’argument économique.

²⁹¹ L.J. VAN DER VEEN, « Les Bantou Eviya (Gabon-b 30), langue et Société Traditionnelle », *op. cit.*, p. 36.

²⁹² P.C. RWANGABO, *op. cit.* pp. 37-39.

²⁹³ *Ibid.* V. dans le même sens, E. BOSSARD, *La médecine traditionnelle chez les Ovimbundu*, Mémoire de licence en Ethnologie ; Université de Neuchâtel – Suisse, 1987, version complétée et digitalisée en 2006, disponible sur http://www.2.unine.ch/webdav/site/ethno/shared/documents/memoire/mem_BrossardE.pdf, dernière consultation en avril 2018, pp. 22-25.

²⁹⁴ E. BOSSARD, *La médecine traditionnelle chez les Ovimbundu*, *op. cit.*, p. 22-25. V. également D.M. HILL, *op.cit.*, pp. 12 et ss.

²⁹⁵ V. KUITCHE KAMGOUI, *La profession de tradipraticien et le particularisme de l’exercice illégal de la médecine*, Pharm. Med. Trad. Afr. 2004, Vol. 13, pp. 103-104, *op.cit.*, p. 108.

B- La portée de l'exploitation de la médecine issue des savoirs traditionnels sur le plan économique

114. La valeur économique de la médecine s'apprécie en comparaison avec les avantages procurés par la médecine « moderne ». Cette dernière présente au moins deux difficultés majeures qui viennent entraver les possibilités des populations d'y avoir recours, notamment les plus démunis. D'une part, les institutions de médecine moderne sont difficilement accessibles dans la plupart des pays membres de l'UEMOA. Parfois, les centres de santé modernes sont si éloignés²⁹⁶ des populations qu'il s'avère dangereux et dans certains cas, impossible d'y conduire des malades dans l'urgence. Jusqu'en 2000, l'on relevait que seulement 17% de maliens pouvaient avoir recours à une médecine de proximité²⁹⁷. Au Bénin, alors que 51% des femmes habitent à proximité d'un hôpital, 13% doivent parcourir 30 kilomètres ou plus pour accéder aux établissements de santé modernes²⁹⁸. Non seulement les structures de santé publique moderne sont éloignées des populations locales. Mais lorsqu'elles existent, le matériel et le personnel n'y sont pas toujours suffisants²⁹⁹. Ce qui rend manifestement impossible le suivi adéquat des malades.

115. Au Sénégal, sur les 558 médecins privés existant en 2004, la seule capitale Dakar en concentre 468.³⁰⁰ Par ailleurs, la distribution de ce personnel peut être irrégulière dont la plupart se trouvant dans les villes ou autres zones urbaines et donc difficiles d'accès pour les populations rurales³⁰¹. Il conviendra de souligner que les efforts des autorités officielles sanitaires se sont souvent effectués dans le sens de la réglementation et de la promotion de la médecine moderne. Les populations rurales devaient tenir compte de cette nouvelle donne au détriment de la médecine traditionnelle mal ou pas intégrées par les systèmes de santé moderne. De même, les coûts générés par des traitements dans les hôpitaux modernes de même que les médicaments vendus dans les

²⁹⁶ J-P. O. DE SARDA, « Une médecine de proximité...et de qualité pour l'Afrique ». Le monde Diplomatique, Février 2007, p. 18.

²⁹⁷ C. BERTHOUD, « Maternités à risques », le Monde Diplomatique, Janvier 2000, pp. 22-23.

²⁹⁸ R. SAINTHOUNDE KOUPE, « Le droit de la santé au Bénin : état des lieux », in *Droit et santé en Afrique*, Actes du colloque international de Dakar des 28 mars-1^{er} avril 2005, Réseau « droit de la santé » de l'AUF, Les Etudes Hospitalières, 2006, pp. 21-44.

²⁹⁹ Au Niger par exemple, on compte un médecin pour 31 432 habitants ; une sage-femme pour 9 395 habitants ; un infirmier pour 9 062 habitants ; un pharmacien pour 200 000 habitants ; un dentiste pour 800 000 habitants. Dans tous ces cas, les normes minimales fixées par l'OMS sont loin d'être respectées (par exemple pour les médecins, les normes minimales fixées par l'OMS sont loin d'être respectées (par exemple pour les médecins, la norme pour l'OMS est de 1 médecin pour 10 000 habitants). V. I. HAMANI ABDU, *Les médicaments de la rue à Niamey : modalités de vente et contrôle de qualité de quelque médicament anti-infectieux*, Thèse de Doctorat en Pharmacie, Université de Bamako, Juin 2005, p. 7.

³⁰⁰ M. SAMB, « L'accessibilité aux soins de santé : le cas du Sénégal », in *Droit et santé en Afrique*, Actes du colloque international de Dakar des 28 mars – 1^{er} Avril 2005, Réseau « droit de la santé » de l'AUF, les Etudes Hospitalières, 2006, p. 135.

³⁰¹ OMS, « La médecine traditionnelle », 2002-2005, *op. cit.*, pp. 2 et 13.

pharmacies conventionnelles s'avèrent constamment élevés pour elles³⁰². Les ressources économiques des populations surtout limitées et l'accès aux soins de santé procurés par la médecine moderne semblent réduits à une petite élite de personnes financièrement mieux nanties.

116. L'unique recours pour ses populations reste donc la médecine traditionnelle. Telle est l'opinion pertinemment exprimée par Monsieur RWANGABO qui souligne : « *la médecine occidentale, malgré son efficacité en bien des domaines, conduit à une impasse à cause de son coût et de la lourdeur de ses équipements techniques. Aussi de nombreuses personnes se tournent-elles vers la médecine traditionnelle, un temps, délaissée et ont-elles recours aux plantes médicinales qui en est l'un des moyens thérapeutiques* »³⁰³ Dans ces circonstances, le recours à la médecine traditionnelle devient une nécessité qui dépasse la simple réalité socioculturelle. Il permet de réduire les coûts qui sont inévitablement augmentés par les difficultés de transports effectués parfois sur de très longues distances. La médecine traditionnelle présente l'avantage d'offrir des soins de santé accessibles. Reposant essentiellement sur l'utilisation des plantes naturelles, cette médecine est épargnée du surcroît de prix qu'entraînerait une transformation par des méthodes scientifiques sophistiquées et onéreuses.

117. Les composantes socioculturelles dont la médecine traditionnelle tire souvent sa source dans les Etats africains, sont des critères marquants de l'accessibilité à celle-ci. D'un point de vue économique, l'on relèvera davantage la proximité avec les populations locales et la modestie des coûts de traitements offerts qui font que les patients ont plus de chance de rencontrer un tradipraticien plutôt qu'un médecin. D'ailleurs, les tradipraticiens plus nombreux que les médecins modernes représenteraient dans certains pays d'Afrique Subsaharienne un pourcentage d'environ 1 pour 200 patients³⁰⁴. On y retrouve 100 tradipraticiens là où il n'y a qu'un seul médecin. Les tradipraticiens travaillent essentiellement sur la base de l'utilisation des plantes naturelles pour diverses thérapies qu'ils peuvent si nécessaire recommander à leurs patients aux fins d'un usage personnel. La Banque mondiale³⁰⁵ fait le constat suivant « *chaque jour, des milliers de kilogrammes de plantes médicinales et/ou de parties de ces plantes sont utilisées en Afrique Subsaharienne. Les usagers sont soit des mères de famille, des guérisseurs, des propriétaires de bétail ou des éleveurs.* »

³⁰² Sur la question des prix de médicaments et particulièrement l'incidence du droit des brevets sur ces prix. V. infra, n°326 et ss.

³⁰³ P.C. RWANGABO, *op. cit.*, 4^{ème} page de couverture.

³⁰⁴ OMS, « La Médecine Traditionnelle », 2002-2005, *op. cit.*, p. 13.

³⁰⁵ Banque Mondiale, « L'Ethiopie et la médecine Traditionnelle : vers des soins de santé améliorée », notes CA (notes sur les connaissances autochtones) N°34 août 2001, p. 1.

Ces plantes restent les seuls moyens de traiter cinq cents millions de personnes et des centaines de milliers de tête de bétail qui soient à la fois immédiatement disponibles et financièrement abordable. L'état de santé de la majorité (...) dépend de la disponibilité des plantes médicinales ». La médecine traditionnelle est parfois l'unique source de soins abordables pour les populations locales³⁰⁶. L'OMS indique qu'au Mali par exemple, les traitements antipaludéens les moins coûteux restent très chers pour les populations alors qu'inversement, les médicaments à base de plantes pour le traitement du paludisme sont considérablement moins chers et « *peuvent parfois même être payés en nature et/ou selon la « richesse » du « client »*³⁰⁷.

118 En outre, une meilleure accessibilité des tradipraticiens et une plus grande confiance en leur aptitude à gérer des maladies débilitantes et incurables expliquent probablement pourquoi la plupart des africains qui vivent avec le VIH/SIDA utilisent des médicaments traditionnels à base de plantes pour soulager leurs symptômes et gérer les infections opportunistes³⁰⁸. En ce sens, l'ONUSIDA relève que : « *Dans un environnement où les ressources sont limitées, la médecine traditionnelle permet de fournir des traitements autres que des produits pharmaceutiques coûteux. Par ailleurs, dans certains cas, la médecine traditionnelle s'est avérée être aussi, voire plus efficace que les traitements biomédicaux pour soigner les infections opportunistes liées au VIH* »³⁰⁹. L'argument économique justifie certes davantage le recours à la médecine traditionnelle dans la société africaine et les inventions qui en sont issues ne subissent généralement pas le surcoût généré par l'obtention d'un brevet d'invention. Cependant, malgré son apparente inadaptation et la crainte qu'elle finisse par produire les mêmes effets pervers sur les médicaments traditionnels, le système des brevets demeure la référence en termes de protection par les droits de propriété intellectuelle. D'où la nécessité, à partir de ce système, de présenter les enjeux d'une protection plus adéquate.

³⁰⁶ Pour une étude de la contribution de la médecine traditionnelle en général au Burkina Faso, V, par exemple S. DEMBELE, « L'apport du code de la santé publique au Burkina Faso dans l'amélioration de la dispensation des soins de santé : le cas de la médecine traditionnelle », in *Droit et santé en Afrique*, Actes du colloque international de Dakar des 28 mars-1^{er} avril 2015. Réseau « droit de la santé » de l'AUF, les Etudes Hospitalières, 2006, notamment pp. 78-79.

³⁰⁷ OMS, « La médecine traditionnelle », 2002-2005, *op.cit.* p. 13.

³⁰⁸ OMS, « La médecine traditionnelle », 2002-2005, *op.cit.* p. 14.

³⁰⁹ ONUSIDA, « Des remèdes ancestraux pour une maladie nouvelle : l'intégration des guérisseurs traditionnels à la lutte contre le SIDA accroît l'accès aux soins et à la prévention en Afrique de l'Est », ONUSIDA, Collection Meilleures Pratiques de l'ONUSIDA, novembre 2002. p.7. Ajoutons que l'apport de la médecine traditionnelle et des tradipraticiens dans la lutte contre le SIDA étaient déjà mis en évidence de façon insistante au début de la décennie 90 par l'OMS. V. OMS, Rapport de la consultation sur le SIDA et la médecine traditionnelle : contribution possible des tradipraticiens, Document WHO/TRM/GPA/90.1, Francistown (Botswana), pp. 23-27.

Paragraphe 2 : Les mécanismes appropriés de protection du médicament issu des savoirs traditionnels

119. La nécessité de protéger la médecine traditionnelle pour améliorer l'accès aux soins de santé publique ne peut prendre corps qu'à travers des mécanismes appropriés. L'intérêt de leur protection réside non seulement dans le reflet identitaire représenté par ces connaissances mais également les avantages qu'ils pourraient procurer à la communauté en tant que source de bien-être et de développement culturel, scientifique et socio-économique. Cependant, à la question de savoir quels sont ces mécanismes, une réponse précise semble difficile en raison de la complexité des savoirs médicaux traditionnels. Les mécanismes, dont l'on discutera dans ce paragraphe, mettront l'accent sur les questions posées dans le cadre de l'élaboration des mécanismes de protection de la médecine traditionnelle par les droits de propriété intellectuelle et le droit des brevets, en particulier. Ces questions qui font l'objet de débats récurrents au sein de l'OMC, de l'OMPI et d'autres institutions internationales où sont proposés des mécanismes de protection juridiques aussi variés les uns que les autres **(B)** à la lumière desquels le choix opéré par le législateur OAPI pourra être apprécié **(C)**. Cependant, il ne serait pas superflu de déterminer d'abord les potentiels détenteurs des savoirs traditionnels **(A)**.

A- Les potentiels détenteurs des savoirs traditionnels

120. La notion de détenteurs en matière de pharmacopée traditionnelle est intimement liée certes à des aspects culturels mais aussi à la notion de partage des bénéfices qui pourraient résulter de la mise en valeur économiques des connaissances. En réalité, il n'est pas évident de définir un détenteur exclusif en la matière. Plusieurs entités interviennent à différentes étapes de la mise en valeur du patrimoine traditionnel qui pourrait, le cas échéant, se voir reconnaître des droits. Ce sont entre autres, les communautés autochtones **(1)**, les familles ou groupes particuliers **(2)**, les individus **(3)**, les experts locaux **(4)** et l'Etat **(5)**.

1- Les communautés autochtones

121. La richesse floristique en Afrique est souvent une propriété des communautés autochtones qui l'entretiennent et la respectent. Il est donc normal de reconnaître à ces communautés des droits sur des produits qui seraient issus de tels origines. Même s'il arrive que la sélection des plantes se fasse par hasard, c'est-à-dire sans le recours aux connaissances traditionnelles, il convient de noter qu'aucune sélection ne serait possible si la

diversité biologique n'avait été conservée par la communauté concernée. Il s'agit donc d'un droit « naturel » à bénéficier de la mise en valeur de plantes qui coexistent avec les membres de la communauté.

122 Outre ce droit « naturel », un autre phénomène mérite d'être souligné : compte tenu du fait que le secteur privé finance des établissements universitaires, ceux-ci servent souvent à mettre à la disposition des entreprises intéressées sans aucune contrepartie, de nombreux savoirs traditionnels appartenant à des communautés locales. La possibilité de reconnaître des droits de propriété intellectuelle à une communauté montre que de tels droits ne sont pas qu'individuels dans la mesure où selon l'Accord de Bangui, une personne morale peut être titulaire d'un brevet d'invention.

2- Les familles ou groupes particuliers

123 Il n'est pas rare en matière de pharmacopée traditionnelle que les connaissances acquises soient des secrets de famille transmis de génération en génération. Le dépositaire du secret est un membre de la famille à qui un ascendant livre le secret qu'il avait lui-même reçu d'un parent. Les membres de la famille se présentent ainsi, comme des élus de la communauté possédant des connaissances thérapeutiques uniquement destinées à la prise en charge des problèmes de santé des membres de la collectivité. En fait, ce mode de transmission, est un mécanisme de défense contre la vulgarisation d'un savoir précieux ; garder secret ce savoir représente pour les familles, la seule arme contre une divulgation gratuite en dehors de toute protection y compris par le droit coutumier d'une connaissance dont la valeur est avérée. La transmission intra familiale est donc un choix. Ce mécanisme d'élection peut également concerner des groupes particuliers : membres d'une même classe d'âge, d'une même catégorie socio professionnelle, etc.

3- Les individus

124 Les aspects collectifs et communautaires des droits sur les savoirs traditionnels ne doivent cependant pas être occultés, le fait qu'il existe au sein des communautés, des personnes ingénieuses, dotées de talents particuliers et qui ne les ont ni divulgués ni partagés. De telles personnes dans un souci de justice devraient se voir aussi octroyer des droits car le talent doit être encouragé et récompensé.

4- Les experts locaux

125 Les chercheurs et universitaires des pays en développement, effectuent des recherches importante sur la pharmacopée traditionnel mais souffre cependant d'un manque de vision à long terme notamment concernant la valorisation par la production et par la mise sur le marché de médicaments. Mais, trop souvent mus par des motivations de promotion académique, de nombreux chercheurs publient hâtivement leurs résultats sans prendre le soin de les protéger. Par ailleurs les tradipraticien qui mettent au point à l'aide de techniques traditionnelles des nouvelles recettes originales du point de vu de la composition et des méthodes de préparation, ont également besoin de reconnaissance et de protection.

5- L'Etat

126 Ainsi, qu'il est affirmé dans la déclaration du groupe des pays africains membres de l'OMPI, présentés à la 3ème session du comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux folklores en juin 2002 à Genève, la souveraineté des Etats sur leurs ressources génétiques est un droit inaliénable et le principe d'un partage juste et équitable des avantages qui découlent de l'utilisation de ces ressources doit être de règle. Lorsque les individus, famille ou communauté sont absent l'Etat agira en leur nom. Après avoir déterminé les potentiels détenteurs des savoirs traditionnels, nous analyserons subséquemment l'environnement international de la protection juridique de ceux-ci.

B- L'analyse des systèmes de protections juridiques variés

127. La détermination des mécanismes appropriés de protection des savoirs médicaux traditionnels devrait tenir compte non seulement de la complexité de la notion, mais également des objectifs recherchés. Dès lors, plusieurs questions se posent : quelle forme doit prendre la protection envisagée ? En d'autres termes, s'agira-t-il d'une forme de protection par le système des brevets (1) ? ou par le système *sui generis* (2) ? ou une protection sans enregistrement des savoirs traditionnels médicaux (3)?

1- La protection par brevet

128 La protection de la médecine issue des savoirs traditionnels par le droit des brevets présenterait des avantages (a) et des inconvénients (b).

a- Les avantages de la protection par le système classique des brevets

129. Le droit des brevets est un instrument privilégié pour protéger les inventions nouvelles présentant un intérêt pour la société tout entière. Pour bénéficier de la protection qu'il offre, il faut que les conditions de brevetabilité soient respectées³¹⁰ notamment les critères de nouveauté, d'activité inventive et d'application industrielle³¹¹. Nous avons vu précédemment que les savoirs traditionnels ont un aspect dual : certains de ces savoirs peuvent être considérés comme faisant partie du domaine public tandis que d'autres présentent toutes les caractéristiques permettant de dire qu'il s'agit d'inventions répondant aux critères traditionnels de brevetabilité. Dans cette dernière hypothèse, il ne devrait pas y avoir d'obstacle à la protection juridique de ces savoirs par le système des brevets. Le brevet pourrait porter sur tout type d'invention dérivée des savoirs médicaux traditionnels ou consistant en des substances dérivées de plantes médicinales traditionnelles³¹². L'objet brevetable couvrirait aussi bien des produits, des procédés ou des applications nouvelles de substances connues.³¹³ L'une des questions soulevées dès les premiers débats sur la protection des savoirs traditionnels était celle de savoir qui seraient les bénéficiaires de la protection des savoirs traditionnels. Les savoirs traditionnels étant transmis de générations en générations, il peut être difficile d'en définir le ou les titulaire(s). Si l'on admet la nature collective ou communautaire du droit des savoirs traditionnels, il peut être difficile d'envisager la protection par le droit des brevets qui vise à récompenser l'inventeur. Or, qui est l'inventeur pour un droit de nature collective ? Certes, la nature collective des savoirs médicaux traditionnels n'empêche pas qu'une personne en détienne une portion à titre individuel. Le bénéficiaire de la protection sera-t-il un individu ou une communauté traditionnelle entière ? Le débat entre les Etats sur la question reste inépuisé³¹⁴. Un point émerge néanmoins du débat, c'est que la nature communautaire de la plupart des savoirs traditionnels n'est pas contestée. En son article 5 des *dispositions révisées relatives à la protection des savoirs traditionnels*³¹⁵, l'OMPI précise que « la protection des savoirs traditionnels doit viser l'intérêt des communautés qui créent, préservent et transmettent les savoirs dans un contexte intergénérationnel, qui leur sont associées et indissociablement liées (...) ».

³¹⁰ Nous insistons ici davantage sur les critères de fond de la brevetabilité- Les critères de forme sont également importants. En principe, ces derniers ne devraient pas techniquement être un empêchement à la brevetabilité dès lors que les conditions de fond sont respectées.

³¹¹ Sur l'analyse faite tendant à démontrer en quoi les critères classiques de brevetabilité pouvaient s'avérer inadaptés pour la prise en compte de la médecine traditionnelle, V. supra, n° 81 et ss.

³¹² C. CORREA, 2002, *op. cit.* p. 40.

³¹³ *Ibid*, pp. 44-52.

³¹⁴ K. TSHIMANGA, *Unsettled International Intellectual Property Issues*, Kluwer Law International, the Netherlands, 2008, p. 39.

³¹⁵ OMPI. Annexe du document WIPO/GRTKF/IC/12/5(c).

b - Les inconvénients de la protection par le système classique des brevets

130. Concernant les inventions pharmaceutiques issues de la médecine traditionnelle, les difficultés d'application des critères traditionnels de brevetabilité tiennent autant à l'inadaptation des critères classiques de brevetabilité (i) qu'aux pesanteurs de forme (ii).

i- L'inadaptation des critères classiques de brevetabilité

131. Les critères classiques de brevetabilité que sont la nouveauté, l'activité inventive et la susceptibilité d'application industrielle sont inadaptés en raison des spécificités des produits dérivés de la médecine traditionnelle, notamment en ce qui concerne le médicament traditionnel.

132. L'exigence de nouveauté apparaît dans son contenu comme un obstacle puissant à la brevetabilité des médicaments traditionnels.³¹⁶ En effet, il s'agit de produits résultant de connaissances ou de matériaux élaborés et diffusés au sein de communautés locales ou indigènes. Ces connaissances ancestrales ont été transmises oralement et plus rarement par écrit depuis de nombreuses générations. Le tradipraticien qui le prescrit ne le donne pas toujours directement au malade. Il lui indique simplement les dérivés à utiliser à charge pour lui de le préparer et de le consommer selon les indications spécifiées. Le patient se retrouve pour ainsi dire dans la peau d'un pharmacien dans certaines hypothèses, et il n'est pas rare qu'il conseille à son tour la préparation à un tiers malade qui souffrirait des mêmes maux que lui. Par conséquent, le médicament dérivé de la médecine traditionnelle peut être considéré comme faisant partie de l'état de la technique. Le législateur OAPI considère que l'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public, quel que soit le lieu, le moyen ou la manière, avant le jour du dépôt de la demande ou d'une demande de brevet déposée à l'étranger et dont la priorité a été valablement revendiquée.³¹⁷ Il s'agit d'une approche universaliste de la notion de nouveauté de nature à réduire davantage les possibilités pour un médicament traditionnel d'accéder à la protection par brevet. La divulgation écrite ou, orale comme c'est la plupart du temps le cas en ce qui concerne le médicament traditionnel, détruit la nouveauté. La position du législateur OAPI, rigoureuse sur ce point, présente un intérêt majeur si des mesures toutes aussi rigoureuses sont prises pour s'assurer que le respect de

³¹⁶ J. TAMBUTOH DASHACO, « Intellectual Property Law Aspects of the 1992 Convention on Biological Diversity – The Case of Traditional Medicine », *R.A.S.J* vol. 2, n°1, 2001, p. 254.

³¹⁷ Art 3 al. 2 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

ce critère de nouveauté est effectivement assuré. C'est le lieu de regretter une fois de plus que le contrôle des critères de fond de la brevetabilité soit simplement facultatif. Une analyse de droit comparé permet en effet de se rendre compte que le principe est difficile à appliquer dans la pratique, car la règle concernant ce qui devrait être considéré comme faisant partie de l'état de la technique varie selon les lois de divers pays et régions. Dans l'espace OAPI, les seules informations considérées comme conformes à cette règle sont celles qui figurent et sont divulguées dans les documents écrits ou imprimés accessibles à certains médias (publications, bases de données accessibles au public, etc.). Tandis que dans un pays comme les Etats Unis, il y a une application de standards plus élevés du critère de nouveauté permettant de breveter des inventions qui font l'objet d'une divulgation orale.³¹⁸ Par conséquent, ne sont pas considérés comme faisant partie de l'état de la technique tout élément existant dans la nature et qui n'est pas documenté, ainsi que tous produits, procédés dérivés de la médecine traditionnelle non documentés que les communautés et les peuples de diverses régions du monde connaissent et utilisent depuis plusieurs années, voire plusieurs siècles. Cette conception de la notion de nouveauté et de l'état de la technique « *a pour résultats pratiques de permettre à un tiers de revendiquer dans un brevet des produits et procédés d'application qui sont déjà connus et utilisés dans diverses parties du monde* ». ³¹⁹ En outre, les médicaments traditionnels dérivent bien souvent de produits existants dans la nature et des utilisations de produits existants. Il en résulte qu'on les assimile facilement à de simples découvertes dénuées de toute nouveauté,³²⁰ de sorte qu'ils ne sauraient faire en l'état l'objet de brevets d'invention. La protection par le brevet d'invention apparaît ainsi comme illusoire ou du moins d'application hypothétique. D'un autre côté, les médicaments dérivés de la médecine traditionnelle peuvent faire l'objet de brevet d'invention même si le savoir a pu être utilisé et transmis pendant des générations. Ce serait le cas lorsque les détenteurs du savoir ou les tradipraticiens ont maintenu certains aspects de leur traitement et de leur médicament secrets, ou encore, lorsque le savoir médicinal traditionnel n'a pas été divulgué en dehors des membres d'une petite communauté de personnes initiées.³²¹ Le critère de nouveauté serait respecté dans ce cas puisque la divulgation

³¹⁸ L'article 102 de la loi américaine des brevets (35 USC § 102) : « *A person shall be entitled to a patent unless the invention was known or used by others in this country, or patented or described in a printed publication in this or a foreign country, before the invention thereof by the applicant for patent, or the invention was patented or described in a printed publication in this or a foreign country or in public use or on sale in this country, more than one year prior to the date of the application for patent in the United States...* »

³¹⁹ OMPI, « La reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets », Document WIPO/GRTKF/IC/12/7, 12 février 2008.

³²⁰ En droit français, il est de jurisprudence qu'« *un produit naturel quelque intéressant que puisse être sa découverte et de quelque utilité qu'il puisse être dans l'industrie, ne saurait en dehors de toute méthode industrielle ou procédé industriel nouveau, faire l'objet d'un brevet.* » Trib. Civ. Seine 16 Juillet 1921, *Ann. Prop. Indus.* 1922, 346 ; C.A Paris, 22 juin, 1922, *Ann. Prop. Indus.* 1922, n°10, p.346.

³²¹ C. CORREA, *Protection and promotion of Traditional Medicine-Implications for public health in developing countries*, University of Buenos Aires, August 2020, p.41.

suppose qu'un tiers ait pu exécuter l'invention sans aucun effort inventif.

133 L'activité inventive reçoit également une application particulière dans le domaine de la médecine traditionnelle tant en ce qui concerne la détermination de l'homme du métier que pour ce qui est de l'exigence de non évidence. Si le pharmacien est considéré comme l'homme du métier en matière de médicament en général, il est peu évident par contre de déterminer qui serait l'homme du métier lorsque le médicament dérive particulièrement de la médecine traditionnelle. Cette étape est préliminaire et importante dans la mesure où ce qui est évident pour le tradipraticien ne l'est pas nécessairement pour le pharmacien ou pour toute autre personne rompue à l'art de la médecine moderne³²² et vice-versa. Le problème de la détermination de l'homme du métier censé posséder *des connaissances et une habilité moyenne*, est exacerbé si une invention revendiquée est plus ou moins hybride et émane en partie du système de médecine traditionnelle et en partie d'une discipline scientifique et technologique particulière. Le pharmacien devra-t-il toujours en vertu du principe de sa compétence générale être considéré comme la personne possédant la connaissance pertinente en matière de médecine traditionnelle ? La question se poserait pareillement si un élément du savoir médicinal traditionnel est considéré comme étant à la disposition du public en dehors de la communauté qui détient initialement le savoir en question, mais les compétences permettant d'interpréter ou de pratiquer la technique correspondant à ce savoir médicinal traditionnel n'existent que dans la seule communauté.³²³ A notre avis, le recours au tradipraticien pour toute invention de

³²² *Ibid.*, p. 43.

³²³ La question s'est posée au sein de l'OMPI, notamment pour le savoir traditionnel lié à certaines ressources génétiques, dans le cadre des travaux du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (GRTRF). (V. OMPI, La reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets, Document WIPO/GRTRF/IC/12/7, 12 février 2008). La réponse à la question est diversifiée en fonction des interprétations des Etats membres. *Pour la Chine*, si un élément de savoir traditionnel est considéré comme étant à la disposition du public en dehors de la communauté qui détient initialement le savoir traditionnel en question, autrement dit, est considéré comme état de la technique, mais que les compétences permettant d'interpréter ou de pratiquer la technique correspondant à ce savoir traditionnel n'existent que dans la seule communauté, la pratique est la suivante : si les savoirs traditionnels pertinents sont systémiques, comme par exemple, la Médecine Zang, la personne du métier a une notion élémentaire de ces savoirs, ce qui signifie que l'examineur doit acquérir une certaine connaissance élémentaire de ces système de savoirs traditionnels ; si les savoirs traditionnels pertinents sont épars et l'examineur estime qu'il lui est difficile de les acquérir, l'examineur peut requérir du demandeur qu'il fournisse des informations générales afin de rendre la demande suffisamment claire. *Pour l'OEB*, si un élément de savoir traditionnel est considéré comme étant à la disposition du public en dehors de la communauté qui détient initialement le savoir en question, mais que les compétences permettant d'interpréter ou de pratiquer la technique correspondant à ce savoir traditionnel n'existent que dans la seule communauté, la personne de métier est probablement considérée connaissant un ou plusieurs membres de la communauté qui détient ce savoir. *Pour la Finlande*, serait considérée comme personne du métier toute personne ayant une connaissance générale de la technique mais pas de connaissance particulière des savoirs traditionnels. Les compétences dont seule dispose la communauté d'origine qui détient les savoirs traditionnels ne seraient pas comptées comme compétences de la personne du métier. *Pour le Trinité-et-Tobago*, une personne ayant une connaissance moyenne est nécessaire. Les compétences permettant d'interpréter ou de pratiquer la technique correspondant à ce savoir traditionnel ne pourraient être considérées comme limitées à une communauté que si le savoir reste tacite, c'est-à-dire non divulgué de façon détaillée à l'extérieur de cette communauté. Une fois que le savoir devient explicite, on peut supposer que toute personne ayant une connaissance moyenne de la technique et accès au savoir explicite peut utiliser cette technique. Si le savoir reste tacite, c'est-à-dire limité à la

médicament dérivé de la médecine traditionnelle doit être systématique. Autant la compétence moyenne générale du pharmacien est reconnue en matière de médicament moderne – selon le système de droit commun des brevets de médicaments, autant l'on peut plus spécifiquement considérer le tradipraticien comme l'homme du métier en matière de médicament traditionnel. Sa compétence serait rendue nécessaire par la spécificité du domaine de la technique, en l'occurrence la médecine traditionnelle. Le code burkinabè de la santé exprime cette idée de manière fort édifiante : « *L'exercice de la médecine traditionnelle est assuré par un tradipraticien de santé* ». ³²⁴ A ce titre, il devrait pouvoir présenter le produit de ses recherches à l'OAPI pour être breveté. A ce niveau apparaît une difficulté terriblement ennuyeuse pour le tradipraticien, et qui rend difficile la démonstration de la non évidence. En effet, la présentation du médicament ou la description aux fins d'obtention du brevet suppose l'utilisation de termes techniques dont la connaissance n'est pas à la portée du premier venu. ³²⁵ Or, il est fréquent que le tradipraticien en Afrique subsaharienne ne soit pas allé à l'école, ou qu'il n'ait pas dépassé le stade des études primaires. De ce fait, le milieu rural dans lequel il déploie généralement son action est fortement sous-scolarisé et analphabète. ³²⁶ La difficulté majeure pour le tradipraticien est, si besoin en est, de décrire scientifiquement son produit. C'est dire qu'en l'état, il semble tout à fait difficile de tenir compte de l'activité inventive – critère s'appréciant essentiellement par rapport à l'homme du métier – pour breveter le médicament traditionnel alors même que ce dernier répondrait aux conditions de l'exigence de brevetabilité. ³²⁷ En outre, le médicament traditionnel dérive le plus souvent de plantes naturelles. Il est fréquent qu'il aboutisse à un produit dont l'efficacité thérapeutique est certaine, mais dont il est difficile de connaître la véritable nature chimique. ³²⁸ Il faut admettre qu'une telle difficulté n'est pas propre aux seuls médicaments traditionnels et peut être soulevée à l'occasion de toute recherche pharmaceutique. Aussi, le tradipraticien n'a pas pour habitude ³²⁹ de s'interroger sur la nature

communauté, il reste considéré comme du domaine public même s'il s'agit d'un public limité. Il ne peut certes pas être considéré comme secret. On peut aussi supposer que les membres de la communauté qui détient ce savoir ont accès à d'autres savoirs explicites révélés hors de leur communauté, ce qui ajoute une autre dimension à la non-évidence, qui est souvent considérée par rapport à une personne extérieure ayant une connaissance moyenne de la technique.

³²⁴ Article 141 alinéa 2 du code burkinabè de la santé.

³²⁵ Précisément, le produit devra être clairement décrit lors du dépôt de la demande de brevet conformément à l'article 14 alinéa i) de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

³²⁶ Parfois, leur activité de tradipraticien remonte à l'enfance et ils s'y sont entièrement consacrés sans jamais être allés à l'école.

³²⁷ L'esprit inventif et novateur des sociétés africaines ne fait pourtant pas l'objet de contestation et a pu être rappelé constamment à l'occasion des forums internationaux. V. AEFJN (Réseau Afrique-Europe Foi et Justice), protection équitable de la propriété intellectuelle en Afrique : La Loi Modèle Africaine de l'OUA pour la protection des droits de communautés locales, des fermiers et des phytogénéticiens et pour la régulation de l'accès aux ressources biologiques, plan d'action 2002, Bruxelles, 2002, p.73.

³²⁸ La vincristine et la vinblastine, isolées de *catharanthus roseus* ou pervenche de Madagascar, sont des anticancéreux qui ont fait la preuve de leur efficacité thérapeutique. Mais à ce jour, les essais de synthèse totale de ces molécules se sont avérés infructueux en terme de rendement, ce qui rend la source végétale incontournable. (Source : OAPI 2002).

³²⁹ Son niveau d'instruction justifiant d'ailleurs cette attitude. Le tradipraticien est plus soucieux de l'efficacité du produit que de la définition des éléments en des termes autres que les siens.

chimique du composé qu'il met sur pied. A l'inverse, la connaissance qu'il a de certaines propriétés de médicament, nonobstant son incapacité à la formuler scientifiquement, peut être interprétée comme un savoir contenu dans l'état de la technique. Prenant le cas de la quinine connue des indiens d'Amazonie comme un traitement efficace contre le paludisme, sans que ces derniers soient capables d'en donner les descriptions scientifiques, les tribunaux anglais montrent qu'il existe des descriptions sous lesquelles un produit ou un objet peuvent être connus concrètement d'une personne sans que celle-ci soit consciente de leur composition chimique ou sache même qu'ils aient une structure moléculaire propre³³⁰ ; il peut s'agir indifféremment d'une substance naturelle ou artificielle.³³¹ Quoiqu'il en soit, l'incapacité du tradipraticien à décrire scientifiquement son invention rend difficile la démonstration aussi bien de l'activité inventive que de la susceptibilité d'application industrielle.

134. En ce qui concerne la condition d'application industrielle, synonyme selon l'Accord sur les ADPIC d'utilité, elle n'est pas plus aisée à mettre en œuvre que les autres conditions. Si l'utilité des médicaments traditionnels n'est nullement contestée, il reste qu'ils sont produits de manière quasi-sporadique dans le secteur informel. Il s'agit de répondre à des besoins ponctuels du malade et la description qui est faite du médicament ne renseigne pas toujours sur les moyens de le conserver longtemps ni sur le conditionnement. Ce constat, « *d'une grande banalité* »³³², tient simplement en ce que l'exercice de la médecine traditionnelle relève dans l'espace OAPI de l'artisanat plutôt que de la grande industrie.³³³ Ce qui n'est pas spécifiquement une originalité de la région. Les pays les plus industrialisés sont également passés par une période, pas si lointaine puisqu'elle date à peine d'un siècle, où le pharmacien préparait les médicaments dans son officine sur la base d'une

³³⁰ C. CORREA, 2002, op. cit., pp. 41-42.

³³¹ Dans l'affaire *Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. V. H.N. Norton & Co. Ltd.*, [1996] RPC 76, p. 88, Lord HOFFMANN fait une démonstration hautement illustrative de la situation : « *The amazonian Indians have known for centuries that cinchona bark can be used to treat malarial and other fevers. They use it in form of powdered bark. In 1820, French scientists discovered that the active ingredient, an alkaloid called quinine, could be extracted and used more effectively in the form of sulphate of quinine. In 1944, the structure of alkaloid molecule (C₂₀H₂₄N₂ O₂) was discovered. This meant that the substance could be synthesised. Imagine a scientist telling an Amazonian Indian about the discoveries of 1820 and 1944. He says : 'We have found that the reason why the bark is good for fevers is that it contains an alkaloid with a rather complicated chemical structure which reacts with the red corpuscles in the bloodstream. It is called quinine.'* The Indian replies : 'That is very interesting. In my tribe, we call it the magic spirit of the bark.' Does the Indian know about quinine ? My Lords, under the description of a quality of the bark which makes it useful for treating fevers, he obviously does. I do not think it matters that he chooses to label it in animistic rather than chemical terms. He knows that the bark has a quality which makes it good for fever and that is one description of quinine. On the other hand, in a different context, the Amazonian Indian would not know about quinine. If shown pills of quinine sulphate, he would not associate them with the cinchona bark. He does not know quinine under the description of a substance in the form of pills and he certainly would not know about the artificially synthesised alkaloid... ».

³³² A. DEMICHEL, op. cit, p.13

³³³ Cette tendance tend à s'inverser avec la reconnaissance de plus en plus marquée de la médecine traditionnelle sur le plan national et international. Mais il faut dire que la progression vers l'industrialisation, reste marginale.

prescription médicale et avec des produits simples.³³⁴ Sauf à reprocher au tradipraticien d'utiliser des tisanes à la place de composés chimiques, s'il en est qui remplisse tous les critères de brevetabilité, la commercialisation de son médicament serait possible. Encore faudrait-il que les exigences de formes aient été remplies.

ii- Les pesanteurs des exigences de formes

135. Les exigences de forme peuvent avoir une importance plus déterminante encore que les conditions de fond pour l'attribution des brevets dans l'espace OAPI. Outre l'exigence liée à la description que nous avons déjà évoquée, les difficultés qu'elles soulèvent ne sont pas véritablement particulières au contexte de la médecine traditionnelle. Le niveau d'industrialisation général des pays membres de l'OAPI est significatif des contraintes financières qui peuvent empêcher tout inventeur national de faire une demande de brevet en bonne et due forme. Cette situation est simplement renforcée en ce qui concerne les médicaments traditionnels à cause d'un formalisme de brevetabilité que les populations peu instruites sur les questions de propriété intellectuelle comprennent mal. Leur ignorance du système de propriété intellectuelle est peut-être en elle-même une difficulté aussi grande que son inadaptation. Le niveau de vie de nombreux tradipraticiens, souvent pauvres et analphabètes, est à l'image de celui des populations au milieu desquelles ils évoluent. Certes ils jouissent d'une grande considération³³⁵, en dépit du fait que le recours à leurs services est souvent largement moins coûteux que celui de la médecine conventionnelle. La faiblesse des moyens financiers de la plupart des tradipraticiens qui, n'exerçant pas leur activité à l'échelle industrielle, ne disposent pas de moyens conséquents pour payer les frais et taxes exigées pour la délivrance et le maintien des brevets³³⁶ s'ajoute au fait que la propriété intellectuelle est peu ancrée dans les mentalités africaines. Ils ne comprennent pas que des procédures difficiles soient engagées avec pour résultat de rendre leurs médicaments plus chers et plus inaccessibles pour les populations qui en ont besoin. Cette difficulté fragilise le secteur de la médecine traditionnelle africaine exposée à la biopiraterie. En effet, les grandes industries qui ont les moyens de présenter des demandes de brevet, seraient presque toujours certaines de les obtenir en l'absence d'un mécanisme rigoureux et contraignant de contrôle par l'OAPI des critères de fond de brevetabilité. Ce qui préfigure des difficultés de prise en compte des conditions d'exploitation de la médecine traditionnelle par le

³³⁴ *Ibid*, pp. 13-15. V. dans le même sens C.Y. KLIMEK et G. PETERS, *une politique du médicament pour l'Afrique*, Karthala, 1995, p.11

³³⁵ OMS, « Stratégie de l'Oms pour la médecine traditionnelle pour 2002-2005 », *op. cit.*, p.28.

³³⁶ J. TAMBUTOH DASHACO, *op. cit.*, p. 258. V. pour les coûts, le barème des taxes OAPI précité.

système des brevets.

2- La protection de la médecine traditionnelle par le système *sui generis*

136. La protection de la médecine traditionnelle peut être assurée par le biais d'autres mécanismes existants au sein de la propriété intellectuelle. L'idée principale est que pour trouver le meilleur moyen de protéger les savoirs traditionnels, il convient de commencer par explorer la possibilité de faire un meilleur usage du cadre juridique existant, en particulier, des systèmes classiques de protection par la propriété intellectuelle. Ces savoirs représentant souvent une combinaison d'éléments tels que la culture des ressources génétiques, l'utilisation des médecines traditionnelles ou les chants et les costumes rituels, la protection serait renforcée par une combinaison de lois existantes sur la propriété intellectuelle et d'autres lois³³⁷. L'on peut citer quelques exemples de mécanismes de propriété intellectuelle pouvant permettre une telle protection³³⁸. C'est le cas de la propriété littéraire et artistique qui exerce une protection sur toutes les œuvres originales, notamment les œuvres écrites, les œuvres orales, les œuvres créées pour la scène ou pour la télé diffusion aussi bien dramatique et dramatico-musicales que chorégraphiques et pantomimiques, les sculptures de toutes sortes, les folklores etc. C'est aussi, le mécanisme de protection par les marques de fabrique ou de commerce (caractérisée par un signe visible notamment un nom patronymique, une dénomination particulière, arbitraire ou fantaisiste, dessins, lettres, chiffres pseudonymes etc.). Ces deux moyens de protection auraient le mérite d'être plus aisés à obtenir ou à offrir une protection peu coûteuse et plus longue que celle offerte par le brevet³³⁹.

137. Les contrats portant sur ces types de droits pourraient tenir compte de la nécessité de rétribuer équitablement les titulaires de droits tout en respectant leurs droits moraux³⁴⁰. Ces droits dits de la personnalité ou extrapatrimoniaux, se définissent comme, l'ensemble des facultés qui permettent aux titulaires du droit d'auteur de défendre leurs "intérêts d'ordre spirituel". Ils sont reconnus à une personne pour la protection d'un intérêt moral : droit à l'honneur droit à l'intégrité

³³⁷ Cette position est par exemple défendue par des pays comme l'Australie, les Etats-Unis d'Amérique et le Japon. V. OMC, Australie (IP/C/W/310, IP/C/M/28), Etats-Unis (IP/C/W/257, IP/C/W/209 et IP/C/M/37/Add.1), Japon (TP/C/M/29).

³³⁸ Pour un aperçu de l'ensemble de ces mécanismes appliqués à la protection des savoirs traditionnels, V. par exemple CORREA (C.), 2002, *op.cit.*, pp. 56-62.

³³⁹ D.A. POSEY et G. DUTFIELD, "Le marché mondial de la propriété intellectuelle : droits des communautés traditionnelles et indigènes", CRDI et WWF (Fonds Mondial pour la Nature), 1997, p. 120.

³⁴⁰ V. par exemple sur la gestion des contrats de droits d'auteurs, M. ONDOA, *Les contrats relatifs aux droits d'auteur - Contracte of copyright*, 1^{ère} éd., Presses Universitaires Libres (PUL), p. 192.

physique, droit à la vie privée, etc. les droits moraux sont perpétuels, inaliénables et imprescriptibles. L'on peut également citer les indications géographiques qui peuvent être utilisées pour protéger les produits traditionnels, s'il est possible d'attribuer leurs caractéristiques particulières à une origine géographique spécifique. Cependant, il est reproché à tous les mécanismes précités de protéger l'expression des idées, la dénomination ou l'indication des produits et non les connaissances traditionnelles en elles-mêmes³⁴¹.

138 Un autre exemple de protection possible est offert par le système des secrets commerciaux³⁴² qui permettrait aux communautés traditionnelles de contrôler la diffusion de leurs connaissances, innovations et pratiques. Dans l'ensemble, l'on reconnaît que les droits de propriété intellectuelle existants peuvent jouer un rôle dans la protection des savoirs traditionnels. En même temps, des doutes sont émis quant à l'avantage significatif que pourraient en tirer les communautés traditionnelles des PED. Le doute est d'autant plus grand que la majorité des petites entreprises des pays développés trouvent également les droits de propriété existants peu adaptés à la protection de ces savoirs³⁴³. D'où les propositions en faveur de systèmes de protection qui semblerait être plus adapté : le système *sui generis*.

139 La protection *sui generis* renvoie à un régime spécial de propriété intellectuelle distinct du droit des brevets et d'autres types de droits de propriété intellectuelle existants. L'adoption de régimes particuliers de protection des savoirs traditionnels est perçue comme une solution qui permettrait de prendre le mieux en considération les spécificités de la médecine traditionnelle. L'application de ces régimes est un principe généralement admis malgré les difficultés engendrées (a) et une pratique effectivement existante dans plusieurs pays (b).

a- Une application difficile de ce système de protection

140 Certains auteurs estiment que malgré l'utilité des droits de propriété intellectuelle existants, ils sont fondamentalement incapables pour protéger réellement les droits, à titre individuel et collectif, des peuples autochtones à leurs connaissances, à leur culture et à leurs ressources et de leur garantir une indemnisation³⁴⁴. Par conséquent, de nouveaux modèles et notions doivent être

³⁴¹ M. ONDOA, *Les contrats relatifs aux droits d'auteur - Contracte of copyright*, op. cit, p. 192.

³⁴² Les secrets commerciaux sont souvent protégés à travers la réglementation de la concurrence déloyale. V, par exemple l'article 39 de l'accord sur les ADPIC, section 7 portant sur la protection des renseignements non divulgués.

³⁴³ CIPR, 2003, op.cit., p. 79.

³⁴⁴ D.A. POSEY et G. DUTFIELD, « Le marché mondial de la propriété intellectuelle : droits des communautés traditionnelles et indigènes », op cit, p. 120.

envisagés pour servir de fondements à des systèmes juridiques inédits qui procureraient aux détenteurs de savoirs traditionnels la protection recherchée³⁴⁵.

141. Le groupe africain aux négociations sur la question à l'OMC insiste sur l'importance de mécanismes de protection *sui generis* qui pourraient être adoptés par les pays membres en la matière : « *Les Membres ont le droit et sont libres de déterminer et d'adopter des régimes appropriés pour satisfaire à la prescription imposant de protéger les variétés végétales au moyen de systèmes sui generis efficaces... L'approche appropriée et satisfaisante consiste à avoir des systèmes de protection qui soient adaptés aux réalités et aux besoins locaux* ». ³⁴⁶

142. Il conviendrait de rappeler que l'adoption de régimes *sui generis* de protection n'est pas contraire à l'Accord sur les ADPIC. Ces régimes contribuent à élargir plutôt qu'à restreindre la portée de l'Accord³⁴⁷. L'adoption de systèmes *sui generis* peut également s'inscrire dans la perspective de la récente Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones³⁴⁸. D'après cette Déclaration, « *les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles* »³⁴⁹. Les droits ainsi aménagés doivent être reconnus et protégés par les Etats qui prendront des mesures efficaces en concertation avec les peuples autochtones.³⁵⁰

³⁴⁵ *Ibid.* V. aussi J. TAMBUTOH DASHACO, "Intellectual Property Law Aspects of the Convention on Biological Diversity of The Case of Traditional Medicine", RASJ, Vol.2, N°1, 2001, pp. 247-259.

³⁴⁶ Communication du Groupe africain. Document IP/C/W/404, 26 juin 2003.

³⁴⁷ D'après l'article 1 alinéa 1 de l'Accord sur les ADPIC, « (...) les Membres pourront, sans que cela soit une obligation, mettre en œuvre dans leur législation une protection plus large que ne le prescrit le présent accord, à condition que cette protection ne contrevienne pas aux dispositions dudit accord. Les Membres seront libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques ».

³⁴⁸ La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones a été adoptée par une Résolution de l'AGNU le 13 septembre 2007, lors de sa soixante et unième session.

³⁴⁹ Article 31 alinéa.1 de la Déclaration des Nations Unies précitée.

³⁵⁰ Article 31 alinéa 2 de la Déclaration des Nations Unies précitée.

143. Sur le plan conceptuel et pratique, le système *sui generis* pose cependant un certain nombre de problèmes, notamment : la détermination des titulaires du titre de protection et la manière de les représenter ; la détermination de l'objet de la protection et des modes d'acquisition des droits ; la nature des droits accordés (exclusifs ou non, moral ou pécuniaire) ; la durée de la protection, la mise en œuvre des droits et les sanctions en cas de non-respect. Une difficulté persistante est que la médecine traditionnelle est tellement diversifiée qu'il semble impossible d'établir un mode de protection unanimement acceptable à l'échelle internationale. Pourtant, les législations nationales n'ayant pas vocation à s'appliquer en dehors de l'espace territorial d'un Etat n'offrent qu'une protection limitée dans un domaine où il est fréquent que des savoirs traversent les frontières d'un espace délimité pour s'appliquer dans plus d'un Etat ou dans plus d'une communauté traditionnelle³⁵¹.

144. Les non nationaux sont tenus de respecter les lois nationales qui les défendent de s'approprier impunément les savoirs traditionnels. A l'échelle internationale, les Etats qui ont pu bénéficier de l'exploitation illicite des savoirs traditionnels d'un autre Etat, n'ont assuré aucune compensation monétaire ou autres en vue de réparer le préjudice causé³⁵².

145. Par ailleurs, étant donné la large gamme de matériel à protéger et la diversité des raisons invoquées pour la protection, le risque est qu'un système international *sui generis* portant sur tous les aspects de la protection des savoirs traditionnels soit trop spécifique et insuffisamment souple pour tenir compte des besoins locaux.³⁵³ Nonobstant ces difficultés, certains auteurs pensent que compte tenu des croyances socioculturelles et religieuses qui unissent les communautés traditionnelles à leur environnement, seul un «*droit tribal*» organisant des principes légaux appropriés serait à même de solutionner le problème de la protection des savoirs traditionnels et d'ouvrir la voie à toutes sortes d'opportunités.³⁵⁴ D'autres parlent encore de «*droits communautaires*

³⁵¹ En Afrique, la plupart des frontières étatiques sont issues de la colonisation. Il est fréquent que des communautés sœurs aient été artificiellement séparées au sein d'Etats distincts tandis que d'autres qui n'avaient pas beaucoup de traditions en commun étaient réunies.

³⁵² PASSERELLES, « Règlement des différends : Les propositions du Groupe Africains se précisent sur certains points », Vol. IV N° I, ENDA Tiers-monde/ICTSD, Janvier-Mars 2003, pp. 14-15.

³⁵³ A. RILEY, "Straight stealing: Towards an indigenous system of cultural property protection", Washington Law Review, Vol. 80:69, 2005, pp. 90-91.

³⁵⁴ Analysant la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, un auteur tente de montrer qu'en réalité, les droits collectifs visent à créer les conditions nécessaires à l'épanouissement de l'individu. V. F. OUGUERGOUZ, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, PUE, Paris 1993, p. 371.

» ou «collectifs»³⁵⁵ de propriété intellectuelle³⁵⁶ ou encore de «droits intellectuels communautaires (DIC)³⁵⁷». Il n'est absolument pas nécessaire que les droits protégés soient monopolistiques. Les propositions énoncent que les régimes de protection *sui generis* pourraient s'inspirer de textes tels que le Traité international sur les ressources phylogénétiques, la Convention sur la diversité biologique, la Convention UPOV (Acte de 1978 et/ou de 1991), la Loi type africaine sur la protection des droits des communautés, des agriculteurs et des obtenteurs et les contrôles de l'accès aux ressources génétiques (LMA) et d'autres textes pertinents.

146. En toute hypothèse, il semble que l'adoption d'un régime *sui generis* de protection de la médecine traditionnelle ne présente pas moins de difficultés que l'adoption d'un régime de protection basé sur les droits de propriété intellectuelle existants, en particulier le droit des brevets sous la forme habituelle ou avec des modifications. Aussi les exemples existants ne sont-ils pas uniformes ?

b- Des exemples de régimes de protection existants

147. Plusieurs Etats ont adopté des régimes *sui generis* de protection des savoirs traditionnels y compris de la médecine traditionnelle. Des dispositions tendant à la reconnaissance de droits de propriété « communautaires »³⁵⁸ ou « collectifs »³⁵⁹ se retrouvent dans la législation de nombreux Etats³⁶⁰. Dans le contexte africain, l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA)³⁶¹ a mis sur pied une *Loi Modèle pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des sélectionneurs et la réglementation de l'accès aux ressources biologiques* (LMA) suite à la directive du Conseil des Ministres de l'OUA de 1998³⁶². Il s'agit d'un cadre général élaboré à l'échelle africaine pour servir d'inspiration dans la mise en œuvre de législations nationales en

³⁵⁵ Pour un aperçu général, V. C. CORREA, « Traditional knowledge and Intellectual Property : Issues surrounding the protection of traditional knowledge », Discussion Paper, QUNO, London, November 2001, pp. 12 et ss.

³⁵⁶ D.A. POSEY et G. DUTFIELD, *op. cit.*, pp. 105 et ss.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 105.

³⁵⁸ V. par exemple la loi sur les droits des populations autochtones de 1997 aux philippines ; art 46 de la Constitution thaïlandaise de 1997.

³⁵⁹ Article 377 de la Constitution de l'Equateur (1998) ; Article 124 de la Constitution de la République du Venezuela

³⁶⁰ V. plus globalement C. CORREA, 2002, *op. cit.*, pp. 76-83.

³⁶¹ Désormais l'Union Africaine (UA).

³⁶² Pour une analyse plus complète de la LMA, V. J.A. EKPHERE, "TRIPS, Biodiversity and Traditional Knowledge: OUA Model Law on Community Rights and Access to Genetic Ressources", Discussion paper presented at the ICTSD Multi-Stakeholder Dialogue on Trade, Environnement and Sustainable Development, Libreville, Gabon, July 13 - 14, 2000; J.A. EKPHERE, «Loi-Modèle pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des sélectionneurs et la réglementation de l'accès aux ressources biologiques », in R . MELENDEZ-ORTIZ, C . BELLMANN, A . CHETAILLE, T . BEN ABDALLAH (dir.). *Commerce, Propriété intellectuelle et développement durable* *vis de l'Afrique*, ICTSD, ENDA Tiers Monde et Solagral, 2002, pp. 175-183.

matière de protection des savoirs traditionnels et de droits des communautés locales.

148. La LMA met en place un système de « *droits intellectuels des communautés* »³⁶³ qui tranche avec la conception traditionnelle et individualiste des droits classiques de propriété intellectuelle. La LMA met un accent particulier sur les objectifs de la protection des savoirs traditionnels tels qu'énoncés dans la Convention sur la Diversité Biologique (CDB).³⁶⁴ En effet, la convention précitée est un traité international juridiquement contraignant qui a trois (03) objectifs : la première est relative à la conservation de la diversité biologique qui est une préoccupation commune de l'humanité. Elle vise tous les niveaux de la diversité biologique c'est-à-dire les écosystèmes, les espèces et les ressources génétiques. Elle s'applique aux biotechnologies dans le cadre du Protocole du Cartagena³⁶⁵ sur la prévention des risques biotechnologiques. En fait elle couvre tous les domaines possibles qui sont directement ou indirectement liées à la diversité biologique et à son rôle en matière de développement, allant de la science, de la politique et de l'enseignement à l'agriculture, au monde des affaires, à la culture et bien plus encore. La seconde concerne l'utilisation durable de la diversité biologique et la troisième porte sur le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques³⁶⁶. La mise en place d'un système *sui generis* de protection de la médecine traditionnelle divise la doctrine et les Etats au sein des différentes instances de négociations internationales. Parmi les points de divergences figurent la question du choix d'une protection soumise ou non à la formalité de l'enregistrement.

3- La protection sans enregistrement des savoirs traditionnels médicinaux

149. La mise en place d'une solution faisant recours à des formalités relatives aux conditions de brevetabilité et de la protection *sui generis* des savoirs traditionnels médicaux telles que susvisées connaissent des fortunes diverses dans leur application.³⁶⁷

³⁶³ La LMA définit les Droits intellectuels des communautés comme des « droits détenus par des communautés locales sur les ressources biologiques, y compris parties ou dérivées et sur leurs pratiques, innovations, connaissance et technologies ».

³⁶⁴ La CDB est un traité international adopté le 5 juin 1992 au sommet de la terre à RIO de Janeiro et entré en vigueur le 29 décembre 1993.

³⁶⁵ Plus généralement appelé Protocole de Cartagena sur la biosécurité, il a été signé le 29 janvier 2000 dans le cadre de l'ONU à la suite de la Convention sur la Diversité Biologique. Il constitue également le 1^{er} accord international et environnemental sur les OGM. Il est entré en vigueur le 11 septembre 2003 et avait recueilli à la date du 17 février 2019 172 pays membres.

³⁶⁶ La CDB est un traité international adopté le 5 juin 1992, précité.

³⁶⁷ Supra n°115 et s. et n°125 et s.

150. Cette situation a conduit à explorer également la possibilité d'envisager une protection autre que celles sus évoquées. En effet, plusieurs arguments fondés sur les caractéristiques des savoirs traditionnels pourraient justifier le choix d'une protection de ces biens immatériels sans recourir à la procédure de l'enregistrement classique. Il s'agit d'abord de l'incompatibilité de l'enregistrement avec le caractère identitaire des savoirs traditionnels. Les savoirs traditionnels médicaux reposent sur la tradition³⁶⁸ ; ce qui implique que dans les pays de tradition orale où le système de croyances est fondé sur une approche globale de la vie³⁶⁹, la prise en compte à la fois des critères objectifs et des attributs d'ordre moral est indispensable pour la construction d'un système de protection *sui generis* des savoirs traditionnels. Ensuite, l'intérêt pour la protection sans formalité peut s'expliquer aussi par le caractère oral des savoirs traditionnels. L'oralité occupe encore aujourd'hui, une place importante dans la vie des communautés autochtones et locales.³⁷⁰ La tradition orale représente pour ces sociétés, un point d'équilibre en étant le principal moyen de communication et de transmission des savoirs traditionnels. Dès lors, opter pour l'enregistrement comme condition obligatoire d'accès à la protection serait inadapté et peu efficace. Aussi, imposer l'écrit avant tout dépôt de demande d'enregistrement, engendrerait des coûts financiers insupportables pour ces communautés. En sus, quand bien même l'on opterait pour la gratuité des frais de dépôt,³⁷¹ une telle solution n'écarterait pas les risques de litiges auxquels s'exposeraient les potentiels bénéficiaires de la protection.³⁷² Enfin, la protection sans enregistrement des savoirs traditionnels est compatible avec le caractère intemporel de ceux-ci. Ainsi, le recours à l'enregistrement préalable serait préjudiciable pour les intérêts des détenteurs de savoirs traditionnels dans la mesure où le point départ de la protection commence à courir à partir de cette formalité. En effet, cela signifierait que tous les actes d'exploitations des savoirs traditionnels accomplis sans le consentement préalable du titulaire de droit et intervenus avant l'adoption du texte imposant l'enregistrement seraient licites parce qu'étant des droits acquis et *a contrario*, seuls, ceux accomplis après l'entrée en vigueur de la loi pourraient faire l'objet de sanctions.³⁷³ La mise en place de l'enregistrement aurait pour conséquence l'abandon du principe de la présomption comme condition d'attribution de la titularité des droits fondée sur la possession avec le risque de créer des conflits entre des communautés voisines qui détiennent un

³⁶⁸ N. EKANDZI, « Pour une protection sans enregistrement des savoirs traditionnels » *RFPI*, décembre 2018, n°7.

³⁶⁹ N. EKANDZI, *La protection des savoirs traditionnels médicaux par le droit de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 7 juin 2017, paragraphes 9-12, pp 16-19.

³⁷⁰ N. EKANDZI, « Pour une protection sans enregistrement des savoirs traditionnels » *op. cit.*, n°7.

³⁷¹ C'est le cas notamment du modèle mis en place par le Burundi par sa loi 1/13 du 28 juillet 2012 relative à la propriété industrielle au Burundi (Article 250.1 al.2).

³⁷² N. EKANDZI, « Pour une protection sans enregistrement des savoirs traditionnels » *op. cit.*, n°7.

³⁷³ J.-C. GALLOUX, « L'obligation de divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevets », *RUE*, n°605, 2017 ; N. EKANDZI, *La protection des savoirs traditionnels médicaux par le droit de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI*, *op. cit.*, paragraphe 443, pp. 304-305.

même savoir traditionnel. Par exemple, un litige pourrait naître sur le fondement du droit d’auteur entre les traducteurs des textes en langue vernaculaires en langues de travail de l’OAPI et la communauté autochtone détentrice des savoirs traditionnels médicaux.³⁷⁴ Un litige peut également survenir sur le fondement du droit des brevets. Il pourrait arriver que le transcripateur du contenu des savoirs traditionnels dépose une demande de brevet pour une invention de produit consistant dans l’amélioration de la formule soumise à l’enregistrement par la communauté. Cette situation peut être conflictuelle dans l’hypothèse où le transcripateur refuse de partager les droits avec ces derniers³⁷⁵. Dans le cadre de l’OAPI, en particulier ; il faudrait à présent vérifier si le choix du législateur est judicieux compte tenu de toutes les questions suscitées par la protection juridique des savoirs traditionnels.

C- Le choix opéré par le législateur OAPI

151. Il n'existe pas actuellement dans le droit OAPI de la propriété intellectuelle des textes juridiques applicables pour la protection des savoirs traditionnels y compris la médecine traditionnelle. Le législateur OAPI a opté pour une approche classique de protection s'articulant autour du système des brevets (1). Cette approche qui a été soulignée, s'avère manifestement insuffisante et inadaptée. Dans la foulée des initiatives envisagées par le législateur OAPI, une modification du droit des brevets paraît donc souhaitable (2).

1- Le cadre actuel bâti autour du système des brevets

152. Les droits de propriété intellectuelle existants couvrent aussi bien le droit des brevets que les autres systèmes de protection. Le législateur OAPI envisage une protection résiduelle de la médecine traditionnelle au détriment des autres mécanismes (a). Mais pour l’instant, en dépit de la volonté affichée de l’OAPI de ne vouloir évoluer sur la question, le système des brevets reste le mécanisme central de protection ainsi que le démontre l'existence dans son espace, des exemples de certificats de brevets portant sur des inventions issues de la médecine traditionnelle (b).

³⁷⁴ S. GREENE, « Perou. Politique de la biodiversité et savoirs indigènes : un regard dix ans après », in J. DUCHATEL et L. GABERELL (Sous dir.), *La propriété intellectuelle contre la biodiversité ? Géopolitique de la diversité biologique*, CETIM, 2011, pp. 81-97.

³⁷⁵ N. EKANDZI, « Pour une protection sans enregistrement des savoirs traditionnels » op. cit., n°7.

a- La protection résiduelle de la médecine traditionnelle

153 On ne rentrera pas dans une analyse approfondie des autres systèmes classiques de protection des savoirs médicaux traditionnels par la propriété intellectuelle. L'idée essentielle étant que le législateur OAPI n'exclut pas la possibilité de recourir à ces autres systèmes pour la protection de la médecine traditionnelle. Un point mérite néanmoins une attention particulière. La seule référence expresse à la médecine traditionnelle dans l'ensemble des textes OAPI est contenue dans l'Accord de Bangui de 1999 à l'annexe VII relative à la protection de la propriété littéraire et artistique. En particulier, le législateur OAPI mentionne expressément la médecine traditionnelle dans le titre II intitulé « *de la protection et de la promotion du patrimoine culturel* ». ³⁷⁶

154 D'après l'article 67 alinéa 1 de l'annexe VII de l'Accord de Bangui du 24 février 1999, « *le patrimoine culturel est l'ensemble des productions humaines matérielles ou immatérielles caractéristiques d'un peuple dans le temps et dans l'espace* » ³⁷⁷. Ces productions concernent le folklore, les sites et monuments, les ensembles ³⁷⁸. C'est dans la définition des notions de folklore et de monuments qu'apparaît la référence explicite à la médecine traditionnelle. D'une part, la médecine traditionnelle est décrite comme un élément du *folklore*. Après avoir défini le folklore comme « *l'ensemble des traditions et productions littéraires, artistiques, religieuses, scientifiques, technologiques et autres des communautés transmises de génération en génération* » ³⁷⁹, le législateur OAPI ³⁸⁰ y inclut expressément « *les connaissances et œuvres scientifiques* », en l'occurrence les « *pratiques et produits de la médecine et de la pharmacopée* » ³⁸¹.

³⁷⁶ Annexe VII du Titre II de l'Accord de Bangui de 1999.

³⁷⁷ Pour une analyse plus poussée de la notion de patrimoine culturel au regard notamment de l'Accord de Bangui de 1999, des lois camerounaises et des textes internationaux en la matière, V. J. FOMETEU, « La protection du patrimoine culturel par le droit de propriété intellectuelle », *JP* n° 52, pp. 49 et ss. Pour la mise en œuvre de la protection du patrimoine culturel en droit camerounais, V. par exemple P. NKOU MVONDO, « La protection des biens corporels du patrimoine national », *JP* n° 52, pp. 55-60.

³⁷⁸ Article 67 alinéa 2 de l'Annexe VII Accord de Bangui 1999. L'article 71 de la même annexe définit les ensembles comme des groupes de constructions isolés ou réunis qui, en raison de leur architecture, de leur unité ou de leur intégration dans le paysage, sont désignés d'importance du point de vue esthétique, ethnologique ou anthropologique, paléontologique ou archéologique. Il n'en sera donc pas question ici.

³⁷⁹ Article 68 alinéa 1 de l'Annexe VII de l'Accord de Bangui du 24 février 1999.

³⁸⁰ Dans la définition qu'elle donne du folklore, le législateur camerounais énumère quelques exemples à l'article 2.10 de la loi n°2000/ 11 du 19 décembre 2000 relative au droit d'auteur et aux droits voisins. Ces exemples n'incluent pas explicitement la médecine traditionnelle. Au mieux, le législateur a dû penser à ceux qui exercent cette médecine sans juger nécessaire de les faire apparaître dans cette refonte législative de Noël. Pour une analyse complète de cette loi camerounaise de 2000, V. I.L. MIENDJ1EM, « Le Père Noël des créateurs et diffuseurs des œuvres de l'esprit au Cameroun : la loi n°2000/I 1 du 19 décembre 2000 relative au droit d'auteur et aux droits voisins », *R.G.D.*, (2002) 32, pp. 527-582. V. aussi C. SEUNA, « Droit d'auteur et droits voisins au Cameroun. La loi du 19 décembre 2000 et son décret d'application », Yaoundé, 2008, pp. 13-29.

³⁸¹ Article 68 alinéa 2e) i) de l'Annexe VII, Accord Bangui 1999.

155. D'autre part, le législateur OAPI tenant compte d'aspects essentiellement matériels inclut la médecine traditionnelle dans la catégorie des *monuments*. Ainsi, « *sont considérés comme monuments, les biens meubles ou immeubles qui, à titre religieux ou profanes, sont désignés d'importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science et qui appartiennent aux catégories ci-après : « (...) les produits de caractère ethnographique, tels que ornements et parures, objets de cuite, instruments de musique, objets d'ameublement, langues et dialectes, systèmes d'écritures, produits de la pharmacopée, médecine et psychothérapie traditionnelles, traditions culinaires et vestimentaires* ». ³⁸² Le caractère explicite de la référence à la médecine traditionnelle dans ces textes ne signifie pas que ce mécanisme de protection doit être utilisé à l'exclusion de tout autre mécanisme ; cette référence ne préjuge pas non plus de son effectivité et de son efficacité par rapport aux autres mécanismes. On a évoqué les critiques relatives à ce mode de protection, notamment le fait qu'il permet davantage une protection abstraite et partielle de la médecine traditionnelle et seulement une protection résiduelle des produits qui en sont issus. En effet, la protection du patrimoine culturel relève au premier chef du rôle, d'ailleurs critiqué³⁸³, des Etats qui en précisent concrètement les éléments et l'importance. Or, dans la plupart des pays membres de l'OAPI, il n'existe pas de textes juridiques réglementant la médecine traditionnelle. Dans ce contexte, cette médecine ne bénéficie pas d'un statut favorable qui lui ouvrirait la voie à une protection effective par le droit de propriété littéraire et artistique. Quoiqu'il en soit, la protection de la médecine traditionnelle par les droits de propriété littéraire et artistique reste donc résiduelle. Il est peu probable qu'elle supplante la protection offerte par le système des brevets dont il faut relever au moins une certaine effectivité.

b- L'existence de brevets sur les inventions issues de la médecine traditionnelle dans l'espace OAPI

156. Certains scientifiques travaillant dans le domaine de la médecine traditionnelle ont mis sur pied des médicaments et obtenu des brevets pour ces médicaments auprès de l'OAPI. Ainsi, par exemple, le tradithérapeute burkinabé Joseph Moussa KAFANDO est titulaire d'un brevet OAPI pour son produit enregistré sous le label MIKRI et qui est destiné à soigner l'ulcère gastrique³⁸⁴.

³⁸² Article 70 alinéa 2f) de l'Annexe VII de l'Accord de Bangui Acte du 24 février 1999.

³⁸³ J. FOMETEU, *op. cit.*, pp. 53- 55.

³⁸⁴ Brevet N° OA/11256 du 7 mars 2000.

Docteur Erick GBODOSSOU³⁸⁵ est l'inventeur de quatre médicaments à base de plantes naturelles brevetés à l'OAPI : le *Metrafaids*, le *Metrafdiabète*, le *Metrafderinatose* et le *Métra/hémorroïde*. De même, au Cameroun, un sirop préparé à partir des racines de *Pentadiplandra brazzeana*, le *sirop Gamma*, agit efficacement sur les crises hémorroïdaires. Ce produit est enregistré dans plusieurs pays africains dont le Nigeria et la République démocratique du Congo, en dehors de l'espace OAPI. Docteur Thomas WANDJI est titulaire du brevet enregistré à l'OAPI³⁸⁶. Ajoutons en outre que Docteur WANDJI est le premier déposant de l'espace OAPI à bénéficier du système international du Traité de coopération en matière de brevet (PCT) pour son invention. En effet, le 27 mars 2003, il a entamé auprès de l'OAPI, l'Organisation étant compétente en sa qualité d'office récepteur, une procédure d'entrée en phase internationale dans le cadre du PCT, de la demande internationale de brevet (*PCT/OA03/00001*) en revendiquant la priorité de l'invention. Le bureau international de l'OMPI a publié cette demande le 16 octobre 2003 sous le numéro WO03/084557. Le 9 septembre 2004, l'inventeur a instruit le Cabinet Regimbeau de Paris de procéder à l'entrée en phase nationale des deux demandes internationales PCT dans cinq des pays désignés lors de la phase internationale. Il s'agit de la Chine, de la Corée du Nord, de la Corée du Sud, des Etats-Unis d'Amérique et du Japon³⁸⁷. Notons encore qu'un antipaludéen naturel, le *Palubek's*, découvert par le tradithérapeute Monsieur Junior BEKENO MEYONG, a obtenu un brevet d'invention (*OA/12882*) délivré par l'OAPI le 30 septembre 2005.³⁸⁸

157. Dans l'ensemble, les brevets délivrés pour les nationaux en matière de médicaments ne sont pas nombreux ; mais l'opportunité existe et est exploitée par certains inventeurs de médicaments traditionnels. En même temps, il conviendrait d'insister sur les réserves qui ont pu être émises par ces inventeurs à l'égard du système. Dans son enquête sur la protection des savoirs traditionnels, l'OMPI rapporte l'expérience d'un inventeur malien qui, après avoir attendu 23 ans pour se voir délivrer le certificat clinique (une Autorisation de Mise sur le Marché ou AMM), pour l'une de ses préparations médicinales se dit être endetté au titre des brevets qu'il a obtenu pour son médicament. Et ce, sans réel espoir de rentrer, par la vente du médicament, dans les frais engagés pour obtenir

³⁸⁵ Dr. Erick GBODOSSOU est Président fondateur de PROMETRA International (Organisation pour la Promotion des Médecines Traditionnelles). Cette ONG dont le siège est à Dakar au Sénégal a pour mission de promouvoir et de protéger la médecine traditionnelle et les sciences endogènes. Elle dispose de vingt-six représentations officiellement reconnues à travers le monde. Disponible sur le site : www.prometra.org

³⁸⁶ Brevet OA/12055 du 26 décembre 2002. Le médicament a été fabriqué par le Laboratoire Africapharm. Un autre produit, préparé à partir de la même plante, appelé « lotion Sebuma », est antimicrobienne, antifongique, anti-inflammatoire et cicatrisante.

³⁸⁷ V. OAPI Contact N°12, mars 2005, p. 14.

³⁸⁸ Pour tous les autres titres attribués aux tradithérapeutes, Consultez le registre des brevets OAPI à son siège à Yaoundé au Cameroun.

ledit brevet. Ainsi, le coût du système des brevets est fortement prohibitif³⁸⁹ et le mécanisme technique complexe. Au regard de ce qui précède, l'on est amené à souhaiter que le système de protection de la médecine traditionnelle par le législateur OAPI soit substantiellement refondu vers un mécanisme de protection beaucoup plus adapté aux besoins et aux réalités de santé dans notre espace.

1- L'adoption d'un accord relatif à la protection des savoirs traditionnels

158. Dans l'optique de tenir compte des particularités de la médecine traditionnelle, le législateur OAPI a amorcé une réforme profonde de l'ossature de ses instruments juridiques à travers l'adoption le 26 juillet 2007 à Niamey au Niger d'un *Accord relatif à la protection des savoirs traditionnels, additif à l'Accord de Bangui instituant une Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle, Acte du 24 février 1999*³⁹⁰. Par l'adoption de ce texte, le législateur OAPI amorce ainsi le pas vers le choix d'un système sui generis de protection de la médecine traditionnelle. En fait, il faut prendre tout cela avec beaucoup de réserve dans la mesure où, à notre connaissance, ledit accord n'a pas été ouvert à la ratification des Etats membres. Il ne s'agit donc pas encore d'un texte juridique opposable aux Etats membres de l'OAPI³⁹¹ ; d'où la nécessité d'en analyser le contenu (a) et surtout d'en apprécier la portée (b).

a- Le contenu de l'accord

159. L'additif du 26 juillet 2007 énonce un certain nombre de principes (i) qui sous-tendent le régime de protection des savoirs traditionnels (ii).

i- Les principes énoncés

160. L'adoption d'un accord relatif à la protection des savoirs traditionnels traduit le désir du législateur OAPI de reconnaître la valeur intrinsèque et multidimensionnelle de ces savoirs sur les plans social, spirituel, économique, intellectuel, scientifique, écologique, technologique,

³⁸⁹ Résolution N°42/15 de la 42^{ème} Session du Conseil d'Administration de l'OAPI, portant le Règlement des taxes relatives aux brevets et certificats d'addition.

³⁹⁰ En même temps, était adopté un Accord relatif à la protection du folklore, additif à l'Accord de Bangui instituant une Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle, Acte du 24 février 1999.

³⁹¹ En vertu de l'article 18 alinéa 1 dudit additif, le texte devra entrer en vigueur deux (2) mois après le dépôt des instruments de ratification par les deux tiers (2/3) au moins des Etats signataires. La perspective de cette entrée en vigueur reste incertaine tant que l'instrument n'est pas ouvert à la ratification des Etats.

commercial et éducatif. Dans le préambule de l'accord, le législateur affirme la nécessité de contribuer au respect des systèmes de savoirs traditionnels en vue de reconnaître et de récompenser la contribution des détenteurs de ces savoirs à la préservation de l'environnement, à la sécurité alimentaire et à une agriculture durable, à l'amélioration de l'état de santé des populations ainsi qu'au progrès de la science et de la technologie. Il est donc nécessaire en ce sens de prévoir une protection juridique par le biais de la propriété intellectuelle dans le cadre d'un système adapté « *aux spécificités des savoirs traditionnels, et dire que le contexte collectif ou communautaire, le caractère intergénérationnel de leur développement, de leur préservation et de leur transmission, leur relation avec l'identité, l'intégrité, les croyances, la spiritualité et les valeurs culturelles et sociales d'une communauté et leur évolution constante au sein de la communauté concernée* ».³⁹² Le législateur a entendu prendre en compte les objectifs généralement recherchés par la protection des savoirs traditionnels. Ainsi, il reconnaît la nécessité d'une protection « *effective et efficace* »³⁹³ des savoirs traditionnels en vue d' « *empêcher l'octroi et l'exercice de droits de propriété intellectuelle indus sur les savoirs traditionnels et les ressources génétiques associées ainsi que sur les produits qui en sont dérivés* »³⁹⁴. Par ailleurs, le législateur reconnaît que « *la protection doit tenir compte de la nécessité de maintenir un équilibre équitable entre les droits et intérêts de ceux qui développent, préservent et perpétuent les savoirs traditionnels, d'une part, et de ceux, qui les utilisent et en tirent avantage, d'autre part* ».³⁹⁵

ii- Le régime de la protection prévu par l'accord

161. D'après l'article 1 alinéa 1, l'accord a pour objet la protection des détenteurs de savoirs traditionnels contre toute atteinte aux droits qui leur sont reconnus. Il ne saurait être interprété comme limitant ou tendant à définir les conceptions historiques très diverses de ces savoirs dans les milieux traditionnels. C'est dire que l'adoption de l'accord n'exclut pas le recours à toute autre mesure de protection qui serait prise en vue de protéger un ou plusieurs aspects touchant aux savoirs traditionnels. L'accord doit être interprété et appliqué compte tenu de la nature dynamique, évolutive et innovante des systèmes de savoirs traditionnels.³⁹⁶ L'article 1 alinéa 3 de l'accord définit le savoir traditionnel comme « *tout savoir issu d'une communauté autochtone ou traditionnelle qui résulte*

³⁹² Lire le Préambule de l'Accord relatif à la protection des savoirs traditionnels, additif à l'Accord de Bangui adopté le 26 juillet 2007 à Niamey par le Conseil des Ministres des Etats membres de l'OAPI.

³⁹³ *Ibidem*

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ Lire le Préambule de l'Accord relatif à la protection des savoirs traditionnels, additif à l'Accord de Bangui adopté le 26 juillet 2007 à Niamey par le Conseil des Ministres des Etats membres de l'OAPI, précité.

³⁹⁶ Article 1 alinéa 1 de l'Accord relatif à la protection des savoirs traditionnels, additif à l'Accord de Bangui adopté le 26 juillet 2007 à Niamey par le Conseil des Ministres des Etats membres de l'OAPI.

d'une activité intellectuelle et d'une sensibilité ayant pour cadre un contexte traditionnel et comprend le savoir-faire, les techniques, les innovations, les pratiques et l'apprentissage, ledit savoir s'exprimant dans le mode de vie traditionnel d'une communauté et d'un peuple ou étant contenu dans les systèmes de savoirs codifiés transmis d'une génération à l'autre ».

162 Il est bien entendu que le savoir traditionnel n'est pas limité à un domaine technique spécifique et peut s'appliquer à un savoir agricole, écologique, médical ou à un savoir associé à des ressources génétiques : (article 1 alinéa 3 in fine). Il ressort de la lecture de l'accord que certaines conditions de forme et de fond doivent être respectées pour pouvoir bénéficier de la protection offerte par celui-ci.

163 Sur la forme, la grande particularité du mode *sui generis* de protection de l'OAPI est *l'absence de formalité* pour la protection des savoirs traditionnels³⁹⁷. Cette grande souplesse est encadrée par des exigences de transparence et de preuve de la propriété des savoirs. Cet encadrement doit être mis en œuvre par les autorités étatiques compétentes qui pourront par exemple tenir des registres ou procéder à d'autres types d'enregistrement des savoirs traditionnels³⁹⁸. Dans cette perspective, les formalités d'une telle reconnaissance pourraient suivre le même cheminement que celui prévu dans les lois nationales pour la protection du patrimoine culturel³⁹⁹. En ce qui concerne *le droit à la protection*, l'accord consacre un mode de protection singulier qui n'existe en principe pas dans les mécanismes classiques de propriété intellectuelle. C'est que, désormais, le bénéficiaire de la protection peut être un individu comme c'est classiquement le cas ou une communauté toute entière. En vertu de l'article 4 de l'accord, « *les titulaires des droits sont les détenteurs des savoirs traditionnels, à savoir, les communautés autochtones ou traditionnelles et, le cas échéant, les personnes reconnues en leur sein qui créent, préservent et transmettent les savoirs dans un contexte traditionnel et intergénérationnel...* ». L'on a souligné plus haut la difficulté qui pourrait résulter de la mise en œuvre du deuxième critère de protection relatif au caractère distinctif du savoir par rapport à une communauté autochtone ou traditionnelle.

164 De fait, la paternité d'un savoir traditionnel pourrait être revendiquée par des communautés de pays distincts. L'existence d'une telle hypothèse est d'autant plus envisageable que les frontières des Etats membres de l'OAPI sont héritées de la colonisation. Pour les tracer, les colonisateurs ne

³⁹⁷ Article 3 alinéa 1 de l'Accord précité.

³⁹⁸ Article 3 alinéa 2 de l'Accord précité.

³⁹⁹ V. par exemple J. FOMETEU, *op. cit.*, pp. 51 et ss. V. aussi P. NKOU MVONDO, « La protection des biens corporels du patrimoine national », *JP* n°52, Octobre-Novembre-Décembre 2002, pp. 55-60.

tenaient pas compte des particularismes culturels des groupements autochtones. Par conséquent, il est fréquent qu'un groupe de personnes ayant pratiquement les mêmes traditions et langues se retrouve dans plus d'un pays. Le législateur OAPI sans exclure la possibilité de protection renvoie cependant la solution à la compétence d'organisations régionales⁴⁰⁰ : « *Des organisations régionales peuvent être chargées de résoudre les cas de revendications concurrentes de communautés de pays différents à l'égard des savoirs traditionnels. De telles organisations utiliseront pour ce faire, entre autres, le droit coutumier, des sources d'informations locales, des modes extrajudiciaires de règlement des litiges et tout autre dispositif pratique de ce type qui pourraient s'avérer nécessaires* ».

165. Bien que le législateur OAPI ne précise pas le type d'organisation régionale, on pense qu'il peut s'agir de toute organisation régionale d'intégration existante et compétente pour traiter de questions touchant aux communautés autochtones ou traditionnelles ou de toute organisation *ad hoc* instituée à cet effet. En ce qui concerne *les effets de la protection*, l'accord octroie au titulaire du droit sur un savoir traditionnel un *monopole exclusif pour exploiter et diffuser son savoir*. L'exploitation pourra consister en l'acte de fabriquer, importer, détenir ou offrir en vente, vendre et utiliser le produit ou le procédé en dehors de son contexte traditionnel. Les cessions et les licences portant sur le savoir protégé sont soumises à un certain formalisme, c'est-à-dire aux règles de droit commun régissant la vente. Elles ne concernent que les détenteurs personnes physiques ; un savoir traditionnel appartenant à une communauté autochtone ou traditionnelle ne peut être cédé. Elles doivent être faites à peine de nullité sous forme écrite et soumises à l'approbation de l'autorité étatique compétente. Cette disposition suggère que la propriété du détenteur d'un savoir traditionnel n'est pas tout à fait acquise puisque certains actes portant sur son droit doivent être soumis à l'approbation de l'Etat.

166. *La durée de la protection* d'un savoir traditionnel obéit à un double régime. D'une part, elle est *illimitée lorsque le titulaire du droit est une communauté*, sous réserve du respect des critères de protection.⁴⁰¹ D'autre part, elle est de *25 ans à compter de l'exploitation du savoir en dehors de son contexte traditionnel lorsque le détenteur du droit est une personne physique*.⁴⁰² Dans tous les cas, l'on relèvera que la durée de protection d'un droit sur le savoir traditionnel est bien plus élevée que celle de droit commun de 20 ans consacrée dans le cadre de la protection offerte par le droit des brevets. Dans le dernier cas, l'on peut déduire qu'après 25 ans, le savoir traditionnel tombe dans le

⁴⁰⁰ Article 15 alinéa 1 de l'Accord relatif à la protection des savoirs traditionnels, additif à l'Accord de Bangui adopté le 26 juillet 2007 à Niamey par le Conseil des Ministres des Etats membres de l'OAPI.

⁴⁰¹ Article 11 alinéa 1 de l'Accord relatif à la protection des savoirs traditionnels, additif à l'Accord de Bangui adopté

le 26 juillet 2007 à Niamey par le Conseil des Ministres des Etats membres de l'OAPI.
⁴⁰² Article 11 alinéa 2 de l'Accord précité.

domaine public et peut être utilisé par toute personne intéressée. Pendant la durée de la protection, aucun mécanisme de sanction n'a été effectivement prévu par l'accord. Ce qui peut susciter des interrogations quant à la portée réelle ou éventuelle de cet instrument.

167. S'agissant du fond, trois critères de protection sont prévus par l'article 2 précité de l'accord. Ainsi, doivent être protégés, les savoirs traditionnels qui sont *engendrés, préservés et transmis dans un contexte traditionnel, et intergénérationnel*⁴⁰³. C'est le critère généralement admis par l'accord en ce qui concerne l'identification même du savoir traditionnel qui est transmis à ses détenteurs de génération en génération. Ensuite, les savoirs traditionnels qui sont *associés de façon distinctive à une communauté autochtone ou traditionnelle*⁴⁰⁴. Le savoir traditionnel bénéficie de la protection s'il peut être rattaché de façon distinctive à une communauté autochtone ou traditionnelle à l'exclusion d'autres communautés. Ce critère peut être difficile à réaliser en cas de revendications concurrentes de communautés de pays différents. Pour rappel, le législateur OAPI a opportunément prévu un mécanisme pour pallier cette difficulté ainsi qu'il a été traité plus haut⁴⁰⁵. Enfin, les savoirs traditionnels qui sont *indissociablement liés à l'identité culturelle d'une communauté autochtone ou traditionnelle qui est reconnue comme détenant ces savoirs en tant que dépositaire, gardien ou entité investie d'une propriété ou d'une responsabilité culturelle collective en la matière*⁴⁰⁶. C'est-à-dire qu'un savoir qui ne se rattache en rien à l'identité d'une communauté autochtone ou traditionnelle ne saurait bénéficier de la protection prévue par l'accord. Nous pouvons envisager qu'en général, un tel savoir serait la propriété d'un individu ou d'un groupe d'individus qui pourraient alors le faire protéger par les mécanismes classiques de protection de la propriété intellectuelle. Le lien avec l'identité culturelle peut être établi officiellement ou de manière informelle par les pratiques, les lois ou les protocoles coutumiers.

2- L'absence de clarté du rôle de l'OAPI dans le mécanisme de protection envisagé

168. L'OAPI en tant qu'institution en charge de la propriété intellectuelle joue un rôle central en la matière dans les pays membres. En matière d'inventions par exemple, elle est l'organisme chargé de l'octroi des titres de brevets. En ce qui concerne les savoirs traditionnels, ceux-ci lui

⁴⁰³ Article 2 a) de l'Accord relatif à la protection des savoirs traditionnels, additif à l'Accord de Bangui adopté le 26 juillet 2007 à Niamey par le Conseil des Ministres des Etats membres de l'OAPI.

⁴⁰⁴ Article 2 b) de l'Accord précité.

⁴⁰⁵ Supra n°118.

⁴⁰⁶ Article 2 c) de l'Accord précité.

échappent totalement. Il est prévu dans l'accord que la protection des savoirs traditionnels n'est soumise à aucune formalité. En d'autres termes, l'OAPI n'a pas à constater d'une manière quelconque l'existence de droits portant sur les savoirs traditionnels. A la rigueur, l'on peut penser que l'Organisation ne serait purement et simplement pas au courant de l'existence de tels droits.

169. Pour la plupart des dispositions pratiques relatives à la mise en œuvre de la protection, l'additif renvoie à la compétence des autorités nationales, sans qu'il ait seulement besoin de notifier l'existence de telles mesures à l'OAPI. L'intervention de l'Organisation n'est visible ni au moment de la naissance des droits sur un savoir traditionnel, ni au moment de la mise en œuvre, ni au moment éventuellement de l'extension de ces droits. C'est dire que finalement, on ne voit pas apparaître le rôle que l'Organisation serait amenée à jouer de manière active ou passive dans la protection accordée par l'accord. Nous pouvons donc nous interroger sur la valeur que le législateur a voulu accorder à l'accord en tant qu'instrument juridique.

170. En dépit du fait que l'OAPI ait opté pour le système classique de protection en ce qui concerne le domaine pharmaceutique, force est de constater que les savoirs traditionnels, notamment ceux relatifs à la pharmacopée africaine, s'adaptent mal à ces mécanismes internationaux ce qui met en évidence la nécessité d'une solution originale concernant la protection de tels savoirs traditionnels. L'objectif de ce point étant de proposer dans un environnement marqué par des échanges commerciaux et scientifiques multilatéraux de plus en plus complexes en plus du développement de l'industrie pharmaceutique, une méthodologie de reconnaissance et de protection des droits des détenteurs de savoirs en matière de pharmacopée traditionnelle africaine. Ce système de protection adopté par l'OAPI, ne pouvant pas couvrir la protection de tous les savoirs traditionnels parce que inadapté aux réalités africaines, met en péril une partie de ceux-ci en les livrant aux pillages systématique et sauvage de la part des industries pharmaceutiques au détriment des potentiels détenteurs des savoirs traditionnels. Comment pourrait-on défendre les atteintes portées aux savoirs traditionnels qui ne rempliraient pas les conditions classiques de protection internationales?

TITRE II : LES ACTES CONSTITUTIFS DE LA CONTREFAÇON

171. Il est indéniable que la majorité des marchés africains sont soumis à une réglementation diverse qui, malheureusement, n'est pas toujours adaptée à la nature du délit de contrefaçon de médicaments. Ainsi, dans cette multitude de législations, pour la plupart héritées de la colonisation et donc inadaptées parce que le plus souvent surannées, il n'est pas toujours aisé d'identifier la norme appropriée en cas de contrefaçon de médicaments. Cette situation pour le moins inacceptable, oblige les autorités judiciaires à recourir fréquemment à une même législation pour réprimer la piraterie de CD, la contrefaçon de marque, de brevet ou de médicaments. Pour mieux cerner cet environnement juridique pour le moins complexe, il convient d'abord d'analyser la diversité des actes de contrefaçon dont certains relèvent des droits nationaux (**Chapitre I**) et d'autres de l'Accord de Bangui (**Chapitre II**).

CHAPITRE I : LES ACTES DE CONTREFAÇON RELEVANT DES DROITS NATIONAUX

172 Il s'agira dans cette partie de relever et d'analyser les actes de contrefaçon en droit de marque et de brevet énoncés dans certaines législations des pays francophones de l'UEMOA (**Section 1**) et apprécier les limites de l'incrimination des actes de contrefaçon (**Section 2**).

Section 1 : L'analyse du régime juridique en matière de contrefaçon

173 Les actes de contrefaçon sont multiples et différents selon les législations des pays concernés (**Paragraphe 1**), mais aussi selon le domaine de la propriété intellectuelle qu'il touche. Il conviendra aussi de les différencier selon la gravité de l'acte posé (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1- La diversité des actes de contrefaçon relevant des droits nationaux

174 Pour faciliter la classification des actes de contrefaçon, il est important de déterminer les éléments constitutifs (**A**) avant de les repartir en deux catégories (**B**).

A- Les éléments constitutifs du délit de contrefaçon

175 Le délit de contrefaçon est défini comme toute atteinte au droit du titulaire par quelques moyens que ce soit au mépris des lois et règlements relatifs au droit de la propriété intellectuelle. Le délit de contrefaçon est soumis comme tous délits à la triple condition que sont, l'existence d'un fait matériel délictuel (**1**), l'intention coupable de son auteur (**2**) et tout cela sous tendu par un fondement légal (**3**).

1- L'élément matériel

176 Pour qu'une action en contrefaçon soit recevable, l'objet contrefait doit être protégé par le droit de la propriété intellectuelle. Une création est protégée par le droit de la propriété intellectuelle dès lors qu'elle est remplie les conditions qui s'y rattachent.⁴⁰⁷ En principe, le droit pénal ne réprime pas les infractions pour le simple fait qu'il y a eu une intention criminelle. Elles

⁴⁰⁷ V. supra n°43 et n°56.

ne pourront être réprimées que lorsque, leur commission aboutit à un résultat « *pas d'infraction sans activité matérielle* » c'est-à-dire par un comportement pénal qui révèle la faute pénale ou l'intention criminelle. C'est le comportement pénal déterminant un résultat dommageable qui constitue l'élément matériel de l'infraction consommée. Par exemple en matière de contrefaçon, l'élément matériel sera caractérisé par la commission d'un acte relevant soit des droits nationaux soit de l'Accord de Bangui que nous développerons ci-après.

2- L'élément moral

177. Le délit de contrefaçon est une infraction intentionnelle qui suppose l'intention coupable de son auteur pour être caractérisé. L'intention coupable est présumée dès lors que la matérialité des faits est établie⁴⁰⁸ et il appartient au présumé contrefacteur de rapporter la preuve de sa bonne foi pour échapper aux sanctions pénales⁴⁰⁹. Toutefois, même si le contrefacteur prouve sa bonne foi, il engage sa responsabilité civile et doit réparer le dommage causé. En effet, pour les juges la responsabilité civile en cas de contrefaçon est caractérisée "indépendamment de toute faute ou mauvaise foi, par la reproduction ou une quelconque atteinte à un droit de propriété intellectuelle".⁴¹⁰. Cependant, la Cour de cassation a déjà admis que la responsabilité civile puisse être écartée si le présumé contrefacteur prouve que les similitudes résultent d'une rencontre fortuite ou qu'elles proviennent d'une même source d'inspiration⁴¹¹.

3- L'élément légal

178 L'élément légal est un texte appelé texte d'incrimination, qui décrit un comportement, un acte et prévoit une peine. C'est le principe de légalité des délits et des peines « *nullum crimen nulla poena sine lege* ». Il signifie que nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi. Si ce texte existe à propos d'un acte donné, l'élément légal existe et l'infraction pourra être punie sinon il ne s'agira pas d'une infraction. Il est prévu par les différents codes pénaux des Etats membres de l'OAPI.

⁴⁰⁸ Cass, crim. 5 mai 1981. RIDA, janv. 1982, p. 179.

⁴⁰⁹ Cass, crim. 12 fév. 1969.

⁴¹⁰ Cass, civ. 29 mai 2001 ; CA Versailles. 14 janv. 2010.

⁴¹¹ Cass, civ. 16 mai 2006.

B- Les différentes catégories d'actes sanctionnables dans les législations nationales

179. Nous les avons classé en fonction de leur nature en actes pénalement sanctionnés (1) et civilement sanctionnés (2).

1- Les actes pénalement sanctionnés

180. La reproduction est un acte d'exploitation notamment de marque ou de brevet qui s'il est réalisé sans autorisation du titulaire de droit devient acte de contrefaçon. Cet acte n'est pas visé expressément dans tous les codes pénaux de tous les Etats francophones de l'UEMOA. Elle est notamment citée dans les codes pénaux du Burkina Faso⁴¹², Benin⁴¹³, du Sénégal⁴¹⁴, Niger⁴¹⁵ et du Togo⁴¹⁶ en tant qu'acte de contrefaçon en violation seulement du droit de marque et du droit d'auteur. Néanmoins, c'est en tant qu'acte de contrefaçon en violation de la marque que la reproduction s'est le plus illustrée puisqu'il n'y a pas dans les codes pénaux de textes se référant à la reproduction en tant qu'atteinte au droit de brevet. La reproduction du bien immatériel régulièrement protégé peut être servile ou quasi-servile, dans les deux cas, elle est *de facto* considérée comme un acte de contrefaçon peu importe, s'il y a risque de confusion ou pas, selon la jurisprudence française⁴¹⁷. Si un terme adopté en référence à une marque enregistrée est suffisamment explicite pour qu'aucune confusion ne soit possible, il n'en reste pas moins que la reproduction quasi-servile de la marque a été faite sans autorisation du titulaire et constitue une contrefaçon⁴¹⁸.

181. L'imitation est aussi un acte de contrefaçon récurrent, il s'agit d'emprunter des éléments de la marque d'autrui ou du brevet de sorte à provoquer un risque de confusion dans l'esprit du consommateur lambda. Toutefois, l'interprétation par le juge d'une imitation de marque peut être délicate lorsqu'il s'agit des signes distinctifs communs à un groupe de marque, par exemple, le sigle « TV » pour les marques de télévisions.

⁴¹² Article 614-4 de la Loi N°025-2018/an portant code pénal.

⁴¹³ Article 712 de la loi n°2018 du 28 décembre 2018 portant code pénal en république du Bénin.

⁴¹⁴ Article 398 de la Loi de base N° 65-60 du 21 juillet 1965 portant code pénal.

⁴¹⁵ Article 373 de la Loi N° 2003-25 du 13 juin 2003 modifiant la loi n° 61-27 du 15 juillet 1961, portant institution du Code pénal. Tel qu'amendé par la loi No. 2008-18.

⁴¹⁶ Article 483 de la loi n°2015-10 du 24 novembre 2015 portant nouveau code pénal.

⁴¹⁷ Tribunal de Grande Instance, Marseille, 1^{ère} Ch. Civ., 11 juin 2003, SA Escota c/ Sté Lycos, sté Lucent Technologies, M. Nicolas B.

⁴¹⁸ Tribunal de Grande Instance, Marseille, 1^{ère} Ch. Civ., 11 juin 2003, SA Escota c/ Sté Lycos, sté Lucent Technologies, M. Nicolas B., précité.

182 L'apposition est l'action d'apposer sur son produit une marque enregistrée appartenant à autrui dans le but de tromper le consommateur en lui faisant croire que les produits sont similaires. Il est important de signifier que l'acte est considéré comme étant une contrefaçon que si les produits sont de la même catégorie. Par exemple, si une marque d'un produit alimentaire est apposée sur une marque de produits électriques, on ne saurait qualifier cela de contrefaçon.

183 L'usage illicite, la vente ou l'offre est le fait d'utiliser, de vendre ou mettre en vente, d'offrir une marque ou toute œuvre contrefaite est un acte de contrefaçon. Ce sont des actes indirects d'atteinte aux droits de la propriété intellectuelle. La représentation, la diffusion, la traduction ou l'adaptation sont des actes de contrefaçon qui concernent particulièrement le domaine de la propriété littéraire et artistique. Ce sont des violations des droits d'auteurs et droits connexes, lorsque ces actes sont posés sans l'autorisation des titulaires de droit. Ils sont reconnus dans tous les codes pénaux des Etats francophones de l'UEMOA. Les atteintes portées aux droits de propriété intellectuelle entraînent nécessairement la responsabilité civile du contrefacteur.

184 Le silence de la quasi-totalité des codes pénaux en vigueur dans l'espace UEMOA sur les atteintes portées aux droits du breveté pourrait laisser croire qu'elles ne sont pas constitutives d'actes de contrefaçon alors qu'il n'en est rien. De là s'en suit que l'on puisse exiger, compte tenu du caractère prévisible du Droit, qu'il soit possible de connaître en toute sécurité et à l'avance, à quel fait est reliée la peine. C'est le principe classique de la légalité⁴¹⁹ des peines en vertu duquel, « *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenale* » qui signifie qu'il ne peut y avoir aucun crime ni aucune peine sans qu'il ait été adopté une loi pénale préalable. Au regard de ce qui précède, le fait de ne pas expressément prévoir dans les codes pénaux des Etats membres de l'UEMOA, les actes de contrefaçon liés au brevet et les réprimer comme tels, est une violation flagrante dudit principe. L'application par extension de la loi sanctionnant les atteintes au droit de marque au brevet est une application par analogie alors même interdite en droit pénal. Il convient d'interpeller les législateurs de chacun des Etats membres de l'UEMOA sur la nécessité de combler ce vide juridique pour la crédibilité des sanctions relatives aux atteintes du droit des brevets voire même l'ensemble des droits de propriété intellectuelle.

2- Les actes civilement sanctionnés

⁴¹⁹ Décision n°80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, Sécurité et Liberté.

185 En raison de l'absence de texte spéciaux en la matière, l'action en responsabilité civile est fondée sur les articles 1382 et suivants du code civil ivoirien et complète utilement la protection que l'action en contrefaçon assure contre les atteintes directes à la marque et aux droits du breveté. Il faut préciser que cet article susvisé, est aussi celui en vigueur dans les autres Etats membres de l'UEMOA. L'action en responsabilité civile peut servir, par exemple, à atteindre des actes de dénigrement commis en dehors de la concurrence et qui sortent des limites de la liberté d'expression comme dans le cadre d'une campagne de prévention du tabagisme ou d'un conflit social. C'est sous la forme de l'action en concurrence déloyale qui permet classiquement de sanctionner les actes de déloyautés qui accompagnent la contrefaçon que nous nous y intéresserons ici. En effet, constitue un acte de concurrence déloyale, tout acte ou pratique, qui dans l'exercice d'activité industrielle ou commerciale crée ou est de nature à créer une confusion, à porter atteinte à l'image ou à la réputation, à induire le public en erreur, à discréditer l'entreprise d'autrui, à entraîner la divulgation, l'acquisition ou l'utilisation d'une information confidentielle sans le consentement de la personne, à désorganiser l'entreprise concurrente d'autrui ou ses activités, en particulier avec les produits ou services offerts par cette entreprise. Ces actes constitutifs de concurrence déloyale sont expressément prévus par des textes spéciaux dans la majorité des Etats membres de l'UEMOA.⁴²⁰

186 Toute personne physique lésée ou susceptible d'être lésée par un acte de concurrence déloyale dispose de recours légaux devant un tribunal d'un Etat membre et peut obtenir des injonctions, des dommages et intérêts et toutes autres réparations prévues par le droit civil.⁴²¹ Cependant, l'action en concurrence déloyale et l'action en responsabilité fondée sur la théorie des agissements parasitaires peuvent compléter l'action en contrefaçon dont elles sont distinctes par leur nature et leurs conditions⁴²². La concurrence déloyale est constitutive de faute qui engage la responsabilité de leurs auteurs, si elles ont causé un dommage⁴²³ alors que l'action en contrefaçon est destinée à protéger le droit de propriété du titulaire de la marque. Il s'en suit qu'on ne peut pas

⁴²⁰ V. respectivement par exemple les Articles 23 et 24 de l'ordonnance n°2013-662 du 20 septembre 2013 relative à la concurrence en Côte d'Ivoire, l'article 18 du décret n°2014-549 du 24 septembre 2014 de la loi portant organisation de la concurrence au Bénin, les articles 45 et 46 de la loi n°016-2017/AN portant organisation de la concurrence au Burkina Faso, les Articles 21 et 22 de la loi n°2019-56 du 22 novembre 2019 portant organisation de la concurrence au Niger et les Articles 57, 58 et 59 du Décret n°2018-0332/P-RM du 04 avril 2018 fixant les modalités d'application de la loi portant organisation de la concurrence.

⁴²¹ Article 1^{er} de l'Annexe VIII de l'Accord de Bangui.

⁴²² F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété industrielle*, éd. Economica, 2005, p. 1063.

⁴²³ La jurisprudence considère souvent que le préjudice découle nécessairement de l'existence des actes de déloyauté, qu'il y a là au moins un trouble commercial et un préjudice moral ce qui facilite l'action de la victime : Cass. Com. 27 février 1996, D. 1997, Som. Cass. Com. 104, OBS. Y. SERRA ; Cass. Com. 9 février 1993, Bull. civ. IV, n°53.

fonder une action en concurrence déloyale sur les mêmes faits⁴²⁴ que l'action en contrefaçon et que l'action en concurrence déloyale ne peut pas servir à constituer ou reconstituer un monopole en lieu et place d'un droit de marque.⁴²⁵ En revanche, si le titulaire de la marque établit que le contrefacteur a aussi commis des actes de déloyauté distincte de la contrefaçon elle-même⁴²⁶, alors une action en concurrence déloyale peut être accueillie. Elle ne se substitue pas à l'action en contrefaçon, mais plutôt la complète.⁴²⁷ Ainsi, le titulaire de la marque (mais aussi du brevet) peut succomber dans une action en contrefaçon parce que sa marque est, par exemple, dépourvue de caractère distinctif, tout en obtenant la condamnation, pour concurrence déloyale ou parasitaire du concurrent qui a créé un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle en se plaçant dans son sillage, en reprenant, sans aucune nécessité, l'emballage ou le code de couleurs choisis par le demandeur pour présenter ses produits.⁴²⁸

187. Dans l'espace UEMOA, par exemple en Côte d'Ivoire, l'action en concurrence déloyale (c'est-à-dire la faute dommageable) avant la création du tribunal de Commerce ⁴²⁹était associée systématiquement à l'action en contrefaçon. Il était impensable pour les auxiliaires de justice (Avocats, mandataires agréés en droit de la propriété intellectuelle, etc.) de les dissocier lors de la saisine du tribunal compétent. Ainsi, en cas de survenance d'un acte de contrefaçon, la victime portait son action, en l'occurrence, devant le tribunal pénal alors même que l'Accord de Bangui du 24 février 1999 dispose que « *Les actions civiles ainsi que toutes contestations relatives à la propriété des brevets, marques et tous autres droits de propriété intellectuelle, sont portées devant les tribunaux civils.* »⁴³⁰ Ne faut-il comprendre à l'analyse de ce texte que l'action en contrefaçon doit être exclusivement portée devant le tribunal civil au sens propre du terme ou percevoir dans cette terminologie la désignation du tribunal compétent en général ? L'ambiguïté de ce texte cause des difficultés dans la précision de la saisine du tribunal compétent en matière de contrefaçon. En effet, cette situation relative à la compétence du tribunal en matière de contrefaçon est due à la

⁴²⁴ Cass. Com., 30 mai 2007, *PIBD*. 2007, n°857-III-507 ; Cass. Com. 20 février 2007 « Auchan contre Leonidas », Bull. civ. IV n°59 p. 62.

⁴²⁵ Cass. Civ. 30 janvier 1922, *Annales*, 1922, p. 120, D.P. 1925. I. 88 ; ROUEN, 9 janvier 1923, *Annales*, 1923, p. 183 obs. G. MAILLARD, J.-J. BURST, *La reconstitution des monopoles de propriétés industrielles par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : mythe ou réalité ?* Mélanges, P. MATHELY, 1990 p. 93.

⁴²⁶ J. PASSA, « Contrefaçon et concurrence déloyale », éd. Litec, 1997, n°254 et ss.

⁴²⁷ Sur la question du caractère subsidiaire ou complémentaire de l'action en concurrence déloyale, cf. *Ibidem*, n°177 et s.

⁴²⁸ Paris, 15 octobre 1999, « Kraft Jacobs Suchard c. Nestlé », *PIBD* 2000 n° 689-III-14.

⁴²⁹Décret n°2012-628 du 6 juillet 2012 portant création du Tribunal de Commerce d'Abidjan et fixant son ressort territorial et la Loi organique n°2014-424 portant création, organisation et fonctionnement des juridictions de Commerce en Côte d'Ivoire. Depuis cette date, tous les faits de concurrence déloyale occasionnés par des actes de contrefaçon sont systématiquement portés devant ledit Tribunal.

⁴³⁰ Articles 47 de l'Annexe III et 44 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui du 24 février 1999.

fragilisation des pouvoirs de l'OAPI dans l'Accord de Bangui de 1999 en tant qu'institution supranationale. Cette affirmation semble être fondée dans la mesure où l'article 3 a) de l'Accord de Bangui de 1999 a été réaménagé dans l'article 5 du nouvel Accord de Bangui du 14 décembre 2015. Les aménagements ont permis de renforcer de manière visible la supériorité du droit OAPI par rapport au droit national et de manière plus subtile, la place du droit OAPI par rapport aux autres conventions internationales. A l'égard de la place du droit OAPI face aux droits nationaux, l'alinéa 1 de l'ancien article 3 précité n'a pas été modifié, mais a vu sa portée précisée dans un nouvel alinéa. Selon cette disposition inspirée du droit OHADA, « *Dans les Etats membres, le présent Accord et ses Annexes tiennent lieu de lois relatives aux matières qu'ils visent. Ils y abrogent ou empêchent l'entrée en vigueur de toutes les dispositions contraires* ». L'affirmation de la supériorité du droit OAPI par rapport aux droits nationaux ne fait plus de doute puisque désormais, tous les débats autour de la nature juridique de l'Accord de Bangui sont définitivement tranchés.

Paragraphe 2 - La prise en compte de la gravité des actes de contrefaçon

188 La commission des actes de contrefaçon cause des dommages à la victime. Il faut dire que la contrefaçon au sens large est réprimée de manière disparate dans le cadre des législations internes de chaque Etat membre de l'UEMOA par des lois pénales et civiles en plus d'autres dispositions pertinentes prévues par l'Accord de Bangui qui feront l'objet d'un développement ultérieur. La gravité des actes de contrefaçon diffère selon que nous soyons en droit pénal (**A**) ou en droit civil (**B**).

A- La prise en compte de la gravité des actes de contrefaçon en droit pénal

189. Gravité et droit pénal sont consubstantiellement liés. La gravité est même au fronton du code pénal : « *Les infractions sont classées suivant leur gravité en crime, délit et contravention* ». ⁴³¹ Ainsi, pour illustrer cette assertion, on retiendra notamment, à titre d'exemple, cinq Etats membres de l'UEMOA dont la Côte d'Ivoire (**1**), le Burkina Faso (**2**), le Togo (**3**), le Mali (**4**) et le Niger (**5**).

⁴³¹ Article 3 du code pénal ivoirien institué par la loi n°2019-574 du 26 juin 2019.

1- La gravité des actes de contrefaçon selon le code pénal ivoirien

190 La Côte d'Ivoire se réfère au droit pénal national pour sanctionner la contrefaçon de marque⁴³² et de propriété artistique ou littéraire⁴³³. Cependant, elle a recours à l'Accord de Bangui pour réprimer la contrefaçon de brevet. En effet, la loi n°81-640 du 31 juillet 1981, instituant le Code Pénal modifié par les lois n°95- 522 du 6 juillet 1995, 96-764 du 3 octobre 1996, 97-398 du 11 juillet 1997, 98-716 du 23 décembre 1998, 2008-222 du 4 août 2008, les ordonnances 2013-659 et 2013-660 du 20 septembre 2013, de la loi n°2015-134 du 9 mars 2015 et la loi n°2019-574 du 26 juin 2019 publiée au Journal Officiel n°9 spécial du 10 juillet 2019, consacrent en ces sections 4 et 6 du chapitre IX intitulé « *Atteintes à l'Economie Publique* », des dispositions qualifiant la contrefaçon de délit dans le cadre susvisé. Ces dispositions législatives et réglementaires prévoient en outre des sanctions et des amendes aux articles 343 et 346 à 349 du Code Pénal à l'encontre de l'auteur du délit de contrefaçon.⁴³⁴

⁴³² Article 343 du nouveau code pénal ivoirien.

⁴³³ Les Articles 346 à 349 du nouveau code pénal ivoirien.

⁴³⁴ Article 319 du Code Pénal portant sur les actes de contrefaçons et fraudes en matière commerciale « sont punis d'une amende de 100.000 à 1000000 de francs et d'un emprisonnement de trois mois à trois ans ou l'une de ces deux peines seulement : 1° ceux qui contrefont une marque de fabrique, de service ou de commerce ou ceux qui frauduleusement apposent une telle marque appartenant à autrui ; 2° ceux qui font usage d'une marque sans autorisation de l'intéressé même avec l'adjonction de mots tels que "formule façon, système imitation, genre. Toutefois, l'usage d'une marque faite par les fabricants d'accessoires pour indiquer la destination du produit n'est pas punissable ; 3° ceux qui détiennent sans motif légitime des produits qu'ils savaient revêtus d'une marque contrefaite ou frauduleusement apposée ou ceux qui sciemment vendent, mettent en vente, fournissent ou offrent de fournir des produits ou des services sous une telle marque ».

L'article 320 du code pénal « Est puni d'emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 100.000 à 1.000.000 de francs ou l'une de ces deux peines seulement, celui qui détourne la clientèle d'autrui en matière civile, commerciale ou industrielle : 1° En usant de titres, signes distinctifs, marques ou dénominations professionnelles inexacts ou fallacieuses pour faire croire à des qualités ou capacités particulières ; 2° En recourant à des mesures propres à faire naître une confusion avec les marchandises, procédés ou produits, activités ou affaires d'autrui ; 3° En dénigrant les marchandises, les procédés, ou les affaires d'autrui ou en donnant sur les siens des indications inexacts ou fallacieuses afin d'en tirer avantage au détriment de ses concurrents ».

Article 321 précise que « Le maximum de la peine est porté au double si le détournement de la clientèle est réalisé : 1° En accordant ou en offrant à des employés, mandataires ou auxiliaires d'autrui des avantages qui ne devaient pas leur revenir afin de les amener à suspendre ou révéler un secret de fabrication, d'organisation ou d'exploitation ; 2° En divulguant ou en exploitant de tels secrets appris ou surpris, dans les conditions visées au paragraphe précédent ».

Article 322 prévoit que « Toute édition d'écrit, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production publiée en Côte d'Ivoire ou à l'étranger, imprimée ou gravée en entier ou en partie, faite de mauvaise foi et au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété littéraire ou artistique, est une contrefaçon punie d'une amende de 100.000 à 1.000.000 de francs. Sont punis de la même peine, le débit, l'exportation et l'importation des ouvrages contrefaits. Est également punie de la même peine toute reproduction, représentation, diffusion, traduction, adaptation par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits d'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. »

Article 323 précise que « la peine est d'un mois à un an d'emprisonnement et de 200.000 à 2.000.000 de francs d'amende, s'il est établi que le coupable s'est livré habituellement aux actes visés, à l'article précédent ».

Article 324 dispose que « les œuvres contrefaites ainsi que les recettes ou parts de recettes ayant donné lieu à confiscation sont remises à l'auteur ou ses ayants droit pour les indemniser d'autant du préjudice qu'ils ont souffert, le surplus de leur indemnité ou l'entière indemnité s'il n'y a eu aucune confiscation de matériel, d'objets contrefaits ou de recettes, est réglé par les voies ordinaires. Le juge peut ordonner, à la requête de la partie civile, la publicité de

191. En matière de sanctions, les peines privatives de liberté varient en fonction de la nature de l'objet de propriété intellectuelle atteint d'un acte de contrefaçon. Ainsi, s'agissant de la contrefaçon de marque (article 343), le code pénal ivoirien prévoit des peines privatives de liberté allant d'un mois à trois ans et une amende de 100.000 à 1.000.000 de francs ou l'une de ces peines seulement. Quant aux atteintes à la propriété artistique ou littéraire (articles 346 à 349), les peines privatives de liberté sont d'un an à 3 ans et d'une amende de 1.000.000 à 10.000.000 de francs (article 346), s'il est établi que le coupable s'est livré habituellement aux actes visés au même article et enfin seulement d'une amende de 500.000 à 5.000.000 de francs. Les dispositions susvisées ne définissent ni ne visent spécifiquement le médicament contrefaisant, mais plutôt les atteintes portées à un droit de marque ou à un droit de propriété littéraire et artistique. Elles sont restrictives du domaine de la propriété intellectuelle dans la mesure où celles-ci semblent limiter ledit domaine seulement à ces deux objets. Il aurait peut-être fallu en raison de la spécificité du médicament, légiférer sur une disposition juridique plus adaptée à la gravité des conséquences qui découlent de l'atteinte portée aussi au droit de brevet et voire même au droit du dessin ou modèle industriel.

192. Enfin, on relève aussi que la Côte d'Ivoire s'est engagée dans la voie de l'adoption de lois et de décrets spécifiques visant à renforcer et à intensifier la lutte contre la contrefaçon en prenant en compte cette fois-ci des atteintes portées aux médicaments. Ainsi, la loi n° 2013-865 du 23 décembre 2013 relative à la lutte contre la contrefaçon et le piratage et la protection des droits de propriété intellectuelle dans les opérations d'importation, d'exportation et de commercialisation des biens et services et du décret d'application n°2014-420 du 9 juillet 2014 fixant les attributions, l'organisation et le fonctionnement créant le Comité National de Lutte contre la Contrefaçon, en abrégé (CNLC) et le décret n°2013-557 du 05 août portant Création, Attribution, Organisation et Fonctionnement du Comité National de lutte contre le trafic illicite et la contrefaçon des Médicaments dénommé COTRAMED ont été créés à cet effet. Ce dernier décret, pris par le Ministère de la Santé, institue un comité spécial de lutte contre la contrefaçon de médicaments et les faux médicaments. C'est certes une avancée notable dans la lutte contre les faux médicaments. Cependant, ce décret présente des faiblesses dans la mesure où les missions assignées au COTRAMED excluent de son champ d'application la question de la propriété intellectuelle alors que cette dernière est étroitement liée à la problématique de la contrefaçon de médicaments. En

la condamnation ».

outre, l'adoption par la Côte d'Ivoire de la loi n°2017-541 du 3 août 2017 relative à la régulation pharmaceutique se présente également comme une avancée notable dans le domaine de la lutte contre notamment les actes de contrefaçon de médicaments en les érigeant en crime⁴³⁵. En tout état de cause, l'option prise par la Côte d'Ivoire relative à l'adoption de lois et de décrets spécifiques visant à renforcer et à intensifier la lutte contre la contrefaçon de médicaments est imitée par des pays comme le Bénin, le Sénégal, le Mali et le Burkina Faso où il existerait des projets de lois spéciales allant dans le même sens en raison du fait que leur application sur le terrain produit les effets escomptés. Il faut noter que cette situation pour le moins inquiétante, semble être en train d'être résolue par la Conférence Internationale des Ordres de Pharmaciens Francophones qui s'est associée à l'association Pharmacie et Aide Humanitaire dans le cadre d'un projet de lutte contre les médicaments falsifiés appelé TRACMED⁴³⁶. Ce projet concerne 4 pays : Bénin, Burkina Faso, Guinée et Mali dont trois (03) d'entre eux sont membres de l'UEMOA. Cependant, la question de fond relative à l'inadéquation du quantum des sanctions et du montant de l'indemnisation applicables en cas de saisine du tribunal pénal pour contrefaçon avérée reste inquiétante en ce sens qu'ils ne sont pas suffisamment dissuasifs. Il faudrait donc renforcer les peines privatives de liberté et les amendes prévues par le code pénal ivoirien afin de soutenir les actions de destructions massives, de saisie et de démantèlement des réseaux criminels actifs dans la contrefaçon.

⁴³⁵ Article 53 de la loi n°2017-541 du 3 août 2017 relative à la régulation pharmaceutique dispose que « Est puni d'un emprisonnement de cinq à dix ans et d'une amende équivalente au triple de valeur marchande des produits pharmaceutiques incriminés, quiconque :

- fabrique, importe, exporte, fourni, stock, distribue ou vend des produits pharmaceutiques contrefaits, faux ou falsifiés ;
- importe, exporte, fourni, stock, distribue ou vend des produits pharmaceutiques en dehors des établissements et du circuit officiel.

Lorsque l'infraction a été commise par une personne morale, la peine est une amende équivalente à cent fois le montant de la valeur marchande des produits pharmaceutique incriminés.

Article 54 précise qu'« Est puni d'une peine privative de liberté de cinq à dix ans et d'une amende de 3.000.000 à 30.000.000 de francs quiconque falsifie tout échantillon prélevé aux termes de la présente loi ».

⁴³⁶ F. LOCHER, « Etude sur les outils juridiques à la disposition des ordres de pharmaciens dans la lutte contre les médicaments falsifiés », PUPH, Université Lyon 1 (ISPB-Faculté de Pharmacie) et Hospices Civils de Lyon, juillet 2015.

2 - La gravité de la violation des droit privatifs selon le code pénal burkinabé

193 La loi n°43-96/ADP du 13 novembre 1996 portant Code Pénal du Burkina Faso et publiée le 12 décembre 1996⁴³⁷ consacre en sa section 8 des dispositions qualifiant la contrefaçon de délit dans le cadre d'opérations d'importations et d'exportations (article 511). Il prévoit en outre des sanctions⁴³⁸ et des dommages et intérêts à l'encontre de l'auteur. En matière de sanctions, il prévoit des peines privatives de liberté allant de deux mois à trois ans d'emprisonnement et d'amendes de 50.000 à 9.000.000 FCFA. Ces peines et ces amendes varient en fonction de la gravité de l'acte commis. C'est à juste titre qu'en son article 61, l'Accord sur les ADPIC, en matière de procédure pénale, prévoit que : *« Les membres prévoiront des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur commis à l'échelle commerciale. Les sanctions incluront l'emprisonnement et/ou des amendes suffisantes pour être dissuasives, et seront en rapport avec le niveau des peines appliquées pour les délits de gravité correspondante. Dans les cas appropriés, les sanctions possibles incluront également la saisie, la confiscation et la destruction des marchandises en cause et de tous matériaux et instruments ayant principalement servi à commettre le délit. Les membres pourront prévoir des procédures pénales et des peines applicables aux autres actes portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle, en particulier lorsqu'ils sont commis délibérément et à une échelle commerciale »*.⁴³⁹ En dépit de ces efforts, force est de constater que le niveau de sanction applicable (peine privative de liberté et d'amende) demeure très faible par rapport aux conséquences engendrées

⁴³⁷ La loi n°43-96/ADP du 13 novembre 1996 portant Code Pénal du Burkina Faso et publiée le 12 décembre 1996.

⁴³⁸ Article 511 « Constitue le délit de contrefaçon et est punie d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 50.000 à 300.000 francs, toute édition d'écrit, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production publiée au Burkina Faso ou à l'étranger, imprimée ou gravée en entier ou en partie, faite de mauvaise foi et au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété artistique ou littéraire. Sont puis de la même peine, le délit, l'exportation et l'importation des œuvres contrefaites. Sont également punis de la même peine, toute reproduction, représentation, diffusion, traduction, adaptation par quelque moyen que ce soit d'une œuvre de l'esprit en violation des droits d'auteur tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. »

Article 512 « La peine est un emprisonnement de six mois à deux ans et une amende de 150.000 à 600.000 francs s'il est établi que le coupable se livre habituellement aux actes visés à l'article précédent ».

Article 513 « Les œuvres contrefaites ainsi que les recettes ou parts de recettes ayant donné lieu à la confiscation sont remises à l'auteur ou à ses ayants droit pour les indemniser d'autant du préjudice qu'ils ont souffert ; le surplus de leur indemnité ou l'entière indemnité, s'il n'y a eu aucune confiscation de matériels, d'objets contrefaits ou de recettes, est réglé par les voies ordinaires. La juridiction saisie peut ordonner à la requête de la partie civile la publication de la condamnation ».

Article 514 « Est puni d'un emprisonnement d'un à trois ans et d'une amende de 300.000 à 900.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement, celui qui révèle sans l'autorisation de celui auquel il appartient, un fait ou un procédé industriel ou commercial dont il a eu connaissance en raison de son emploi.

⁴³⁹ Article 61 de l'Accord sur les ADPIC

par la contrefaçon.

3 - La gravité des atteintes aux droits privatifs selon le code pénal togolais

194 Le droit de la santé semble consacrer une notion large de la contrefaçon indépendante de toute relation à la propriété intellectuelle. En effet, la définition des produits contrefaisants par le code pénal togolais, à l'instar de certains codes pénaux des Etats membres de l'UEMOA, présente des similitudes avec celle proposée par l'OMS et la Directive 2011/62/UE du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin 2011 modifiant la Directive 2001/83/CE instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, en ce qui concerne la prévention de l'introduction dans la chaîne d'approvisionnement légale de médicaments falsifiés, transposée par l'ordonnance n°2012-1427 du 19 décembre 2012 relative au renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments, à l'encadrement de la vente de médicaments sur internet et à la lutte contre la falsification de médicaments. Selon cette ordonnance qui consacre pour la première fois une définition large des médicaments falsifiés: *« tout médicament comportant une fausse représentation de : a) son identité, y compris de son emballage et de son étiquetage, de sa dénomination ou de sa composition s'agissant de n'importe lequel de ces composants, y compris les excipients, et du dosage de ces composants ; b) sa source, y compris de son fabricant, de son pays de fabrication, de son pays d'origine ou du titulaire de son autorisation de mise sur le marché ou c) son historique, y compris des enregistrements et des documents relatifs aux circuits de distribution utilisés. La présente définition n'inclut pas les défauts de qualité non intentionnels et s'entend sans préjudice des violations des droits de propriété intellectuelle »*.

195 Une comparaison avec l'article 848 alinéa 3 du code pénal du Togo révèle que les deux textes partagent en commun deux éléments : une tromperie sur l'identité et/ou la source du médicament (fausse représentation d'identité, de source, de l'historique des produits en question) et le caractère volontaire et frauduleux (défaut non intentionnels). Le maintien des termes *« médicaments contrefaits »* par le législateur togolais traduit une volonté de conserver la notion de contrefaçon en dépit de l'évidence de la falsification. Ce rapprochement juridique est significatif de la manière dont le législateur veut embrasser de manière très large la notion de contrefaçon des médicaments. En droit pénal togolais, la disposition de l'article 848 doit être complétée avec la lecture de celle de l'article 849 qui incrimine : *« Toute personne qui a contribué, favorisé, participé*

directement ou indirectement à l'introduction sur le territoire national de médicaments ou produits faisant l'objet du monopole pharmaceutique qui ne seraient pas enregistrés et autorisés à l'importation ». On remarquera que le commerce international des médicaments est directement pris en compte dans les actes facilitant la prolifération des produits médicaux contrefaisants ou non autorisés. L'ensemble de ces dispositions contribuent au renforcement du contrôle de la totalité de la chaîne d'approvisionnement afin d'éviter les détournements grâce à un certain nombre de mesures dont l'extension de la notion de médicaments falsifiés, la création d'un régime de contrôle de l'activité de pharmacien, le contrôle plus strict de la qualité de fabrication des produits,⁴⁴⁰ le développement des contrôles relatifs à la fabrication, à l'importation⁴⁴¹ et à la distribution de substances actives, incluant notamment un enregistrement spécifique des importateurs fabricants et distributeurs, un contrôle plus strict des activités des grossistes.⁴⁴² Le code pénal togolais marque une certaine spécificité des sanctions relatives à la contrefaçon des médicaments en affirmant que les violations des brevets ou les litiges concernant des brevets ne sont pas assimilés à la contrefaçon des médicaments étant alors soumis aux dispositions du chapitre VI du titre III dudit code (relatives aux violations des droits de propriété intellectuelle) tandis que ce n'est pas le cas des autres Etats membres de l'UEMOA. Cela veut dire que les dispositions spécifiques à la propriété intellectuelle ne manqueront pas d'être appliquées chaque fois que ces droits sont violés. Quant aux produits médicaux, génériques ou de spécialités, dès lors qu'ils ont obtenu une autorisation de mise sur le marché dans un autre Etat, ils ne peuvent être considérés comme des produits médicaux contrefaisants⁴⁴³. Les sanctions en droit communautaire, notamment celles du code pénal du Togo, ne sont pas moins dissuasives que celles prévues par les autres Etats membres de l'UEMOA. Il aurait été indéniablement affligeant et injustifié de laisser les atteintes portées sur le médicament sans sanction dans la mesure où celles-ci peuvent apparaître comme des circonstances aggravantes de la contrefaçon.⁴⁴⁴ Pour le continent africain, en général et pour les Etats membres de l'espace UEMOA, en particulier ; il est impérieux que la sévérité des sanctions à l'égard des infractions relatives aux médicaments contrefaisants soit en adéquation avec la gravité des conséquences sur la santé afin que cette lutte contre ce fléau puisse devenir intelligible et efficace.

⁴⁴⁰ Article 286 du Code togolais de la santé publique.

⁴⁴¹ Article 301 du Code togolais de la santé publique

⁴⁴² Article 279 du Code togolais de la santé publique

⁴⁴³ Article 848 alinéa 4 du code pénal du Togo.

⁴⁴⁴ P. MEYER, « Libre circulation des personnes et des biens dans la CEDEAO », in *Mélanges en l'honneur de CEREXHE*, Larcier, p. 288.

4 - La gravité des actes de contrefaçon selon le code pénal malien

196 L'article 248 du code pénal malien, tel qu'il résulte de la loi n°01-079 du 20 août 2001, condamne la contrefaçon de brevet d'une amende de 50.000 à 15.000.000 FCFA alors qu'à l'égard de la marque prévue par l'article 251 du même code pénal malien, le même législateur punit la contrefaçon d'une amende moins sévère allant de 50.000 à 300.000 FCFA. On pourrait d'ailleurs s'interroger sur la position singulière du législateur malien qui semble, dans sa démarche, vouloir marquer implicitement une hiérarchisation entre la contrefaçon du droit de brevet et celui d'un droit de marque comme si le premier serait plus grave que le second et inversement.

5 - La gravité des actes de contrefaçon selon le code pénal du Niger

197. L'article 372 prévoit à la section V du code pénal de la République du Niger intitulée contrefaçon de brevets et d'œuvres, définit le délit de contrefaçon comme étant « *Toute édition d'écrits, de compositions musicales, de dessins, de peintures ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs* »⁴⁴⁵. En outre, l'article 374 dudit code précise que « *Toute atteinte au droit du bénéficiaire d'un brevet d'invention, soit par la fabrication de produits, soit par l'emploi de moyens faisant l'objet de son brevet, constitue le délit de contrefaçon et sera punie des peines prévues à l'article 372* ». Selon l'article 372 alinéa 2 du code pénal précité, le législateur punit toute violation d'un droit de propriété intellectuelle à une peine d'emprisonnement de quinze (15) jours à six (06) mois et d'une amende de 50.000 à 500.000 de FCFA. A l'analyse, nous constatons que les peines d'emprisonnement et d'amendes appliquées sur le territoire du Niger en cas de contrefaçon sont les mêmes en droit de marque, de propriété littéraire et artistique et du brevet. Nous pensons qu'en matière d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, il ne pourrait avoir une égalité de peine privative de liberté et d'amende. Elles ne devraient pas toutes être appliquées avec une égalité des peines mais plutôt être évolutives en raison par exemple de la gravité des conséquences immédiates des médicaments contrefaisants sur la santé humaine.

⁴⁴⁵ Article 372 du code pénal du Niger.

B - La prise en compte de la gravité des actes de contrefaçon en droit civil

198 En matière civile, la responsabilité est indépendante de la gravité de la faute, l'indemnisation est évolutive, car elle dépend du préjudice subi par le titulaire de droits⁴⁴⁶. Il n'y a pas de différence de régime entre la faute intentionnelle et la faute non-intentionnelle. Autrement dit, l'auteur d'un comportement répréhensible peut savoir, au vu de la gravité de la peine qu'il encourt, à quelle catégorie de gravité son acte appartient. L'acte de contrefaçon ne peut engager des dommages et intérêts de la part du contrefacteur que lorsque les trois conditions cumulatives que sont la faute, le préjudice et l'existence d'un lien de causalité ou de cause à effet entre la faute et le préjudice sont réunies.⁴⁴⁷ En effet, La faute est l'acte posé par le contrefacteur parmi les actes de contrefaçon ci-dessus cités. En droit civil, la mauvaise foi importe peu du moment où la faute entraîne un préjudice chez autrui, en l'occurrence le titulaire des droits de propriété intellectuelle. Traditionnellement, on présente la faute comme étant constituée de trois éléments⁴⁴⁸ : un élément matériel qui est soit un acte positif, c'est-à-dire que l'auteur était interdit d'agir, soit un acte négatif lorsque l'auteur n'a pas agi alors qu'il aurait dû le faire. Un élément légal, c'est la violation d'une norme légale, d'un texte de loi. Et un élément moral, c'est l'intention morale, la faute en droit civil qui n'est pas nécessairement intentionnelle. Le préjudice subi est nécessaire pour qualifier la faute. Le préjudice est le dommage subi par la victime titulaire des droits de propriété intellectuelle. C'est l'acte de contrefaçon qui est l'élément déclencheur de la responsabilité civile du contrefacteur. Dans la plupart des cas, le dommage subi est économique, il s'évalue par les pertes subies ou le manque à gagner par le titulaire des droits⁴⁴⁹. Mais, le dommage subi peut aussi être moral en ce sens qu'il affecte l'image et la notoriété de la marque contrefaite ou de l'entreprise propriétaire de la marque contrefaite. Le lien de causalité est le lien entre la faute commise par le contrefacteur et le préjudice subi par la victime titulaire des droits de propriété intellectuelle⁴⁵⁰. C'est à la charge de la victime de prouver le lien de causalité faute de quoi, la responsabilité civile du contrefacteur ne pourra pas être engagée. En effet, il suffit ici pour la victime, titulaire de droit, d'établir un lien entre la faute commise par le contrefacteur et le préjudice qu'il prétend avoir subi pour justifier la

⁴⁴⁶ A. MOULINIER, « Qualification de faute lourde », *RDT*, n°4, avril 2012, Actualités, n°188, p. 192, note à propos de Soc. 8 février 2012.

⁴⁴⁷ Articles 1382 et 1383 du code civil français.

⁴⁴⁸ A. BAMDE, « La responsabilité du fait personnel », in *Droit de la responsabilité, Droit des obligations, Responsabilité extracontractuelle*, posted Oct 19, 2016. Disponible sur le site : <https://aurelienbamde.com/2016/10/19/la-responsabilite-du-fait-personnel/>

⁴⁴⁹ L. CADIET et PH. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2^{ème} éd. Dalloz Action, 2002.

⁴⁵⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, T. 4, PUF 2000, n° 213.

condamnation et le paiement de dommage et intérêts.

199. Toutefois, l'action en responsabilité diligentée par la victime est recevable, même en l'absence de préjudice ou de risque de préjudice, en cas d'exploitation injustifiée de la marque,⁴⁵¹ ou du brevet. C'est le cas par exemple de la marque où l'utilisateur animé d'une intention de nuire ou d'une volonté parasitaire, se place dans le sillage d'une marque renommée ou notoire pour tirer un profit indu des efforts commerciaux, publicitaires ou qualitatifs de son titulaire pour valoriser ses propres produits à peu de frais pour s'approprier une part de la valeur attractive de la marque d'autrui ou pour susciter une confusion dans l'esprit du public.⁴⁵² Les Etats membres de l'UEMOA ont depuis les indépendances toujours eu recours au code pénal et le code civil hérité de la colonisation pour résoudre les atteintes aux droits privatifs. Cependant, face à la spécificité des actes de contrefaçon de médicaments imparfaitement appréhendée par les codes nationaux, ces instruments juridiques semblent aussi montrer leurs limites.

Section 2 : Les limites du droit exclusif dans l'appréciation des actes de contrefaçon relevant des droits nationaux

200. Il est des situations qui pourraient apparaître de prime abord comme représentant des cas de contrefaçon mais il n'en sera rien. En l'absence de textes spéciaux dans les Etats membres, ceux-ci ont recours aux exceptions prévues par l'Accord de Bangui pour autoriser des usages des biens protégés sans que l'autorisation préalable ne soit demandée auprès du titulaire de droit ou ses ayants droit. En effet, les juges nationaux se réfèrent à l'Accord de Bangui parce qu'en matière de propriété intellectuelle, « *les Annexes au présent Accord sont des droits nationaux indépendants, soumis à la législation de chacun des Etats membres dans lesquels ils ont effet* »⁴⁵³. Les limites ou « *exceptions* » sont des moyens de défense que peut invoquer le défendeur pour démontrer que l'action en contrefaçon initiée à son encontre est irrecevable « *in limine litis* », c'est à dire au seuil du procès ou avant toute analyse au fond. Elles ne concernent donc pas le fond du litige, c'est-à-dire le point de savoir s'il y ou non atteinte au droit du demandeur, mais plutôt si le signe invoqué ou les conditions dans lesquelles elles sont régulières et conformes aux exigences

⁴⁵¹ Cass. Com., 4 juillet 1995, *PIBD*, 1995-III-497 ; Versailles, 27 avril 2006, « Milka », *RIPIA* 2006/2 n°224 p.95, *PIBD*, 2006 n°834-III-555 ; Paris 21 novembre 1991 *PIBD*, 1992-III-174. Paris 21 février 1989, *PIBD* 1989-III-451, D. 1993, som. Cass. Com. 115, obs.

⁴⁵² Cass. Com 16 janvier 1990, « Bulgari » *PIBD* 1990, n°480-III-391 (Recherche de confusion entre une marque de joaillerie pour les parfums), rejet du pourvoi c : Paris, 27 octobre 1987, *PIBD* 1990, n°423-III-216 ; Cass. Com 19 janvier 1994, « Joker », Bull. civ. IV, n°28, p. 22.

⁴⁵³ Article 3 de la section I du Titre I de l'Accord de Bangui relatif aux dispositions générales du présent Accord.

légales. Il existe plusieurs sortes de moyens de défense à disposition du défendeur, dont les exceptions liées aux actes de contrefaçon (**Paragraphe 1**) et la possession personnelle (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les exceptions aux actes de contrefaçon

201. Dans les litiges de contrefaçon, le défendeur, c'est-à-dire le présumé contrefacteur ne se limite pas seulement à apporter la preuve de son innocence. Il peut invoquer reconventionnellement au demandeur à l'action en contrefaçon soit des exceptions prévues par la loi (**A**) soient voulues par le titulaire de droit (**B**).

A- Les restrictions autorisées par le législateur OAPI

202 L'Accord de Bangui du 24 février 1999 prévoit plusieurs exceptions qui peuvent valablement être invoquées par le défendeur. Ce sont entre autres, l'épuisement de droit (**1**), le principe de la territorialité (**2**), le principe de la spécialité (**3**), l'exception de nullité (**4**) et la radiation (**5**).

1- Les actes d'exploitation en application de la théorie de l'épuisement

203 La théorie de l'épuisement des droits, de construction purement jurisprudentielle, est le fait pour le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle de ne pas pouvoir interdire l'importation dans le pays où il bénéficie d'une protection, le bien sur lequel il peut faire valoir son droit dès lors que le bien en cause a été licitement mis sur le marché d'origine par lui-même ou avec son consentement⁴⁵⁴. L'accord de Bangui en son article 8 alinéa 1 a) b) et c) de l'Annexe I et l'article 7 al. 4 de l'Annexe III, consacrent expressément la théorie de l'épuisement en brevet et en marque. Ainsi, selon l'article 8 alinéa 1 a) b) et c) de l'Annexe I dispose que : « *Les droits découlant du brevet ne s'étendent pas : a) aux actes relatifs à des objets mis dans le commerce sur le territoire d'un Etat membre par le titulaire du brevet ou avec son consentement, ni, b) à l'utilisation d'objets à bord d'aéronefs, de véhicules terrestres ou de navires étrangers qui pénètrent temporairement ou accidentellement dans l'espace aérien, sur le territoire ou dans les eaux d'un Etat membre ; ni, c) aux actes relatifs à une invention brevetée accomplis à des fins expérimentales dans le cadre de*

⁴⁵⁴ C. VIVANT et M. VIVANT, *Propriété intellectuelle et libre circulation : A propos de l'épuisement du droit*, Dalloz, 2010, p. 3.

la recherche scientifique et technique... ». Selon l'article 7 alinéa 4 de l'Annexe III dispose également que : *« l'enregistrement de la marque ne confère pas à son titulaire le droit d'interdire à un tiers l'usage de la marque en relation avec les produits qui ont été licitement vendus sous la marque sur le territoire national de l'Etat membre dans lequel le droit d'interdiction est exercé, sous la condition que ces produits n'aient subi aucun changement⁴⁵⁵ ».* Il ressort de ces textes que les 17 Etats membres de l'espace OAPI ont opté pour l'épuisement régional. A cet effet, dès lors que les produits brevetés ou marqués sont mis en vente par le titulaire ou avec son consentement par un tiers (le présumé contrefacteur dans le cas d'espèces), sur le territoire d'un Etat membre de l'OAPI, celui-ci ne peut l'interdire.

204 Cette théorie a pour but non seulement de favoriser la libre circulation des biens, mais aussi de permettre de lutter contre les titulaires de droits qui voudraient abuser de leurs droits. Ce puissant moyen de défense permet au poursuivi, de pouvoir opposer ladite théorie de l'épuisement au demandeur à l'action en contrefaçon qui voudrait empêcher la libre circulation des biens dès lors qu'il rapporte la preuve que le bien en cause fait objet d'une exploitation licite. Ce moyen de défense pourrait être valablement invoqué par le présumé contrefacteur au cas où une action en contrefaçon serait intentée contre lui. Toutefois, cette exception ne protège pas les tiers dans l'absolue.⁴⁵⁶

2- Les actes accomplis en application du principe de la territorialité

205 Les droits de la propriété intellectuelle sont gouvernés, depuis leurs origines⁴⁵⁷, par un principe de territorialité. Les droits ne sont protégés, et les titres ne produisent leurs effets, que sur le territoire qu'ils couvrent. Le principe de la territorialité suppose une protection du brevet ou de la marque notamment face à la contrefaçon sur un territoire déterminé et donc une compétence du juge national voire communautaire. Plus qu'un principe, la territorialité conditionne même la qualification de la contrefaçon⁴⁵⁸. De la territorialité du droit sur le brevet et la marque, se dégage une indifférence générale par rapport aux faits intervenus à l'étranger et ayant pour objet une atteinte au droit sur ceux-ci, car le droit sur l'un ou l'autre ne peut, en principe, être violé dans un

⁴⁵⁵ Article 7 al. 4 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

⁴⁵⁶ CJUE, 23 avril 2009. Cass. Com. 23 mars 2010.

⁴⁵⁷ A. BELTRAN, S. CHAUVEAU, G. GALVEZ-BEHAR, *Des brevets et des marques, Une histoire de la propriété industrielle*, Paris, Fayard, 2001, p. 22.

⁴⁵⁸ M. COHEN, <https://www.legavox.fr/blog/murielle-cahen/principe-territorialite-marques-notion-public-9996.htm>, 2012.

pays où il n'a point d'existence ou de protection. Il s'ensuit qu'une marque ou un brevet acquis dans l'espace OAPI, par exemple, ne pourra faire l'objet d'un acte de contrefaçon que si les faits incriminés se sont réalisés sur le territoire de l'un de ses Etats membres. La relativité du droit de brevet ou de marque dans l'espace se confirme aussi en vertu du principe de la territorialité de l'application de la loi pénale ou civile. En effet, l'on sait que la contrefaçon de brevet ou de marque est érigée en délit pénal, la conséquence en est que l'atteinte à ces droits n'est poursuivie et qualifiée de contrefaçon que dans les limites de l'aire géographique couverte par la loi pénale de l'un des Etats membres de l'OAPI. Sur la base de ces développements, la relativité territoriale desdits droits semble être incontestable et justifiée. Toutefois, il est communément admis que la protection de la marque et du brevet peut être obtenue dans des pays étrangers en vertu des conventions internationales telles que la Convention d'Union de Paris⁴⁵⁹, l'Arrangement de Madrid⁴⁶⁰, le PCT⁴⁶¹ et les ADPIC⁴⁶². Ceci étant, peut-on voir dans les conventions internationales une exception à la territorialité des droits sur la marque ? La réponse négative s'impose, car si les conventions internationales permettent au droit sur la marque d'être reconnu dans plusieurs ordres juridiques distincts, elles ne font qu'instituer un ordre juridique spécial plus large⁴⁶³. Ainsi la territorialité du droit sur la marque ne fait que passer à une aire géographique plus large sans qu'elle ne soit modifiée dans son principe. Tel est le cas de l'enregistrement international des marques dont les effets se répercutent dans les Etats membres de l'arrangement de Madrid que le déposant aura désigné dans l'acte de dépôt. Tout se passe comme si le déposant international avait directement effectué un dépôt dans chacun des pays de l'arrangement⁴⁶⁴. Il faut noter que le principe de la territorialité des droits sur la marque tient aussi face à la spécificité de la marque notoire⁴⁶⁵. En vertu de l'article 6 bis de la Convention de Paris, le titulaire d'une marque notoire se trouve implicitement dispensé de l'obligation de l'enregistrement de la marque, dans les pays unionistes, en raison de la notoriété qui se substitue à l'obligation d'enregistrement. Toutefois, l'exception dont bénéficie la marque notoire, n'est en fait due que grâce à une appréciation objective et territoriale

⁴⁵⁹ Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle signée en 1967.

⁴⁶⁰ Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques du 14 avril 1891 révisé successivement à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Nice le 15 juin 1957 et à Stockholm le 14 juillet 1967 et modifié le 28 septembre 1979.

⁴⁶¹ Traité de Coopération en matière de Brevet est un traité international administré par l'OMPI qui a été signé le 19 juin 1970 et est entré en vigueur le 1^{er} juin 1978.

⁴⁶² L'Accord sur les ADPIC est un texte annexé à l'Accord instituant l'OMC. Il a été adopté le 15 Avril 1994 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995.

⁴⁶³ A. CHAVANNE et J-J. BURST, *Droit de la propriété industrielle*. 5^{ème}, éd, Dalloz Delta 1998. p. 590.

⁴⁶⁴ N. BOUCHE, « Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle », Collection Logiques Juridiques 2002, n°272, p. 159.

⁴⁶⁵ V. les Articles 6 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui, 6 bis de la Convention de Paris et 16 alinéa 2 et 3 de l'Accord sur les ADPIC.

de la notoriété, car pour exonérer le titulaire d'une marque notoire de l'obligation d'enregistrement, il faut d'abord, au sens de l'article 6 bis de la Convention de Paris, que l'autorité compétente du pays de l'enregistrement ou de l'usage estimera y être notoirement connue comme étant déjà la marque d'une personne admise à bénéficier de la présente Convention. Ainsi, toute la construction échafaudée au tour de la marque notoire se trouve subordonnée à la reconnaissance de la notoriété par les autorités territorialement compétentes de chaque Etat. Elle n'a donc de sens que dans les limites de l'ordre juridique étatique qui la reconnaît.

3- Les actes accomplis en application du principe de la spécialité

206 L'article 7 alinéa 1 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui dispose que « *L'enregistrement de la marque confère à son titulaire le droit exclusif d'utiliser la marque ou un signe lui ressemblant pour les produits ou services pour lesquels elle a été enregistrée, ainsi que pour les produits ou services similaires (...)* ». Cette fonction d'identification a pour conséquence, d'une part de conférer au titulaire de la marque un droit exclusif d'exploiter le signe choisi pour désigner les produits ou services qu'il offre au public et, d'autre part, de limiter le monopole au secteur de spécialité du titulaire de la marque. Le principe de spécialité tient une place importante dans le droit des marques puisque c'est en considération de celui-ci, c'est-à-dire les produits ou services désignés, que l'on appréciera la disponibilité ou la nouveauté du signe, sa distinctivité et sa déceptivité. Il n'y aura contrefaçon que si le signe est repris pour désigner des produits ou des services similaires. Le droit de marque ne porte pas sur le signe en soi, mais sur celui-ci dans son rapport au produit ou service qu'il désigne. Le but de la règle de spécialité est sans doute de préserver la liberté de commerce et de l'industrie en évitant que les signes susceptibles de constituer des marques ne soient monopolisés des besoins des déposants. Ce qui restreindrait le choix des autres agents économiques sans que cela ne soit justifié par les besoins légitimes du titulaire de la marque. On voit, ici, à quel point, à la différence des droits qui portent sur des innovations, le droit des marques a été surtout conçu comme un instrument de police de la concurrence.⁴⁶⁶ Toutefois, si le principe de spécialité est lié à la liberté de commerce, il ne doit pas permettre des abus de cette liberté et, en particulier, des agissements parasitaires. C'est pourquoi, sans remettre en cause ladite règle, il convient tout de même de noter que la marque peut revêtir un caractère abusif en dehors de la spécialité, lorsqu'elle est destinée à opérer une fraude, à se

⁴⁶⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *La propriété intellectuelle, op cit.*, p.713-714

placer dans le sillage de la marque ou à créer une confusion.⁴⁶⁷

4- L'exception de nullité

207. L'article 39 de l'Annexe I et l'article 3 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui disposent respectivement : Selon l'article 39 de l'Annexe I susvisé : 1) *Sont nuls, et de nul effet, les brevets délivrés dans les cas suivants :*

- a) *Si l'invention n'est pas nouvelle, ne comporte pas une activité inventive et si elle n'est pas susceptible d'application industrielle ;*
- b) *Lorsque l'invention n'est pas aux termes de l'article 6, susceptible d'être brevetée, sans préjudice des peines qui pourraient être encourues pour la fabrication ou le débit d'objet prohibés ;*
- c) *Lorsque la description jointe au brevet n'est pas conforme aux dispositions de l'article 14*
- d) *i) précédent ou si elle n'indique pas d'une manière complète et loyale, les véritables moyens de l'inventeur.*

2) Sont également nuls et de nul effet, les certificats comprenant des changements, perfectionnements ou additions qui ne se rattacheront pas au brevet principal, tels que prévus par la présente Annexe.

3) La nullité peut porter sur tout ou parties des revendications.

En outre, l'article 3 de l'Annexe III dispose que « Une marque peut être valablement enregistrée si :

- a) *Elle est dépourvue de caractère distinctif notamment du fait qu'elle est constituée de signes ou d'indications constituant la désignation nécessaire ou générique du produit ou la composition du produit.*
- b) *Elle est identique à une marque appartenant à un autre titulaire et qui est déjà enregistrée ou dont la date de dépôt ou de priorité est antérieure, pour les mêmes produits ou services ou pour les produits ou services similaires ou si elle ressemble à une telle marque au point de comporter un risque de tromperie ou de confusion.*

⁴⁶⁷ Cass. Com., 12 mars 1996, "Mavilor", *RIPIA*, 1996, p.425

- c) *Elle est contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou aux lois.*
- d) *Elle est susceptible d'induire en erreur le public ou les milieux commerciaux, notamment sur l'origine graphique, la nature ou les caractéristiques des produits ou services considérés.*
- e) *Elle reproduit, imite ou contient parmi ses éléments des armoiries, drapeaux ou autres emblèmes abréviations ou sigles ou un signe ou poinçon officiel de contrôle et de garantie d'un Etat ou d'une organisation intergouvernementale créée par une convention internationale, sauf autorisation de l'autorité compétente de cet Etat ou de cette organisation⁴⁶⁸». Ces textes prévoient les différentes conditions légales que doit revêtir un signe ou une invention afin de jouer pleinement la fonction à laquelle elle est destinée. En effet, en ce qui concerne la marque, *le signe doit être distinctif, c'est-à-dire qu'il doit servir à distinguer un produit ou un service parmi les produits ou services de même nature commercialisés par les concurrents du titulaire⁴⁶⁹, disponible, c'est-à-dire qu'il ne doit pas être postérieur à une marque identique déjà enregistrée⁴⁷⁰, descriptif, c'est à dire qu'il ne doit pas être susceptible d'induire en erreur le public ou les milieux commerciaux, notamment sur l'origine géographique, la nature ou les caractéristiques des produits ou services considérés⁴⁷¹, conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁴⁷² et enfin, le signe ne doit pas imiter les armoiries, drapeaux ou autres emblèmes ou signes officiels d'un Etat ou d'une Organisation Intergouvernementale⁴⁷³. C'est de la nullité du signe invoqué comme marque dont il s'agit. Ainsi, lorsque le défendeur considère que la marque, même enregistrée, n'est pas conforme aux critères de validité du signe comme marque, il lui appartient d'en apporter la preuve conformément à l'article 3 suscitée. Il est de jurisprudence constante que le « défaut de nouveauté, originalité » en soi n'est pas une cause de nullité, car la marque n'a pas besoin d'être nouvelle pour être valable⁴⁷⁴. S'agissant du brevet, l'invention aux termes des articles**

⁴⁶⁸ Article 3 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

⁴⁶⁹ C.A Rouen, 11 Février 1992, *PIBD* 1992, III, 371-CJCE, 11 Novembre 1997, *Sabel C/ Puma ?* §23, *RDPI* 1999, n°101, p.32.

⁴⁷⁰ Dans ce sens le TGI Le Mans, 29 Juin 1999, *Microcaz C/ Oceanet*, *PIBD* 2000, III, 91- CA Paris, 18 Oct 2000, *Virgin Interactive c/ France Télécom*, D.2001, jur. p. 1379, note G. LOISEAU.

⁴⁷¹ A. FRANÇON, « La prohibition des marques descriptives en droit français », in *Hommages à Henri Desbois, D.*, 1974, P127. – Cass. Com., 2 Juin 1992, *Cdexdoc C/ UN*, *Ann. Propr.Ind.* 1992,259.

⁴⁷² CA Paris, 4^{ème} Ch., 07 Mai 1979, *Ysl Ann. Propr.Ind* 1979, 306, note CHAVANNE. CA de Lyon 4^{ème} Ch, 25 Juin 1984, *PIBD* 1985, III, 39.

⁴⁷³ L'emblème olympique, loi du 29 Octobre 1975, article 14 Croix Rouge, Conv de Genève, 6 Juillet 1906 et Conv, Genève, 24 Juillet 1913 « *Le comité olympique est le seul habilité à utiliser les anneaux olympiques ou autoriser à concéder des autorisations pour leur utilisation* » Quest. Ecrite n°403/92, 02 Mars 1992, *JOCE* C.327, 03 Déc 1993, p. 4.

⁴⁷⁴ CA Paris, 4^{ème} Ch ; 1^{er} Déc 1992, *SEU C/ TMP*, *Gaz. Pal.* 31 Déc 1993, p. 5. – OHMI, 1^{ère} Ch, Rec ; 09 Janv 2004, *Dior*, R.163/2003-1, « *il est constant que la notion d'originalité et de nouveauté est étrangère au droit des marques, une forme peut être originale en soi, nouvelle, elle peut porter l'emprise de la personnalité de son créateur*

3, 4 et 5 de l'Annexe I précité, l'invention doit être nécessairement nouvelle, résultant d'une activité inventive et considéré comme susceptible d'application industrielle. Ces conditions sont obligatoires et cumulatives. En outre, l'exploitation de l'invention brevetable ne doit pas être contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.⁴⁷⁵ En cas de litige en matière de brevet ou de marque, seuls les tribunaux civils sont compétents pour prononcer leur nullité en vertu de l'article 24 alinéa 1 et 2 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui qui dispose : « 1) *L'annulation des effets sur le territoire national d'une marque est prononcée par les tribunaux civils à la requête, soit du ministère public, soit de toute personne ou syndicat professionnel intéressé.*

2) *Sur requête des demandeurs susvisés ou de l'organisation, le tribunal déclare nul et non avenu, l'enregistrement d'une marque, au cas où cette dernière n'est pas conforme aux dispositions des articles 2 et 3 de la présente annexe ou est en conflit sur la demande du titulaire du droit antérieur. La nullité peut s'appliquer à la totalité ou à une partie seulement des produits ou services pour lesquels la marque a été enregistrée*⁴⁷⁶», et de l'article 39 susvisé.

208 Dans les pays où l'office des marques et des brevets tel que l'OAPI ne procède pas à un examen au fond, c'est au déposant qu'il appartient de s'assurer qu'il ne dépose pas une marque identique ou similaire à une marque ou d'une invention déjà existante. Le déposant devra donc procéder à une recherche d'antériorité en marque ou de l'état de la technique en brevet afin de vérifier que l'actif de propriété industrielle qu'il entend déposer n'entre pas en conflit avec un droit antérieur. Il revient donc au poursuivant au cours de l'instance en contrefaçon de prouver que sa marque ou son invention est antérieure à celle du contrefacteur, si ce dernier soulevait une demande reconventionnelle dans ce sens devant le juge de fond.

5- La perte de droit en marque et en brevet

209 Poursuivi pour contrefaçon par le titulaire du droit, le défendeur n'hésitera pas à demander reconventionnellement la radiation s'il avait connaissance de la perte de son droit. En effet, la radiation est un motif de perte prématurée des droits sur un titre de propriété intellectuelle⁴⁷⁷.

et être protégeable par le Droit d'Auteur voire le Droit des Modèles, sans être pour autant propre à distinguer les produits désignés de la marque de ceux d'autres entreprises ».

⁴⁷⁵ Article 6 a) de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

⁴⁷⁶ Article 24 alinéa 1 et 2 de l'Accord de Bangui.

⁴⁷⁷ M-E. LAPORTE LEGAIS, *Propriété littéraire et artistique, La semaine juridique : Entreprise et affaires*, LexisNexis, 2019, p. 1063.

Aux termes des dispositions de l'article 23 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui, la radiation pour défaut d'exploitation sanctionne le propriétaire de la marque qui n'en a pas fait un usage sérieux pour les produits ou services couverts par le signe pendant une période ininterrompue de cinq (5) ans⁴⁷⁸.

210. Quant à l'article 40 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui est déchu de tous ses droits, le breveté qui ne s'est pas acquitté de son annuité à la date anniversaire du dépôt de sa demande de brevet. Il ne revient pas au défendeur à l'action en contrefaçon qui demande la radiation de la marque ou du brevet de supporter la charge de la preuve du défaut d'exploitation. Au contraire, il appartient au propriétaire de l'objet de propriété industrielle querellé, d'apporter la preuve par tous moyens. C'est le principe du renversement de la preuve. Il doit démontrer, soit qu'il a effectué des actes d'exploitation sérieux, soit qu'il existe des justes motifs au défaut d'exploitation, par exemple, l'attente d'une autorisation administrative pour la distribution du produit marqué.

211. L'accord de Bangui exige un usage sans pour autant déterminer le caractère de cet usage comme l'a fait le Code de la Propriété Intellectuelle français. L'article L714 dudit Code exige que l'usage dont il s'agit, doit être sérieux. Donc, le poursuivi pour contrefaçon pourra montrer par tous les moyens que le propriétaire ne fait pas usage sérieux de sa marque. Par conséquent, le juge doit ordonner la radiation⁴⁷⁹. Toutefois, le Code de la Propriété Intellectuelle français, en son article L714-5, a assimilé à un usage sérieux certains actes qui font obstacle à la déchéance :

« a) *l'usage fait avec le consentement du propriétaire de la marque* » ; il n'est pas obligatoire que l'usage soit le fait personnel du propriétaire. L'exploitation peut être le fait d'un tiers suite à un contrat de licence ;

« b) *l'usage de la marque sous une forme modifiée n'en altérant pas le caractère distinctif* » ; l'exploitation des produits ou services similaires à ceux protégés par la marque suivie pour protéger l'usage, mais encore faudrait que la différence entre ces produits soit minime ;

« c) *l'apposition de la marque sur des produits ou leur conditionnement exclusif en vue de l'exportation* » ; l'usage utile contre la déchéance doit en principe intervenir sur le territoire de la protection. Par contre, les éventuelles manœuvres du propriétaire de la marque destinées à éviter la déchéance seraient vaines. En effet, l'article L714-5 prévoit que « *l'usage sérieux de la marque*

⁴⁷⁸ Article 23 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

⁴⁷⁹ A. BERTRAND, *Droit des marques, signes distinctifs-noms de domaines*, éd. Dalloz, 2005-2006, p. 224.

commencé ou repris postérieurement à la période de cinq ans... » n'y fait pas obstacle, s'il a été entrepris dans les trois mois précédant la demande de déchéance et après que le propriétaire a eu connaissance de l'éventualité de cette demande⁴⁸⁰.

212 Le Code de la Propriété Intellectuelle français a aussi prévu d'autres causes de la radiation non prévues par l'Accord de Bangui. Selon l'article L714-6 du Code de la Propriété Intellectuelle français, le propriétaire de la marque encourt la déchéance de son fait. Celle-ci est devenue la désignation usuelle dans le commerce du produit ou service. La dégénérescence d'un signe est la rançon du succès. Les exemples ne finissent pas : les dénominations, « **frigidaire** », « **thermos** », « **fermeture éclair** », « **bic** », étaient toutes jadis des marques protégées⁴⁸¹. La dégénérescence survient lorsque la marque s'impose à ce point que dans l'esprit du public, elle n'identifie plus l'origine du produit, mais le produit lui-même. C'est l'attitude du propriétaire qui est sanctionnée soit qu'il a favorisé la dégénérescence soit qu'il n'a pas lutté contre cela. Pour échapper à la déchéance, on attend du propriétaire qu'il effectue certaines diligences pour rappeler au public que son signe est une marque protégée⁴⁸². Il peut éventuellement agir en contrefaçon ou en responsabilité contre les tiers qui utilisent de manière générique le signe. On ne connaît pas d'exemples de déchéance de marque pour dégénérescence dans l'espace OAPI puisque ce mécanisme n'a pas été introduit dans l'Accord de Bangui. Il faut également noter que l'Accord de Bangui utilise indifféremment le terme « *Radiation* » en ce qui concerne la procédure d'annulation de la marque⁴⁸³ et le vocable « *Déchéance* » pour le brevet.⁴⁸⁴ L'utilisation de termes différents pour une même finalité c'est-à-dire la radiation d'un droit frauduleux a été harmonisée par le nouvel Accord de Bangui du 14 décembre 2015.⁴⁸⁵ Toutefois, cet Accord n'est pas encore entré en vigueur pour certains Annexes dont ceux relatifs au droit de marque et de brevet.

⁴⁸⁰ Article L.714 du Code de la Propriété Intellectuelle français.

⁴⁸¹ M-E. LAPORTE LEGAIS, *op.cit.* p. 1063.

⁴⁸² *Ibidem*.

⁴⁸³ Article 23 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

⁴⁸⁴ Article 40 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

⁴⁸⁵ V. les Articles 44 de l'Annexe I et 27 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui du 14 décembre 2015.

B - Les atteintes autorisées par le titulaire de droit

213 Les atteintes voulues par le titulaire de droit sont celles qui sont réalisées, en général par la négligence de celui-ci. Elles se présentent sous plusieurs formes. Ce sont la forclusion par tolérance (1), la licence (2), la cession (3), la renonciation (4) et l'exception d'incompétence (5).

1- La forclusion par tolérance

214 La forclusion par tolérance a été introduite dans la législation française par la loi du 04 Janvier 1991⁴⁸⁶. L'article L716-2-8 du Code de la Propriété Intellectuelle français (CPI) dispose que : « *Le titulaire d'un droit antérieur qui a toléré pendant une période de cinq années consécutives l'usage d'une marque postérieure enregistrée en connaissance de cet usage n'est plus recevable à demander la nullité de la marque postérieure sur le fondement de l'article L711-3, pour les produits ou les services pour lesquels l'usage de la marque a été toléré, à moins que l'enregistrement de celle-ci ait été demandé de mauvaise foi* ».

215 Dans l'espace OAPI, l'article 46 alinéa 3 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui a repris cette notion. Selon ce texte « *Est irrecevable, toute action en contrefaçon d'une marque postérieure enregistrée dont l'usage a été tolérée pendant trois (03) ans, à moins que son dépôt n'ait été effectué de mauvaise foi. Toutefois, l'irrecevabilité est limitée aux seuls produits et services pour lesquels l'usage a été toléré* ». Tout en abondant dans le même sens que le code de la propriété intellectuelle français, l'Accord de Bangui a réduit le délai prévu pour acter la forclusion par tolérance à trois (03) ans. Ainsi, lorsque le titulaire d'une marque tolère l'usage d'une autre marque postérieurement enregistrée, son action devient irrecevable après un délai de trois ans. La forclusion par tolérance est donc un puissant moyen de défense. Cependant, elle exige un délai et la bonne foi de l'utilisateur pour être invoquée. Le défendeur de l'action en contrefaçon ne pourra prospérer dans sa demande reconventionnelle que s'il prouve que l'usage de la marque lui a été toléré pendant au moins trois ans. Ainsi, les faits de contrefaçon entrant dans cette catégorie sont largement tolérés c'est-à-dire comme n'ayant jamais existés. La tolérance n'implique pas l'abandon de la marque ni la prescription de la marque. Dès lors, le titulaire de droit originaire, tout en conservant tous ses droits, sera obligé d'accepter la cohabitation de sa

⁴⁸⁶ A. BERTRAND, *Droit des marques, signes distinctifs-noms de domaines*, op. cit, p. 211.

marque avec celle du bénéficiaire de la forclusion par tolérance. Cette dernière ne concerne que les produits ou les services de la marque utilisée par le contrefacteur. Tous les autres produits ou les services de la marque seront couverts. Toutefois, une question délicate se posera pour l'appréciation de la bonne foi du défendeur dans la mesure où il lui reviendra d'en rapporter la preuve. C'est ce critère de bonne foi que le juge du Tribunal de Grande Instance du Wouri à Douala a invoqué pour motiver son jugement civil en date du 15 Juin 2007 en ces termes : « *attendu que la marque « spécial » revendiquée par les défendeurs a été déposée et utilisée de mauvaise foi entraînant l'inopposabilité de l'article 46 alinéa 3 de l'Accord de Bangui révisé ;*

Qu'en effet, cette marque est notoirement connue dans l'espace OAPI à en juger par l'ancienneté du dépôt de la marque (25 ans) l'importance des ventes et du budget consacré à la promotion de la marque ;

Que les défendeurs, connaissant l'existence de cette marque, au jour d'enregistrement, ont voulu, de mauvaise foi, profiter de sa notoriété ;

Que par la suite d'une présentation extérieure identique, une imitation de la désignation et de la représentation extérieure du produit, se dégage une volonté d'usurpation de la marque pour commercialiser les produits identiques et concurrents caractéristiques de mauvaise foi ;

*Qu'il y a lieu à rejet de la fin de non-recevoir tiré de la forclusion, l'article 6 de la Convention d'Union de Paris prescrivant, l'imprescriptibilité lorsqu'une marque est utilisée de mauvaise foi*⁴⁸⁷ ; ». Il ressort de ce qui précède que pour que la forclusion sanctionne, non pas l'absence d'action en contrefaçon par le propriétaire de la marque première à la suite du dépôt de la marque seconde, mais sa tolérance, en connaissance de cause, de l'usage de celle-ci.⁴⁸⁸ Toutefois, un contrefacteur ne peut pas non plus s'abriter derrière les actes de tolérance dont a bénéficié une tierce personne⁴⁸⁹ ou plus généralement sur l'existence d'autres contrefacteurs⁴⁹⁰, pour s'exonérer lui-même. Il ne peut pas non plus exciper de la forclusion, s'il n'a pas lui-même exploité la marque qu'il a déposée⁴⁹¹. La tolérance prend fin par tout acte non équivoque par lequel le propriétaire démontre sa volonté de défendre sa marque : mise en demeure, assignation, action en annulation ou en contrefaçon, etc.

⁴⁸⁷ TGI Douala, 15 juin 2007, Rec. Jur. OAPI, t. II, p. 66.

⁴⁸⁸ Cass. Com. 28 mars 2006, Bull. civ. IV n°82 p. 81, *PIBD* 2006 n°833-III-472 D. 2006 p. 1045.

⁴⁸⁹ Cass. Req., 31 octobre 1927, *La Belle Jardinière*, S. 1928-I-46.

⁴⁹⁰ Paris, 8 mars 1978, *Annales* 1980, p. 67.

⁴⁹¹ Paris, 5 décembre 2001, « Tati », *PIBD* 2002 n) 738-III-134.

2- Le bénéficiaire de la licence

216 Le titulaire du brevet ou de la marque peut naturellement exploiter lui-même son invention en se réservant le monopole. Mais, en règle générale, leur exploitation peut donner lieu à la conclusion, par exemple, d'un contrat de licence. En effet, la licence qui s'apparente à un contrat de louage,⁴⁹² consiste pour le titulaire de droit, à concéder l'exploitation, soit du brevet soit de la marque pendant une durée déterminée à une personne physique ou morale moyennant ou non une rémunération.⁴⁹³ Le licencié n'étant pas le titulaire de la marque ou le brevet d'invention querellé, il n'a pas en principe le droit d'exercer l'action en contrefaçon. Toutefois, le licencié exclusif peut agir en contrefaçon qu'à trois conditions : d'abord, il faut que le contrat de licence soit exclusif, ensuite qu'il ne lui ait pas retiré cette faculté par une stipulation contraire et enfin que le licencié exclusif ait mis préalablement le titulaire en demeure d'agir restée infructueuse.⁴⁹⁴ Il convient de noter que le licencié simple ne dispose pas de cette faculté ; mais, il peut par contre, intervenir à l'action exercée par le titulaire de droit sur la marque au même titre que le licencié exclusif dans les cas où il ne peut pas agir.⁴⁹⁵

3- La cession

217. La cession *stricto sensu* de brevet ou de marque est un contrat de vente ou une donation si elle est à titre gratuit, hypothèse que nous n'envisagerons pas ici, régi, à ce titre par les dispositions particulières du Code de la propriété intellectuelle et les articles 1582 et suivants du Code civil. Les droits attachés à une demande de brevet d'invention ou à un brevet⁴⁹⁶ d'une part et les droits de marques⁴⁹⁷ d'autre part sont transmissibles en totalité ou en partie. En effet, la cession est dite totale lorsqu'elle entraîne le transfert de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle et de ces accessoires à un tiers. Tandis que la cession partielle est le fait pour le titulaire de droit de ne céder seulement qu'une partie de ces droits à un tiers. Toutefois, le cessionnaire ne peut opérer une limitation territoriale interne. La cession même partielle, ne peut comporter de limitation territoriale. Le cessionnaire n'acquiert le droit d'agir en contrefaçon que contre les actes d'usurpation effectués après l'inscription et la publicité au registre de l'actif de droit

⁴⁹² Article 1708 et suivants du code civil sur le droit des biens et des obligations, p. 72.

⁴⁹³ Article 36 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui et l'Article 29 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui

⁴⁹⁴ TGI Paris, 3 décembre 1992, *PIBD* 1993, n° 543-III-301.

⁴⁹⁵ Articles 36 et 29 de l'Annexe I et III précités.

⁴⁹⁶ Article 33 Annexe I de l'Accord de Bangui

⁴⁹⁷ Article 26 Annexe III de l'Accord de Bangui

correspondant. En ce qui concerne les actes accomplis avant, c'est au cédant qu'il revient d'agir ou de poursuivre l'action engagée. Toutefois, les parties peuvent convenir par une clause de l'acte de cession, elle-même publié au registre spécial de l'actif correspondant, que le cédant transfère aussi, au cessionnaire de la marque, le droit d'agir en justice, à l'encontre des actes de contrefaçon antérieurs à la publicité de cession.⁴⁹⁸

4 - La renonciation

218 Le titulaire d'une marque ou d'une demande d'enregistrement a, selon l'article 22 Annexe III de l'Accord de Bangui, la faculté de renoncer expressément, à tout moment, à son droit en totalité ou en partie. Un tel titulaire n'aura aucun droit à agir contre un éventuel exploitant de ladite marque puisqu'il a abandonné son droit. A l'action en contrefaçon initiée par le demandeur, le défendeur pourra lui opposer une demande reconventionnelle pour renonciation partielle ou totale de son droit. Mais, il revient à ce défendeur d'en rapporter la preuve puisque la renonciation ne se présume pas. Il lui suffira d'apporter par exemple : une copie de la lettre adressée à l'OAPI par le titulaire de la marque pour solliciter l'inscription de sa renonciation dans le Registre Spécial par la sollicitation d'un certificat d'identité auprès de l'OAPI. La renonciation peut aussi être tacite, c'est le cas du non-renouvellement de l'enregistrement par le titulaire de la marque. Dans ce cas, le défendeur peut solliciter du juge d'exiger au demandeur de produire une attestation de renouvellement de sa marque. A défaut de produire cette attestation, le juge recevra la demande reconventionnelle du défendeur et déclarera le titulaire déchu de son droit.

5- L'exception d'incompétence

219 L'exception d'incompétence suppose que le tribunal saisi ne soit pas compétent matériellement. Pour rappel, l'article 47 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui dispose que « 1) *Les actions civiles relatives aux marques sont portées devant les tribunaux civils et jugées comme matières sommaires.*

2) En cas d'action intentée par la voie correctionnelle, si le prévenu soulève pour sa défense des questions relatives à la propriété de la marque, le tribunal compétent statue sur l'exception ». Il faut préciser que ce texte ne figurant pas dans la plupart des Annexes de

⁴⁹⁸ Paris, 6 Janvier 1966, Annales 1966, p. 121 ; TGI Strasbourg, 21 janvier 1992, *PIBD* 1992, n°524-III-353.

l'Accord de Bangui, il fait office de référence pour tous les actifs de propriété intellectuelle contenus dans ledit Accord pour ce qui est de la désignation de la juridiction compétente. Ainsi, le défendeur qui soulève cette exception a l'obligation d'instruire le tribunal qui a été à tort saisi d'un litige. S'il ne le fait pas *in limine litis*, l'exception qu'il soulève même si elle est justifiée, sera déclarée irrecevable. Les règles de procédure précédemment énoncées aussi bien en ce qui concerne l'attribution que le lieu du litige doivent être scrupuleusement respectées⁴⁹⁹. Il est également rappelé que le même tribunal peut être saisi par le défendeur à la fois pour l'action en contrefaçon de marque ou de brevet et également en concurrence déloyale lorsque les faits sont connexes.

Paragraphe 2 : L'exception de possession personnelle

220. L'article 8 alinéa 1 d) de l'Annexe I de l'Accord de Bangui consacre un droit de possession personnelle antérieure. Il permet à toute personne qui, de bonne foi à la date de dépôt ou de priorité d'un brevet, était sur le territoire des 17 Etats membres de l'OAPI, en possession de l'invention objet du brevet, le droit d'exploiter personnellement l'invention malgré le monopole du brevet. Cette règle permet à deux personnes, au moins, d'exploiter une invention parallèlement alors qu'une seule en définitive sera titulaire du brevet (**A**). Nous traiterons des conditions de mise en œuvre (**B**) d'une telle exception dérogeant frontalement à deux principes fondamentaux du brevet et du contenu de la possession.

A- Le bénéficiaire de l'exception de possession personnelle

221. L'expression "*toute personne de bonne foi*" telle que prévue par l'article 8 alinéa 1 d) précité, fait référence en réalité à celui qui doit bénéficier de l'exception. En effet, il faut préciser que le nombre de personne pouvant jouir de l'exception n'est pas limité dans la mesure où ce sont plusieurs exploitations parallèles à celle du titulaire qui peuvent avoir lieu. Peu importe la qualité ou le statut de la personne, celle-ci pouvant être physique ou morale de droit privé ou de droit public⁵⁰⁰. Cela peut sembler surprenant car cette exception paraît se destiner à celui qui patiemment

⁴⁹⁹ V. supra n°171

⁵⁰⁰ A ce sujet un arrêt fondateur de cette exception datant du 19^{ème} siècle a reconnu à l'Etat une possession personnelle antérieure en indiquant : « *Des ingénieurs des ponts et chaussées fonctionnaires rétribués de l'Etat agissent lorsqu'ils font un travail pour un service public rentrant dans leurs attributions, comme des mandataires ; des études faites par un ingénieur des ponts et chaussées pour le service de la navigation, même si elles n'ont pas été adoptées et exécutées,*

a mis au point son invention et s'en verra ravir la propriété. L'exception de possession personnelle est également dirigée vers les créateurs ayant pu fournir l'information déterminante de l'invention brevetée, mais aussi vers les tiers qui, par le biais d'un contrat contenant une obligation d'information telle que le contrat de travail, ont eu un accès à l'invention⁵⁰¹ et pourraient donc exploiter l'invention de façon légitime. Bien évidemment toutes les indications précédentes relatives à la personne pouvant bénéficier de l'exception de possession ne sont à prendre en compte que si celle-ci est de bonne foi. Cette condition logique et indispensable est insérée dans le texte de l'article pour lui ajouter une certaine solennité, car '*fraus omnia corrumpit*' et par conséquent si la mauvaise foi venait à apparaître dans une telle situation elle aurait de toute façon empêchée d'accéder au bénéfice de l'exception. Cette situation vise en particulier ceux qui ont alors accès à l'invention ou à une partie de celle-ci puis désirent la déposer à leur propre nom. Cela concerne tout particulièrement les contrats de recherche ou le perfectionnement où la jurisprudence reconnaît qu'il existe une obligation de non-dépôt de brevet en son nom personnel et donc l'impossibilité de solliciter l'exception de possession personnelle.⁵⁰²

B- Le contenu de l'exception de possession personnelle

222 Cette condition de contenu de la possession est liée à la nécessité de savoir si celui qui sollicite le bénéfice de cette exception est véritablement en situation de '*possession*' selon l'exigence prévue par l'article 8 alinéa 1 d) de l'Annexe I de l'Accord de Bangui. En effet, il s'agit ici pour bénéficier de l'exception d'être en capacité d'exploiter effectivement l'invention. Cette faculté d'exploitation de l'invention fait débat, car la simple connaissance de l'invention suffit-elle pour jouir de l'exception pour possession personnelle antérieure ? Ou bien, est-il question de pouvoir exploiter effectivement l'invention dans un processus industriel ? Les positions sont tranchées. Ainsi le Professeur P. MATHELY, tenant de la première position, affirmait dans son commentaire de la loi du 2 janvier 1968 : « *La possession personnelle consiste dans la détention*

constituent donc pour l'Etat une possession personnelle qu'il peut opposer à des tiers », CA Pris 5 mars 1896, *Ann. Propr.ind.* 1896, p. 73.

⁵⁰¹ TGI Paris, 3^{ème} ch., 9 mars 2001, *PIBD* 2001, n°728, III, p. 495 qui a jugé : « *Que la société Laboratoire Innothéra prétend que le droit de possession personnelle antérieure ne peut être reconnu qu'à l'inventeur et non à celui auquel l'invention aurait été révélée, même de bonne foi (...). Attendu que toute personne, dit la loi, peut bénéficier de ce droit, que la seule condition exigée est que le possesseur antérieur soit de bonne foi ; que le possesseur est de bonne foi lorsqu'il a réalisé lui-même l'invention ou lorsque, comme en l'espèce, il l'a reçue légitimement de son auteur* ».

⁵⁰² Il a été de fait jugé : « *Que si la société Mealik a pu intervenir au stade des essais et de la mise au point des prototypes, cette invention a nécessairement été effectuée pour le compte des déposants (...). Que la société Mealik, devenue Strulik SA, ne peut donc se prévaloir des dispositions de l'article L.613-7 du CPI, qui ne peuvent être invoquée par celui qui n'a possédé l'invention qu'en raison de ses relations contractuelles avec le breveté, ce qui est le cas en l'espèce* », TGI Paris, 3^{ème} ch., 31 mai 2000, *PIBD* 2000, n°708, III, p. 537. V. également l'Article 11 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

intellectuelle de l'invention. Il n'est pas nécessaire que le possesseur personnel exploite l'invention (...) ; il suffit qu'il en ait connaissance ; cela est conforme à la nature des choses : l'invention est une œuvre de l'esprit et celui qui en a la connaissance à la possession (...), car celui qui a réalisé l'invention doit bénéficier du droit de possession personnelle sans qu'il soit exigé de lui qu'il l'exploite ».⁵⁰³ Les partisans de la seconde approche plus économique ont trouvé dans le Doyen P. ROUBIER un soutien de poids lorsqu'il indiquait que « Si la possession mérite d'être prise en considération, c'est bien à ce point de vue parce que l'usager antérieur a exposé des dépenses, fait des frais pour entreprendre une exploitation. Tant qu'il n'est qu'un inventeur, il n'est pas intéressant car il n'avait qu'à se hâter et à déposer, aussitôt son invention réalisée, sa demande de brevet ; (...). Pourquoi porter remède à sa négligence ? (...). On comprend qu'il puisse poursuivre une exploitation déjà engagée mais non pas qu'il puisse en organiser une (...) d'autant plus que, même si le « possesseur » connaissait l'invention dès avant la demande de brevet de son adversaire, rien ne prouve encore qu'il soit le « véritable et premier inventeur » et personne n'a jamais exigé cette preuve »⁵⁰⁴.

223 Il existe donc une véritable opposition idéologique relative à la condition d'une possession effective pour solliciter cette exception. Il s'agit d'une opposition entre des positions où c'est l'aspect matériel de la possession qui marque ces conceptions distinctes. Il faut ici encourager le bénéfice intellectuel de la possession, mais en veillant à ce qu'elle ne soit pas simple outil de revendication, il faut que le tiers en arguant investisse véritablement dans l'exploitation. D'un point de vue jurisprudentiel, les décisions sont fluctuantes. Ainsi certaines juridictions tranchaient pour la simple exigence de la connaissance de l'invention⁵⁰⁵, d'autres allaient plus loin en réclamant l'existence d'actes d'exploitation⁵⁰⁶. Ces décisions sont certes anciennes, mais illustrent bien tout de même la présence de cette hésitation des tribunaux à avoir une position unifiée et cela perdure actuellement. Au sein de la 3^{ème} Chambre du Tribunal de Grande Instance de Paris, il faut relever deux décisions récentes qui traduisent une approche différente de cette notion de « possession ». Cette juridiction s'est donc prononcée en 2001 dans deux espèces différentes en insistant sur l'approche économique et où elle a reconnu de fait dans le premier cas que la capacité

⁵⁰³ V. le Commentaire de la loi du 2 janvier 1968, *Ann. Propr. Ind.* 1969, p.75 ; et également Le droit français des brevets d'invention, Journ. Not. 1980, p. 347.

⁵⁰⁴ P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, éd. Sirey, 1954, t. 2, n°162, p.176.

⁵⁰⁵ TGI Seine, 16 janv. 1962, *Ann. Propr. Ind.* 1963, 1963, p. 400. V. aussi CA Paris, 26 janv. 1982 : *PIBD* 1982, n°303, III, p. 119.

⁵⁰⁶ C.A Douala, 19 juill. 1859, *Ann. Propr. Ind.* 1860, p. 219. V. aussi CA Pris, 16 juill. 1934, *Ann. Propr. Ind.* 1934, p. 371.

à exploiter l'invention amène à caractériser la possession personnelle antérieure. Et, dans le second que des préparatifs sérieux à une exploitation sont nécessaires pour caractériser l'exception⁵⁰⁷. Mais la même juridiction a donné sa position en 2003 en faveur de la simple connaissance et a donc indiqué : « (...) *qu'il est de jurisprudence constate que la possession intellectuelle antérieure doit être précise et complète sans toutefois que la justification de préparatifs en vue de l'exploitation soit exigée* »⁵⁰⁸. En effet, ces approches divergentes et la position casuelle des juridictions traduisent une certaine difficulté à appréhender la notion même de la « possession » qui est au cœur de cette exception. Il faut dire que dans une économie numérique et de l'ultra compétitivité, il est utile de considérer celui qui a la connaissance de l'invention et se trouve désireux de l'exploiter sans pour autant en avoir eu les moyens. Il faut donc se prononcer pour une reconnaissance du bénéfice de l'exception fondée sur la connaissance de l'invention, mais celle-ci doit comporter une facette économique. Il faut être capable de l'exploiter si les moyens sont réunis. Il s'agirait donc d'une connaissance qu'il faut qualifier de renforcée. Le Professeur C. LE STANC insiste sur le fait qu'il « *semble plus juste de favoriser celui qui fait ou veut faire quelque chose, même s'il n'est pas le premier à breveter* »⁵⁰⁹. En tout état de cause et au regard de tout ce qui précède, le droit de possession personnelle antérieure peut être valablement invoqué par le titulaire de droit pour lui faire échapper une action en contrefaçon qu'intenterait le titulaire du brevet à son encontre. Après avoir évoqué les actes de contrefaçon relevant des droits nationaux, nous verrons ceux prévus par l'Accord de Bangui.

⁵⁰⁷ TGI Paris, 3^{ème} Ch., 9 mars 2001, *PIBD* 2001, n°728, III, p. 495, et TGI Paris, 3^{ème} Ch., 4 sept. 2001, *PIBD* 2002, n°739, III, p. 156.

⁵⁰⁸ TGI Paris, 3^{ème} Ch., 1^{er} juill. 2003, *PIBD* 2003, n°776, III, p. 587.

⁵⁰⁹ C. LE STANC, *Le droit de possession personnelle antérieure sur invention brevetée*, Mem.DES, dactyl. 1971, p. 150. V. aussi C. LE STANC, « L'exception de possession antérieure », rapport au colloque de Lyon, Centre Paul Roubier, 1978: "Inventions et droits antérieurs" Paris, Litec, Coll. CEIPI 1979, p. 109s.

CHAPITRE II : LES ACTES DE CONTREFAÇON RELEVANT DE L'ACCORD DE BANGUI

224 Les articles 37 de l'Annexe III et 58 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui énumèrent respectivement une série d'actes constitutifs d'atteinte au droit de la marque et de brevet. Les tiers non autorisés ne peuvent accomplir de tels actes sous peine de poursuite pour contrefaçon. Malgré leur diversité, certains de ces actes sont fréquemment commis et sont qualifiés de principales atteintes au droit du titulaire (**Section 1**) et d'autres moins courants sont appelés atteintes par assimilation au droit du titulaire (**Section 2**).

Section 1 : Les principaux actes de contrefaçon relevant de l'Accord de Bangui

225 La contrefaçon de brevet et de marque est considérée dans l'espace OAPI comme un délit civil ou pénal. Au sens de l'Accord de Bangui, il n'y a pas de produits de contrefaçon mais seulement des actes de contrefaçon qui sont énumérés très clairement dans les article 58 de l'Annexe I et 37 et 38 de l'Annexe III. Ainsi, un acte de contrefaçon se caractérise par un élément matériel, un élément moral et un élément légal. Concernant l'élément matériel de la contrefaçon, l'atteinte doit être portée à l'invention protégée par le brevet ou la marque, sur le territoire réservé par le titulaire de droit et pendant la période de validité de ceux-ci (c'est-à-dire, à compter du dépôt de la demande de brevet ou de marque). Pour ce qui est de l'élément moral de la contrefaçon, on sépare deux catégories de contrefacteurs : les contrefacteurs directs qui fabriquent ou importent un produit couvert par un brevet ou une marque ; ils seront condamnés sans prendre en compte un élément moral, par exemple la bonne foi. S'agissant des contrefacteurs indirects, ils effectuent tous les actes secondaires de la contrefaçon. La loi exige qu'ils aient agi en connaissance de cause pour être condamnés c'est-à-dire qu'ils doivent avoir connaissance du caractère contrefaisant du produit qui leur a été fourni. Enfin, quant à l'élément légal de la contrefaçon, il faut, tout d'abord, que le brevet ou la marque contrefaisant soit toujours en vigueur et valable et prévu par texte de loi. Le prétendu contrefacteur attaqué pour contrefaçon, effectue très souvent une demande reconventionnelle en nullité du brevet ou de la marque sur lequel il est attaqué. Le brevet ou la marque en question doit donc être valable, c'est-à-dire répondre aux critères de brevetabilité ou de validité de la marque expressément définis par l'Accord de Bangui. Si l'ensemble de ces conditions est rempli, on peut parler d'actes de contrefaçon. En raison de la diversification des actes de contrefaçon visés dans l'Accord de Bangui et dans un souci de faciliter sa compréhension, nous avons identifié ceux pouvant être considérés comme portant atteinte au droit de marque (**Paragraphe 1**) d'une part et au droit de brevet (**Paragraphe 2**) d'autre part.

Paragraphe 1 : Les différentes atteintes au droit de marque

226 Les diverses atteintes à la marque peuvent revêtir plusieurs formes. L'Annexe III de l'Accord de Bangui en ses articles 37 et 38 de l'acte du 24 février 1999⁵¹⁰ précité, sans définir la notion de contrefaçon, se contente d'énumérer une série d'actes constitutifs de contrefaçon : l'imitation frauduleuse de la marque, l'apposition frauduleuse de la marque, la substitution de la marque, l'usage de la marque contrefaite, la vente ou l'offre de vente. Il s'agira de distinguer les principales atteintes aux signes distinctifs (A) et les actes secondaires de contrefaçon de marque (B).

A- Les principales atteintes au signe distinctif

227 Les atteintes principales au signe distinctif consistent en sa reproduction (1), son imitation (2), son apposition (3) et enfin la substitution de produits (4).

1- La reproduction du signe

228 L'article 37 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui du 24 Février 1999 dispose ce qui suit :

2) « Sont punis d'une amende de 1.000.000 à 6.000.000 francs CFA et d'un emprisonnement de deux ans ;

e) Ceux qui frauduleusement apposent sur les produits ou objets de leur commerce, une marque appartenant à autrui ;

f) Ceux qui sciemment vendent ou mettent en vente un ou plusieurs produits revêtus d'une marque contrefaisante ou frauduleusement apposée ou ceux qui sciemment vendent, ou mettent en vente, fournissent ou offrent de fournir des produits ou services sous une telle marque ;

g) Ceux qui font une imitation frauduleuse d'une marque de nature à tromper l'acheteur ou font usage d'une marque frauduleusement imitée.

h) Ceux qui sciemment vendent ou mettent en vente un ou plusieurs produits revêtus d'une marque frauduleusement imitée en portant des indications propres à tromper l'acheteur sur la nature du produit ou ceux qui fournissent ou offrent de fournir des produits ou des services sous une telle marque ;

⁵¹⁰ Article 37 et 38 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui du 24 février 1999.

3) Sont également punis des mêmes peines visées à l'article 1) précédent :

c) Ceux qui sciemment livrent un produit ou fournissent un service autre que celui qui leur a été demandé sous une marque déposée.

d) Ceux qui font usage d'une marque portant des indications propres à tromper l'acheteur sur la nature du produit. Il ressort de l'analyse de ce texte que bien que l'accord de Bangui du 24 février 1999 soit muet sur la définition de la contrefaçon, certains auteurs l'appréhendent comme étant des actes qui recouvrent toutes les atteintes illégitimes au droit exclusif du titulaire d'une marque.⁵¹¹ A l'analyse de ces textes, il apparaît clairement que l'article 37 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui ne retient pas le délit de reproduction illicite de la marque d'autrui comme un acte de contrefaçon. Cependant, il vise expressément le délit de l'imitation qui n'est que « la reproduction quasi identique » de la marque alors que le délit de reproduction qui est la « reproduction à l'identique » n'est pas punissable.

229. Selon le principe de la légalité des peines et de l'interprétation stricte de la loi en matière pénale⁵¹², aucune infraction n'est punissable sans qu'elle ne soit expressément prévue par un texte. Il serait donc paradoxal que le juge pénal de l'espace OAPI retienne jusqu'à ce jour, la culpabilité d'un présumé contrefacteur sur le fondement de l'article 37 susvisé pour un délit comme l'imitation illicite de marque chaque fois qu'il sera sollicité pour connaître d'une atteinte au droit de marque alors que l'atteinte constitutive de reproduction illicite à l'identique de celle-ci n'est pas expressément prévue par l'Accord de Bangui du 24 février 1999. Ainsi, en principe, tout acte de reproduction illicite à l'identique de marque commis par un tiers dans l'espace OAPI, ne devrait pas être punissable lorsque l'action est portée devant le juge pénal. Il serait souhaitable que le législateur de l'espace OAPI, dans la quête constante de la consolidation de cet instrument communautaire, vise expressément le délit de reproduction illicite à l'identique de la marque comme une atteinte grave portée à l'encontre du droit du titulaire au risque de voir les contrefacteurs exploiter ce vide juridique. Dès lors, en vertu du principe de la légalité des délits et des peines faisant défaut, cette atteinte ne peut valablement être poursuivie devant le juge pénal. Au regard de tout ce qui précède, les faits de contrefaçon sont soumis à la réalisation de conditions de validité préalable de la marque. Ces conditions sont cumulatives. En effet, pour que les faits de

⁵¹¹ J. PASSA, *Les conditions générales d'une atteinte aux droits sur une marque*, Prop. Indus., février 2005, Chr. 2, p. 8 ; *Le droit pénal des marques après la loi Perben 2*, D. 2005 Chr. 433 ; *Les divergences dans la définition de l'acte de contrefaçon dans les différentes branches du droit de la propriété intellectuelle*, Propr. Intell. 2004/10, p. 23. F. POLLAUD-DULIAND, *L'emploi des marques d'autrui dans un système de référence commerciale sur internet*, Prop. Intell. Juillet 2010, p. 823.

⁵¹² Article 14 du code pénal ivoirien précité.

contrefaçon soient retenus, la marque doit d'abord être valable, ensuite elle doit exister dans l'espace.⁵¹³ c'est-à-dire en application du principe de la territorialité selon lequel l'acte de contrefaçon doit être commis dans l'espace de sa protection. Elle doit en outre exister dans le temps, c'est-à-dire que « *l'enregistrement d'une marque n'a d'effet que pour dix, à compter de la date de dépôt de la demande d'enregistrement ; toutefois, la propriété de la marque peut être conservée sans limitation de durée par des renouvellements successifs pouvant être effectués tous les dix ans* ». ⁵¹⁴ Enfin, l'Accord de Bangui exige que la marque soit conforme aux lois en vigueur.⁵¹⁵ Il faut noter, toutefois, que la révision de l'Accord de Bangui du 15 décembre 2015, prenant la mesure des critiques inlassablement apportées sur ce point par les experts de l'espace OAPI, a pris soin de dissocier les actes de contrefaçon prévus à l'article 6⁵¹⁶ qui prennent désormais en compte la reproduction et la définition de la contrefaçon en son article 49.⁵¹⁷ Ces nouvelles dispositions constituent une avancée notable dans l'espace OAPI dans la mesure où elles viennent combler un vide juridique dans l'appareil judiciaire des Etats membres.

230. La reproduction du signe est l'atteinte la plus fréquemment portée au droit de la marque. Elle a été longtemps considérée dans la législation française comme l'essence même de la contrefaçon de marque. Ainsi, sous l'empire de la loi française de 1857, la reproduction était le support matériel de la contrefaçon. Certains auteurs contemporains gardent encore cette conception de la reproduction. Pour Messieurs CHAVANNE et BURST, la contrefaçon au sens étroit est « *la reproduction à l'identique de tout ou partie de la marque d'autrui* »⁵¹⁸. Pour la doctrine et la jurisprudence, la reproduction est l'acte de « *confectionner ou de reproduire la marque à l'identique ou quasi identique. Elle est soit servile, c'est-à-dire sans aucune différence perceptible, quasi-servile, lorsque les différences sont insignifiantes, presque imperceptibles* »⁵¹⁹. Les Professeurs SZALEWSKI et PIERRE ajoutent qu'outre le sens de la copie servile du signe constituant la marque, « *la reproduction est quasi identique, dès lors que la marque reproduite laisse subsister d'une identité totale par rapport à la marque authentique* »⁵²⁰. Il y a donc

⁵¹³ Article 2 de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle de 1883 relative au traitement national pour les ressortissants des pays de l'Union. V. aussi l'article 3 de l'accord sur les ADPIC de 1994 relatif au traitement national.

⁵¹⁴ Article 19 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

⁵¹⁵ Article 3 c) et e) de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

⁵¹⁶ Article 6 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui, acte du 15 décembre 2015.

⁵¹⁷ Article 49 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui, acte du 15 décembre 2015 dispose que « 1) Toute atteinte portée aux droits du titulaire de la marque, tels qu'ils sont définis à l'article 6, constitue une contrefaçon. La contrefaçon engage la responsabilité civile et pénale de son auteur. 2) La contrefaçon peut être prouvée par tout moyen ».

⁵¹⁸ A. CHAVANNE et J-J. BURST, *Droit de la propriété industrielle*, op. cit, p. 646.

⁵¹⁹ Cass. Com., 16 novembre 1981, Bull. Civ. IV, n°395, p. 313.

⁵²⁰ J-S. SZALEWSKI et J-L. PIERRE, *Droit de la propriété intellectuelle*, Litec, 2011, 3^e éd. p. 234.

reproduction, toutes les fois qu'il y a confection ou reproduction identique ou quasi identique d'une marque régulièrement enregistrée. Les modes de reproduction peuvent aussi être nombreux et variés que l'imagination humaine. Le délit de contrefaçon existe dès que la marque d'autrui est reproduite matériellement. Par exemple, la marque peut être reproduite dans un nom commercial, sur une affiche, un emballage publicitaire, dans un catalogue ou sur un camion de livraison.

231. La question qui s'est posée était de savoir si la marque contrefaisante devait être une copie servile de la marque contrefaite ? L'exigence d'identité entre la marque protégée et la marque contrefaisante n'est plus à l'ordre du jour. Si l'on doit exiger que la reproduction prenne la forme d'une copie servile, la conséquence sera la mise en échec totale de la protection de la marque, car de la sorte, le contrefacteur ne risquera aucune sanction du moment qu'il suffit de reproduire la marque à quelques différences près pour se dérober de toute poursuite en contrefaçon. Même en pratique, on note qu'il est de moins en moins courant de voir un contrefacteur reproduire la marque d'autrui en entier⁵²¹. L'appréciation de la reproduction se fait donc selon la ressemblance entre la marque contrefaite et la marque contrefaisante et non selon leur dissemblance⁵²².

232. A la lecture de certaines décisions de la Commission Supérieure de Recours de l'OAPI, il apparaît clairement qu'elle a ainsi décidé de la radiation de la marque CASIO (script) déposée par la société H2K au motif que celle-ci est une reproduction à l'identique des marques appartenant à la société CASIO KEISANKI KABUSHIKI KAISHA⁵²³, bien qu'elle soit enregistrée en caractère d'imprimerie de taille et de police différentes de celles de marques antérieures. Il en est de même de la commission des oppositions de l'OAPI qui a proposé au Directeur Général, la radiation de « VIVAFRAISE » pour cause de contrefaçon de « VITAFRAISE »⁵²⁴. Le juge sénégalais a retenu la contrefaçon de « MAGGI NOKOSS » par « NOKOSS COOK » et « NOKOSS JUMBO »⁵²⁵. Les contrefacteurs ont l'imagination fertile de sorte que la reproduction de la marque peut prendre diverses formes au point de rendre très difficile d'établir une différence entre les actes de reproduction et celles relatives à l'imitation illicite de la marque. Toutefois, en dépit de cette difficulté, cet état de fait n'a aucune incidence négative puisque l'imitation elle-même est

⁵²¹ J-S. SZALEWSKI et J-L. PIERRE, *op. cit.*, p. 234.

⁵²² *Ibidem*

⁵²³ Décision N°00006/OAPI/DGA/DAJ/SAJ portant radiation de l'enregistrement de la marque CASIO (Script) n°56311, rendue le 04 janvier 2011.

⁵²⁴ Décision N° 0088/OAPI/DG/SCAJ portant radiation de l'enregistrement de la marque « VIVAFRAISE Vignette » n° 46007, rendue le 20 juin 2003.

⁵²⁵ Décision N° 0065/OAPI/DG/SCAJ portant radiation de l'enregistrement de la marque « NOKOSS JUMBO Vignette » n° 43767, rendue le 20 juin 2003.

constitutive de contrefaçon.

2 - L'imitation du signe

233 L'imitation de la marque d'autrui ne consiste pas en une reproduction totale ou partielle de celle-ci, mais suppose un risque de confusion entre cette marque et une autre marque déposée par un concurrent. L'alinéa 1 (c) de l'article 37 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui révisé sanctionne « *ceux qui font une imitation frauduleuse d'une marque de nature à tromper l'acheteur ou font l'usage d'une marque frauduleusement imitée*⁵²⁶ ». Il s'agit d'un délit qui consiste à emprunter des éléments de la marque d'autrui sans pour autant les reproduire exactement et à s'en rapprocher au point de créer un danger de confusion avec la marque imitée⁵²⁷. La contrefaçon d'une marque par imitation peut entraîner un risque de confusion qui s'apprécie par les ressemblances et non par les différences. Les membres de la Commission Supérieure de Recours (CSR) ou les juges procèdent généralement à une comparaison synthétique des marques en présence et apprécient s'il y a ou non un risque de confusion. Durant cette comparaison, il faut que le client de la marque n'ait pas en même temps les deux marques sous les yeux. On se référera à l'impression d'ensemble laissée par la marque dans l'esprit d'un consommateur d'attention moyenne n'ayant pas les deux signes en même temps sous les yeux. Les juges de la CSR ont estimé que la marque « *JOMO* » imite « *OMO* »⁵²⁸ et que « *EMPIRE ROYALS* » imite « *ROTHMANS* »⁵²⁹. Dans ces décisions susvisées, le juge OAPI a estimé que « *la coexistence des mêmes produits de marques similaires est de nature à créer un risque de confusion aux yeux du consommateur d'attention moyenne* ».

234 Des différences notables ne peuvent empêcher le délit d'imitation d'exister. Les éléments de comparaison doivent porter sur ceux qui figurent au dépôt des marques ou certains d'entre eux, à condition qu'ils soient distinctifs⁵³⁰. Par contre, si l'imitation concerne d'autres éléments, on se retrouve en présence de faits de concurrence déloyale par recherche de confusion de produits. L'imitation est facilement détectable lorsque la marque contrefaite est simple. Il suffit dans ce cas

⁵²⁶ Article 37 alinéa 1 annexe III de l'Accord de Bangui, précité.

⁵²⁷ A. CHAVANNE et J-J. BURST, *op.cit.* p. 745.

⁵²⁸ Décision n°005/OAPI/CSR portant radiation de l'enregistrement de la marque « JOMO » n°82689, rendue le 10 novembre 2020.

⁵²⁹ Décision n°0171/OAPI/CSR portant radiation de l'enregistrement de la marque « EMPIRE ROYALS » n°64039 rendue le 13 novembre 2013.

⁵³⁰ Paris, 31 Mai 1978. *RIPIA* 1978, p. 135. ; Versailles, 28 Février 1991, *PIBD* 1991. III. 579. n°508.

de procéder à une comparaison synthétique des deux marques en présence et d'apprécier s'il y a risque de confusion. En présence d'une marque complexe composée à la fois de termes banaux et originaux, la reproduction des termes banaux est libre pour tous les commerçants qui peuvent les utiliser. Et l'imitation n'existera que si cette marque porte atteinte aux termes originaux. Il peut aussi arriver que dans l'imitation, il n'y ait aucun élément repris à l'identique. Ce qui n'empêche pas que l'impression d'ensemble soit proche et susceptible de tromper le public. Lorsque la marque imitée comporte plutôt un préfixe ou un suffixe qui se trouve être un terme banal nécessaire à ceux qui vendent ou offrent des produits de même nature, le problème est à prendre avec délicatesse. Le juge doit-il procéder à une comparaison de la totalité des marques ou seulement des parties originales de la marque ? Il est préférable que la comparaison porte uniquement sur la partie originale des marques. Tel est le cas de la marque « *RADIELEC* » qui n'est pas une imitation de la marque « *RHONELEC* » parce que le suffixe « *elec* » est banal pour les appareils électroniques⁵³¹. Cette jurisprudence est certes ancienne, mais elle illustre parfaitement notre démonstration.

235 Il faut retenir que le législateur prend le soin d'éviter que le titulaire de la marque ne bloque le signe ou tout signe s'y approchant pour tout autre usage. A cet effet, l'article 7 (3) de l'Annexe III de l'Accord de Bangui dispose que : « *l'enregistrement de la marque ne confère pas à son titulaire le droit d'interdire aux tiers l'usage de bonne foi de leur nom, de leur adresse, d'un pseudonyme, d'un nom géographique, ou d'indications exactes relatives à l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, le lieu d'origine ou l'époque de la production de leurs produits (...), pour autant qu'il s'agisse d'un usage limité à des fins de simple identification ou d'information et qui ne puisse induire le public en erreur sur la provenance des produits...* ». Il peut y avoir imitation, simplement par une ressemblance phonétique ou auditive, par exemple, entre une marque « *MMS 2600* » et une marque « *Laboratoires NMS*⁵³² » ou par conjonction de similitudes visuelles et intellectuelles comme dans l'imitation de la marque de café « *CARTE NOIRE* » par « *LABEL NOIR*⁵³³ ».

⁵³¹ Lyon, 11 Mars 1971, D.1972. p. 307, note CHAVANNE (A).

⁵³² Cass.Com, 22 Octobre 1991, *PIBD*, 1992, n°515.III.71 « l'imitation illicite de la marque est constituée même si elle est seulement phonétique... ».

⁵³³ Paris, 29 avril 1993, *Annales*, 1994, p. 93.

236 L'imitation peut exister par synonymie. Elle peut aussi exister enfin sur une ressemblance intellectuelle, sur des associations d'idées qui amèneront le client à confondre les produits ou à ne plus distinguer clairement l'un de l'autre⁵³⁴. Cette association peut également s'opérer par contraste ou par opposition : on parle d'imitation par contraste⁵³⁵. L'illustration classique de l'imitation par contraste est fournie par le litige qui a opposé autrefois la célèbre marque « *La vache qui rit* » à son imitatrice, « *la vache sérieuse*⁵³⁶ ». Malgré le fait que nous soyons à la lisière du parasitisme, il convient d'admettre qu'il y a là une forme de contrefaçon par imitation.

3-La contrefaçon par apposition d'une marque appartenant à autrui ou le délit de remplissage

237. Les atteintes aux produits ne visent pas directement le signe distinctif, mais elles consistent à livrer au consommateur un produit autre que celui désigné habituellement par la marque. L'article 37 alinéa 1a) de l'Annexe III de l'Accord de Bangui incrimine « *ceux qui frauduleusement apposent sur leurs produits ou objets de leur commerce, une marque appartenant à autrui*⁵³⁷ ». L'intention frauduleuse est une fois de plus exigée par la loi. Il s'agit de l'hypothèse où la marque ou, plus exactement, la reproduction de cette marque est authentique, mais où un tiers l'appose frauduleusement sur des produits sans y être autorisé. Par conséquent, le tiers qui appose son étiquette ou remplit la bouteille d'une boisson qui n'est pas authentique suffit à constituer la contrefaçon. Ces actes ne constituent pas seulement des atteintes au droit privatif du titulaire de la marque, ils tendent également à tromper la clientèle sur la nature, l'origine ou les caractéristiques du produit. Si cela se produit du côté de la clientèle, l'acte tombe sous le coup de la fraude. On se retrouve en présence d'un concours idéal de contrefaçon. Ce délit est appréhendé par la doctrine comme étant un cas particulier d'usage⁵³⁸. L'apposition d'une marque d'autrui est punissable si les produits irrégulièrement recouverts par cette marque sont identiques à ceux mentionnés dans l'enregistrement. Il ne saurait y avoir contrefaçon que s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public. A cet effet, s'il n'y a pas usage du conditionnement à titre de marque, on ne saurait parler de contrefaçon. Tel est le cas d'une personne qui remplit, pour son propre usage, une bouteille de bière marquée avec une autre bière. Si le conditionnement est utilisé

⁵³⁴ Décision n°015/20/OAPI/CSR portant radiation de la marque « O2vie » n°97800, rendue le 17 novembre 2020.

⁵³⁵ E. HIRSCH-BALLIN, *Imitation par contraste*, in *Mélanges ROUBIER*, 1961, T.2, p. 489.

⁵³⁶ Paris, 4 mars 1959, D.1960, p. 26 Obs. DEBOIS ; JCP, 1959.II.11796, obs. PLAISANT, Annales, 1959, p. 140 Obs. Le TARNEC ; Trib. Civ. Seine, 11 avril 1956, JCP, 1957.II.9869, obs. A. CHAVANNE ; Cass., 5 Janvier 1966, Annales, 1957, p. 83.

⁵³⁷ Article 37 al. 1a de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

⁵³⁸ J.S. SZALEWSKI et J-L. PIERRE, *Droit de la propriété intellectuelle*, op cit, p.235.

en dehors de la spécialité, la contrefaçon est exclue. Par exemple, un pompiste qui remplit d'essence un bidon d'huile qu'il vend à l'automobiliste en panne sèche. Malgré tout, si les produits sur lesquels est apposée la marque sont similaires à ceux figurant au dépôt, l'apposition constitue une contrefaçon dans la mesure où l'on va noter un risque de confusion dans l'esprit du public. Enfin, si les produits sont authentiques, mais n'ont pas été marqués par le propriétaire de ladite marque, un tiers qui appose sa marque sans autorisation commet un délit punissable. Une illustration relative à la contrefaçon par apposition de la marque appartenant à autrui est fournie par la jurisprudence française. Celle-ci met en cause des dirigeants d'une entreprise chinoise exportatrice de vins depuis la France, poursuivie en contrefaçon pour avoir apposé sur des bouteilles destinées à être vendues en chine, une marque appartenant à une société viticole française.⁵³⁹

238 L'apposition recouvre aussi l'hypothèse de la réapposition de marque. Notamment, il peut arriver qu'un commerçant peu scrupuleux réappose la marque sur un produit réparé ou modifié pour faire croire que le produit est neuf et provient du titulaire de la marque, ou la présente comme un conditionnement authentique. Cette réapposition est une contrefaçon en même temps qu'une tromperie sur l'origine du produit. Il y a contrefaçon car la fonction de la marque, qui est de garantir l'origine du produit, a été faussée. Egalement, il arrive que, pour des raisons de commercialisation, un distributeur soit amené à reconditionner des produits authentiques. Il semble alors, qu'il y ait atteinte à la marque si les produits ont subi une altération au cours de l'opération de reconditionnement⁵⁴⁰. Les contrefacteurs sont des êtres malveillants et la moindre inattention du consommateur suffit pour qu'ils parviennent à leur fin. Il n'est pas rare de voir un contrefacteur livrer un produit autre que celui demandé par le consommateur. La loi incrimine ce comportement de substitution de produit ou service.

⁵³⁹ Cass. com., 17 janv. 2018, n°15-29.276. Par cet arrêt, la Cour de cassation opère un revirement significatif sur cette question. Se référant aux directives européennes en matière de marque (tant de 1988, 2008 ou 2015), lesquelles avaient pour but de rapprocher totalement les législations des Etats-membres elle constate qu'elles ne prévoyaient pas cette exception, ce qui avait été confirmé par la jurisprudence européenne (CJCE, 20 nov. 2001, aff. C-414/99 à C-416/99 et CJCE, 12 nov. 2002, aff. C-206/01).

⁵⁴⁰ A titre de droit comparé, article 5 alinéa 3 a) de la 1^{ère} Directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques. J.O. n° L 040 du 11 février 1989 p. 0001-0007. V. également R. KOVAR « Le reconditionnement des produits marqué », Mélanges BURST, 1997, p. 213.

239. Aux termes de l'article 37 alinéa 2 a) de l'Annexe III de l'Accord de Bangui, sont punis également des peines de la contrefaçon « *ceux qui sciemment livrent un produit ou fournissent un service autre que celui qui leur a été demandé sous une autre marque déposée*⁵⁴¹ ». Pour rappel, ce délit est né avec le développement des ventes de parfums en référence à un tableau de concordance. Dans la pratique, le contrefacteur offre au moment de la vente un produit autre que celui sollicité par le consommateur. Ce délit est plus commis sur les produits de luxe (les parfums, les produits cosmétiques, les vins et les spiritueux) que sur ceux de masse (les vêtements, les chaussures, les confiseries, les montres etc...). Il ressort de ce texte que le délit est consommé dès la livraison faite de mauvaise foi, contrairement à la demande d'usage⁵⁴². Par exemple, lorsqu'un commerçant à qui un client a demandé des pastilles d'une certaine marque, lui en remet d'autres, mais dans un emballage sans marque⁵⁴³, il ne s'agit pas d'une contrefaçon par apposition, mais du délit de substitution de produit. Le délit existe aussi lorsque sur la commande écrite d'un produit marqué, on expédie un autre produit sans aucune forme de précision⁵⁴⁴. Pour qu'il y ait délit, la mauvaise foi est nécessaire. Par contre, il n'est pas nécessaire que l'acquéreur ait eu connaissance de ce que le produit livré n'était pas celui commandé. L'élément intentionnel s'apprécie chez celui qui livre sciemment un produit autre que celui qui a été commandé, même en l'absence de toute manœuvre dolosive. C'est le cas d'un employé qui livre un autre produit en lieu et place de celui demandé par le consommateur, doit être poursuivi. Toutefois, la loi française⁵⁴⁵ a cherché à faciliter le développement des médicaments génériques en permettant aux pharmacies de délivrer un médicament générique en lieu et place de la spécialité prescrite. Outre les atteintes directes au droit de marque, la marque peut faire l'objet d'autres atteintes. Celles-ci ne visent pas directement le droit spécifique de marque tels les actes de contrefaçon, mais elles empêchent le titulaire de jouir pleinement de sa marque.

⁵⁴¹ Article 37 alinéa 2 (a), Annexe III de l'Accord de Bangui, précité.

⁵⁴² Cass. Com., 5 novembre 1976 : D.1977, IR, p. 51.

⁵⁴³ Paris, 6 Février 1960, « Valda », Annales 1960, p. 187. Obs. d'G. GAULTIER.

⁵⁴⁴ TGI Paris, 10 juillet 1974, *PIBD*, 1975. III. 63.

⁵⁴⁵ Loi française du 23 Décembre 1998 sur le financement de la sécurité sociale.

A- Les actes secondaires de contrefaçon de marque

240. Ces atteintes sont dites indirectes parce qu'elles sont commises par des personnes qui n'ont pas contrefait directement la marque. Leur faute résulte du fait que soit, ils exploitent sciemment une marque contrefaisante (1) soit ils participent à la vente ou la mise en vente de produits indûment marqués (2).

1- L'usage illicite de la marque

241. Le délit d'usage est prévu à l'article 37 alinéa 2 b) de l'Annexe III de l'Accord de Bangui qui réprime ceux qui font usage d'une marque portant des indications à tromper l'acheteur sur la nature du produit. Ce délit découle de l'utilisation non autorisée de la marque enregistrée⁵⁴⁶. L'élément matériel du délit consiste à faire usage de la marque. C'est donc l'emploi de la marque dans sa fonction de désignation de la provenance des objets qu'elle couvre. Faudrait-il encore que l'usage soit fait au cours d'une opération commerciale. Mais, la notion d'opération commerciale doit être prise dans son sens large. Ainsi, le simple fait de déposer une marque identique à une marque déjà protégée même non suivie immédiatement d'exploitation commerciale est un usage illicite. Toutefois, il n'y a pas de contrefaçon lorsque l'usage est fait à titre privé. De même l'usage de la marque d'autrui pour des produits différents de ceux qui figurent au dépôt ne relève pas en principe du droit de la marque. La raison est simple puisque dans ce cas, il n'y a pas atteinte à la marque dans sa spécialité⁵⁴⁷. La répression s'imposera pour une marque notoire pour la simple raison que les consommateurs pourraient penser à un éventuel lien commercial entre le titulaire de la marque notoire et celui de la marque contrefaisante. Lorsque l'usage est entendu au sens large, il s'étend aux opérations de vente, d'offre à la vente, d'exportation, de détention etc. L'acte d'usage se place à un moment quelconque entre la fabrication et la vente du produit. Le support de l'usage ressemble beaucoup à celui de la reproduction. Le délit peut avoir pour support le nom commercial, l'enseigne, l'usage de la marque dans une opération publicitaire. Le juge de la Cour d'Appel de Dakar semble heureusement bien comprendre la notion de contrefaçon de marque par usage. Il a visé partiellement dans son arrêt du 19 Juin 1998 le dispositif d'un jugement du Tribunal hors classe de Dakar⁵⁴⁸. En effet, le juge d'instance avait débouté le demandeur d'une action en

⁵⁴⁶ Art 37 al. 2 (b) de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

⁵⁴⁷ A. CHAVANNE et J-J. BURST, *op.cit.* p. 759.

⁵⁴⁸ Dakar, 19 Juin 1998, Rec. Jur. OAPI, T. II, p. 18. V. également, Cass. Com. 27 février 1996, Bull. civ. IV, n°66, p. 52 ; PIBD. 1996 n°613.III.355 « *En retenant que la société Euromarché en procédant au référencement des produits contrefaits sélectionnés par ses soins a joué un rôle d'intermédiaire entre la société Grande Surface de Millau et le distributeur, la cour d'appel a pu en déduire (...) qu'une telle activité constituait un acte de contrefaçon* ».

contrefaçon par usage. Il avait motivé sa décision en déclarant en substance que la contrefaçon se définit soit comme une reproduction servile ou quasi servile de la marque appartenant à autrui, soit comme une imitation créant ainsi un risque de confusion. Et, que les défendeurs n'avaient commis aucun de ces actes qu'ils se limitaient à importer des marchandises et à les commercialiser sur les marchés sénégalais. De ce fait, ils n'étaient pas coupables de contrefaçon. Pour ce juge, la contrefaçon exige forcément un acte de modification de la part du contrefacteur. Il doit soit reproduire ou imiter la marque pour qu'il tombe sous le coup de la répression. Le simple fait de détenir et de commercialiser un produit, même contrefaisant une marque, ne saurait constituer la contrefaçon. C'est donc à bon droit que le juge d'Appel a infirmé bien que partiellement cette décision. Pour ce dernier, le fait pour le défendeur d'importer et de commercialiser sur le territoire sénégalais une marque alors que son fournisseur n'était plus lié par un contrat de licence au titulaire de ladite marque est un acte de contrefaçon par usage. Le fournisseur tunisien a fait usage de la marque après expiration du contrat qui le liait à son propriétaire, spécialement en livrant des produits incorporant ladite marque à la société sénégalaise importatrice. De ce fait, la société sénégalaise a manqué à son propre devoir de prudence en introduisant dans l'un des Etats membres de l'OAPI, ces produits illicitement revêtus à l'étranger de la marque au Sénégal⁵⁴⁹. La bonne application de l'article 37 de l'Accord de Bangui précisé par le juge d'Appel sénégalais, a ainsi permis de réprimer l'auteur de cet usage illicite que le juge d'instance avait à tort exonéré de responsabilité. Bien que l'usage de la marque s'étende à la vente ou la mise en vente, la loi a fait de cette atteinte un délit particulier.

2- La vente ou la mise en vente de produits indûment marqués

242 Ces délits sont prévus à l'article 37 alinéa 1b) et d) de l'Accord de Bangui respectivement pour la vente ou la mise en vente des marques contrefaisantes et pour des marques frauduleusement imitées. Ces dispositions visent le fait d'avoir vendu ou offert à la vente une marque contrefaisante ou frauduleusement imitée. Cette sorte d'infraction peut être commise par des commerçants qui ne se sont pas rendus coupables d'actes de reproduction ou d'imitation. Mais, assez souvent, une même personne reproduit la marque d'autrui et vend les produits portant une telle marque. Elle pourrait aussi apposer frauduleusement la marque d'autrui sur ses produits. Le cumul de ces infractions sera alors très fréquent.

⁵⁴⁹ *Ibidem*.

243 L'article 37 b) et d) de l'Annexe III de l'Accord de Bangui dispose que « *ceux qui offrent de fournir des produits ou des services* » sous une marque contrefaite ou frauduleusement apposée, sont aussi coupables d'actes de contrefaçon. A l'analyse de texte, le législateur OAPI tente d'étendre la notion de vente à l'exposition. Ainsi, se trouvent punis les étalages de marchandises de marques contrefaisantes même si l'acte de vente lui-même n'a pas encore été effectué. Parfois, les autres actes de contrefaçon de marque peuvent avoir été commis avant le délit de vente ou de mise en vente. En l'absence de jurisprudence relative à la vente ou la mise en vente de produits contrefaisants dans l'espace OAPI, nous avons eu recours à une décision de la Cour de cassation française qui vient illustrer nos développements⁵⁵⁰. Le délit de mise en vente n'est constitué qu'en présence de mauvaise foi, cependant la faute civile reste toujours constituée. L'incrimination des atteintes aux droits de l'exploitant de la marque ne trouve son efficacité, voire sa raison d'être, qu'à travers la possibilité ouverte à la victime de la contrefaçon d'agir en justice. Après avoir énuméré et analysé les actes de contrefaçon de marque qui peuvent porter atteinte au médicament, nous nous appesantirons sur celles relatives au brevet d'invention.

Paragraphe 2 : Les actes d'atteintes aux droits du breveté

244 Le législateur OAPI donne une énumération non exhaustive des faits constitutifs de la contrefaçon⁵⁵¹. Toutefois, ils recouvrent toutes les formes d'exploitation dite directe (**A**) ou indirecte (**B**) de l'invention sans l'autorisation préalable du titulaire du brevet.⁵⁵²

A- Les actes directs de contrefaçon

245 Les atteintes directes au droit du breveté sur le médicament peuvent être regroupés selon notre entendement en trois catégories : l'emploi de moyens faisant l'objet du brevet (**1**) et la vente ou l'exposition en vente (**2**).

⁵⁵⁰ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 21 octobre 2003, 02-87.156, inédit.

⁵⁵¹ Article 58 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui

⁵⁵² Cass. Com., 7 juillet 2004, *PIBD* n°793-III-495.

1- L'emploi de moyens faisant l'objet du brevet

246 L'article 58 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui dispose que « *Sous réserve des dispositions des articles 8 et 46 à 56, toute atteinte portée aux droits du breveté, soit par l'emploi de moyens faisant l'objet de son brevet...constitue le délit de contrefaçon* ». On entend par emploi de moyens, l'utilisation à titre professionnel ou commercial et non pas l'usage privé. Bien entendu, cette utilisation n'est constitutive de contrefaçon que si l'utilisateur sait que le produit est utilisé ou qu'il a été produit sans l'autorisation du titulaire du brevet. La contrefaçon consistant en la fabrication d'un produit breveté réside dans le fait de procéder sans le consentement du propriétaire du brevet à la production ou à la reproduction de ce produit que ce soit pour son propre compte ou pour le compte d'autrui. L'acte de production constitue en soi une contrefaçon indépendamment de la finalité pour laquelle cette production a été faite.

2- La vente ou l'exposition en vente

247. Selon l'article 58 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui, la vente ou l'exposition en vente d'un ou plusieurs objets portant atteinte aux droits du breveté, constitue également un délit de contrefaçon. La vente ou l'offre en vente consiste en la mise à disposition du public par tous moyens en vue d'attirer des acheteurs potentiels (tel que la publicité) et la mise dans le commerce consiste en la distribution du produit dans des points de vente accessible au public. Pour que de tels actes soient constitutifs de contrefaçon et réprimés comme tels, il faut que celui qui les a commis ait eu connaissance que les produits ont été fabriqués en violation des droits d'un titulaire de brevet d'invention sur ces produits.

B- Les actes indirects de contrefaçon

248 On entend par exploitation indirecte, le fait que l'acte de contrefaçon ne soit pas directement commis par le contrefacteur. Ces actes non exhaustifs peuvent être scindés en deux : l'introduction sur le territoire national de l'un des Etats membres (1) et la contrefaçon par recel (2).

1- L'introduction sur le territoire national de l'un des Etats membres

249. Aux termes de l'article 58 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui, l'introduction sur le territoire national de l'un des Etats membres d'un ou plusieurs objets portant atteinte aux droits du breveté, constitue le délit de contrefaçon. En vertu du principe de territorialité, le juge OAPI ne peut sanctionner que les actes accomplis dans l'espace OAPI en violation du brevet délivré par celui-ci. Cela signifie qu'il ne peut, normalement, pas sanctionner la fabrication réalisée au pays d'exportation. Mais, la loi permet d'empêcher l'importation des articles contrefaisants. L'importation des produits couverts par le brevet ou obtenus directement par le procédé breveté est une contrefaçon sans qu'il faille rechercher si l'importateur est de bonne foi ou non. En outre, que la fabrication au pays d'origine ait été opérée de façon licite ou illicite, il est possible de sanctionner dans l'espace OAPI, le fabricant étranger s'il est démontré qu'il a participé activement à l'importation dans l'espace OAPI. Il peut alors être assimilé à l'importateur (ou pour emprunter une terminologie pénale être considéré comme une sorte de complice ou d'instigateur) et se voir condamner *in solidum* avec l'importateur dans l'espace OAPI. En outre, la question du sort des marchandises en transit dans un pays a toujours été discutée en raison de la territorialité des droits de propriété industrielle. Le transit est un acte d'importation spécifique qui ne réalise pas de mise sur le marché de l'Etat de transit, les marchandises ne faisant que passer. Cependant, si ces marchandises ont été fabriquées ou mises en circulation de façon illicite, au pays d'exportation, il peut sembler légitime que la victime de ces actes de contrefaçon puisse les intercepter lors de leur circulation notamment avec le concours des autorités douanières.

250. Le Règlement communautaire N°09/2001/CM/UEMOA du 26 novembre 2001 portant code des douanes fixe les cas et les modalités d'intervention des autorités douanières, mais il concerne les marchandises qui violent un droit de propriété intellectuelle au regard du droit interne de l'Etat membre où la demande d'interception est introduite.

2-La contrefaçon par recel

251. Il convient de noter que dans la mesure où l'Accord de Bangui ne prévoit pas expressément le recel en cas d'atteintes portées aux droits du breveté, c'est donc à la loi nationale de chaque Etat partie qu'il faut recourir pour réprimer cette infraction qualifiée selon les cas de délit ou de crime. Le recel⁵⁵³ est le fait pour une personne de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose ou

⁵⁵³ Article 477 du code pénal ivoirien sur les lois générales.

de faire office d'intermédiaire, en sachant qu'elle provient d'un crime ou d'un délit. L'infraction réside aussi dans le fait de bénéficier, en connaissance de cause et par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit⁵⁵⁴. Il ne suffit pas que la personne invoque son ignorance de l'origine de la chose pour que sa bonne foi soit reconnue. En effet, posséder un objet de contrefaçon constitue un acte de recel, mais si le détenteur du produit contrefaisant est de bonne foi, le droit pénal s'en désintéressera. A l'inverse, s'il a connaissance du caractère contrefaisant des produits qu'il détient, il peut alors être considéré comme auteur de recel de contrefaçon. La mauvaise foi peut se déduire des circonstances telles que l'achat à bas prix ou sans facture. Le receleur encourt les peines de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende 300.000 à 3.000.00 de francs jusqu'à la moitié de la valeur des objets recelés⁵⁵⁵. Mais, les peines peuvent être aggravées en raison du recel lui-même, notamment s'il est habituel, lié aux facilités procurées par l'exercice d'une activité professionnelle ou commise en bande organisée. En sus, le délit de recel simple ou aggravé peut être réprimé plus sévèrement en raison de l'infraction d'origine. Dans ce cas, le receleur encourt les peines attachées à cette infraction s'il en a eu connaissance ou même s'il en ignore la gravité. Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables du recel commis par un de leurs dirigeants ou représentants agissant pour leurs comptes.

252. Toutefois, il peut arriver que les actes de contrefaçon soient exonérés tels qu'indiqués par l'article 8 de l'Annexe I et 7 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui. Selon ces textes, il existe des limitations aux droits conférés par le brevet d'invention et de marque. Ainsi, les droits conférés aux titulaires de droit ne s'étendent pas en cas d'épuisement de droit ou d'importation parallèle, c'est-à-dire lorsque le titulaire met volontairement en circulation un produit couvert par un brevet ou une marque soit sur le territoire national ou régional. Ces droits sur celui-ci disparaissent et peuvent circuler librement; aux objets en transit à bord d'aéronefs, de véhicules terrestres, ou de navires étrangers qui pénètrent temporairement ou accidentellement dans l'espace aérien, sur le territoire ou dans les eaux d'un Etat membre ; aux actes relatifs à une invention brevetée accomplis à des fins expérimentales dans le cadre de la recherche scientifique et technique, aux actes effectués par toute personnes qui de bonne foi à la date du dépôt ou lorsqu'une priorité est revendiquée, à la date de priorité de la demande sur la base de laquelle le brevet est délivré et sur le territoire d'un Etat membre, utilisait l'invention ou faisait des préparatifs effectifs et sérieux pour l'utiliser, dans la mesure où les actes ne diffèrent pas dans leur finalité, de l'utilisation

⁵⁵⁴ *Ibidem*

⁵⁵⁵ Article 477 du code pénal I ivoirien sur les lois générales, précité.

antérieure effective ou envisagée. En ce qui concerne la marque, son enregistrement ne confère pas à son titulaire le droit d'interdire aux tiers l'usage de bonne foi de leurs noms, leur adresse, d'une pseudonyme, d'un nom géographique ou d'indications exactes relatives à l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur le lieu d'origine ou l'époque de la production de leurs produits ou de la présentation de leurs services, pour autant qu'il s'agisse d'un usage limité à des fins de simple identification ou d'information et qui ne puisse induire le public en erreur sur la provenance des produits ou services. L'enregistrement de la marque ne confère pas également à son titulaire le droit d'interdire à un tiers l'usage de la marque en relation avec les produits qui ont été licitement vendus sous la marque sur le territoire national de l'Etat membre dans lequel le droit d'interdiction est exercé, sous la condition que ces produits n'aient subi aucun changement. Il convient de noter que les actes de contrefaçon en matière de brevet ou de marque sont également soumis à la réalisation de deux conditions cumulatives. En effet, l'atteinte portée au droit du titulaire, doit intervenir dans l'espace de sa compétence, c'est-à-dire en application du principe de la territorialité. Enfin, leur violation doit être réalisée après leur délivrance. Toutefois, un acte d'exploitation posé avant la délivrance, est un acte de contrefaçon s'il est postérieur à la notification au présumé contrefacteur d'une copie officielle, c'est-à-dire certifiée, de la description de l'invention jointe à la demande du brevet ou d'une mise en demeure dans le cas de la marque. Après avoir étudié les actes de contrefaçon relevant de l'Accord de Bangui qui touchent à la marque et au brevet, nous analyserons les atteintes résultant de l'usage d'autres signes qui peuvent être liés également au médicament à usage humain.

Section 2 : Les atteintes par assimilation prévues par l'Accord de Bangui

253. En vertu du principe de la liberté de commerce et d'industrie, tous les commerçants sont libres d'utiliser des signes distinctifs et des méthodes afin de conquérir une clientèle et de la retenir. Une entreprise peut donc, par principe, attirer vers elle les clients d'une autre entreprise. Le seul fait de reconquérir ces clients n'étant pas en soi répréhensible. Il convient cependant de prendre en considération les moyens utilisés par les entreprises pour constituer leur clientèle. Car, le monde des affaires est régi par des usages de loyauté et de moralité qui font naturellement obstacle à ce que les intervenants utilisent n'importe quels moyens pour parvenir à leurs fins. Ainsi, certaines pratiques dans l'exercice du commerce sont de nature à créer une confusion entre signes distinctifs des concurrents. Il sera donc question d'analyser dans cette partie les atteintes résultant d'autres signes distinctifs (**paragraphe 1**) et de celles relatives à l'usage de signes distinctifs sur le cyberspace (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les atteintes résultant de l'usage d'autres signes

254 L'usage de certains signes distinctifs est parfois source de confusion avec celui d'une marque protégée. Qu'il s'agisse d'un nom de domaine ou d'un nom commercial dès lors qu'il y a confusion entre l'un d'eux et une marque, le titulaire de celle-ci peut se voir atteint dans la jouissance de son droit. Il nous revient donc d'analyser la possible contrefaçon de la marque par un nom commercial **(A)** avant de mettre l'accent sur le nom de domaine **(B)**.

A- La contrefaçon de la marque par l'usage d'un nom commercial

255 Aux termes de l'article 1^{er} de l'Annexe V de l'Accord de Bangui, constitue un nom commercial, la dénomination sous laquelle est connu et exploité un établissement commercial, industriel, artisanal ou agricole.

256 Pour Messieurs CHAVANNE et BURST, « *le nom commercial est le terme qui sert à distinguer un fonds de commerce des autres fonds de commerce similaires*⁵⁵⁶ ». Le nom commercial et la marque sont tous les deux des signes distinctifs ; l'un désignant des produits ou services et l'autre un établissement commercial ou industriel, en bref, une entité qui dans la plupart des cas exploite une marque. La frontière entre la marque et le nom commercial peut paraître floue pour le consommateur. La notoriété d'une marque dissimule généralement le nom de l'entreprise qui est propriétaire de ladite marque. Cette entreprise est reconnue auprès de ses clients par sa marque et non par son nom. Par exemple KOZ, pour désigner COMIUM, l'une des compagnies de téléphonie mobile en Côte d'Ivoire. Il en résulte donc que l'usage d'une telle marque comme nom commercial pour désigner un établissement concurrent risque de créer une confusion chez les consommateurs. Ceux-ci penseront à tort à un lien commercial entre le propriétaire de la marque et celui de l'établissement. Toutefois, la marque doit être antérieure au nom commercial. La question qui pourrait néanmoins susciter de l'intérêt est celle de la preuve de l'antériorité de la marque par rapport au nom commercial. La date de l'antériorité de la marque remonte à celle de son dépôt. Alors que celle du nom commercial remonte soit à la date de son dépôt ou à la 1^{ère} date de son usage. Mais, lorsque le propriétaire du nom commercial argue l'antériorité de celui-ci en raison de son usage, il faudra chercher la preuve ailleurs. L'article 3 alinéa 2 de l'Annexe V de l'Accord de Bangui relativement à la question qui précède donne un début de réponses en ces

⁵⁵⁶ A. CHAVANNE et J-J. BURST, *Droit de la Propriété Intellectuelle*, op. cit.

termes « *l'usage d'un nom commercial ne peut être prouvé que par des écrits, imprimé ou documents contemporains des faits d'usage qu'ils tentent d'établir* ». Il résulte de ce texte que l'usage du nom commercial ne peut être prouvé que par des moyens laissant trace écrite et antérieurs à l'action en contrefaçon. Donc, en cas de conflit avec une marque, le propriétaire du nom commercial n'établira l'antériorité de celui-ci qu'à travers des écrits ou imprimés. A défaut de tels moyens, il sera coupable de contrefaçon.

B- La contrefaçon de la marque par l'exploitation d'un nom de domaine

257. Par « *noms de domaine* », on entend les adresses qui permettent notamment de localiser les serveurs, les sites Web et/ou les utilisateurs⁵⁵⁷. Alors que l'ensemble de ces adresses sont techniquement numériques, pour faciliter leur mémorisation, celles-ci ont rapidement été présentées sous formes non numériques, avec des caractères permettant de mémoriser ou de localiser leurs titulaires ou quelque fois même leurs secteurs d'activité. Selon Messieurs POCHON et DERAMBURE, « *Le nom de domaine est un moyen d'identification d'une personne physique ou morale sur le World Wide Web* ». ⁵⁵⁸

258. Le droit des marques ou des signes distinctifs a pris une dimension particulière à propos des noms de domaines utilisés sur Internet et ce pour des raisons distinctes. D'abord, parce que de nombreuses sociétés créées au cours des dernières années n'opèrent que dans le cadre du « *e-commerce* » et qu'elles ne sont donc de ce fait accessibles à leurs prospects et clients qu'au moyen de leurs noms de domaines, qui constituent leur principal actif parce que de nombreuses sociétés traditionnelles utilisent des sites Web, matérialisés également par des noms de domaines pour offrir leurs services et produits à une clientèle particulière.

259. Avec l'engouement qu'a connu internet à partir des années 1994-1995, l'enregistrement des noms de domaines est devenu une importante source de revenus et de conflits. Le nom de domaine qui acquiert ainsi une valeur commerciale pour l'entreprise qui en est propriétaire constitue, à l'instar des marques, des signes de ralliement pour attirer des prospects ou offrir des services ou des produits à des clients. Ainsi, le nom de domaine a avec la marque ce point commun d'une certaine identification. Mais, c'est bien le seul. En effet, l'adoption d'un nom de domaine

⁵⁵⁷ R. ANDRE BERTRAND, *Droit des marques : signes distinctifs-noms de domaine*, op. cit, p. 370.

⁵⁵⁸ B. POCHON et C. DERAMBURE, *De la création à la contrefaçon des marques*, éditions du Puits Fleuri, 2007, pp. 186-187.

n'obéit pas à une réglementation analogue à celle que l'on connaît pour les marques, si ce n'est que le nom choisi doit être accompagné de certaines abréviations permettant au public de connaître la nationalité ou le domaine d'activité de la personne qui l'a adopté (.FR, .US, .EU, .COM, .GOUV, .ORG, ...) ⁵⁵⁹. Mais, cette contrainte mise à part, c'est la règle du « *premier arrivé, premier servi* » qui s'applique.

260. C'est ainsi qu'en France, la Charte de Nommage de l'Association Française de Nommage Internet en Coopération en abrégé AFNIC « *a uniquement pour mission de vérifier la disponibilité d'un nom. Il ne tient pas compte d'autres facteurs* ». ⁵⁶⁰ C'est-à-dire que l'adoption d'un nom de domaine risque fort d'entraîner les confusions dans l'esprit du public avec une marque ou une dénomination sociale ou un nom commercial approprié préalablement par un tiers. Si en effet, la marque a pour objet d'identifier l'origine d'un produit ou d'un service, la dénomination sociale ou le nom commercial permet aussi d'identifier une personne physique ou morale. L'identité ou même la ressemblance d'un nom de domaine avec l'un de ces signes risque fort de créer une situation conflictuelle, même en dehors de toute mauvaise foi ⁵⁶¹. Si en France par exemple, l'AFNIC a fait quelques efforts pour essayer de réduire le nombre de conflits par la création d'une « *Charte de Nommage Internet* » en demandant aux déposants de noms de domaine de justifier l'existence d'une entreprise portant déjà ce nom ou d'un dépôt de marque, de telles mesures ne permettent pas de compenser les risques inhérents à plusieurs centaines de milliers de dépôts de noms de domaine chaque année. Sur le plan international, l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) a créé en son sein une chambre d'arbitrage à vocation internationale pour tenter de faciliter des règlements amiables autrement que par la voie judiciaire.

261. Ces conflits méconnus dans l'espace OAPI font cependant l'objet de nombreuses décisions en la matière par les tribunaux français. Ainsi, dans une affaire qui a opposé la S.A. Galeries Lafayette à l'Association Excellence Française, YOKO FARGEAS GRAND'SAGNE et GEORGES DE GRAND MAISON (Marques Galeries Lafayette) ⁵⁶², le Tribunal de Grande Instance de Paris a estimé que « *la société Les Galeries Lafayette, par l'intermédiaire de plusieurs*

⁵⁵⁹ C.D. DJOMGA, *La contrefaçon des marques dans l'OAPI*, éd. Presses Universitaires Libres Avril 2009, p. 161.

⁵⁶⁰ A. BOUVEL, « La clarification juridique des noms de domaines », IRPI, *Revue Propriétés Intellectuelles*, Avril 2006, n°19. V. aussi, A. BOUVEL, F. SARDAIN, « Actualité des noms de domaines : Le droit débordé par la technique », IRPI *Revue Propriétés Intellectuelles*, janvier 2008, n°26.

⁵⁶¹ « Mais l'expérience montre que certaines personnes peu scrupuleuses ne se privent pas d'adopter un nom de domaine qui peut être confondu avec une marque ou un nom commercial notamment en dehors du principe de la spécialité et surtout lorsqu'il est notoirement connu... »

⁵⁶² TGI de Paris, 25 mai 1999, *PIBD* n°685, III, 541.

de ses filiales, exerce son activité sur le réseau internet. Elle a notamment développé un site web et a participé à une opération de commerce électronique sur internet. A cet effet, elle a voulu déposer comme nom de domaine GIpatis.com et Galeries Lafayette.com. Mais, le nom de domaine Galeries Lafayette.com était déjà enregistré par un tiers auprès d'Internic depuis le 16 janvier 1998 par une certaine Madame YOKO FARGEAS GRAND'SAGNE pour le compte d'une association Excellence Française. Si le parasitisme n'a pas été retenu par le tribunal du fait qu'il n'y avait pas exploitation de la marque, en revanche, les défendeurs ont été condamnés en contrefaçon de la marque déposée Galeries Lafayette ainsi qu'en usurpation de dénomination sociale et de nom commercial. En ce qui concerne la contrefaçon de marque, il faut noter que « Galeries Lafayette », déposé comme nom de domaine auprès de l'organisme Internic, avait été enregistré sans difficulté. Bien qu'un constat d'huissier fit apparaître un écran noir sur le site incriminé, le tribunal condamne les défendeurs en contrefaçon au motif que « ce nom pour désigner un site internet intervient dans le domaine des communications à cause de l'adjonction « .com » qui est l'un des services protégés par l'enregistrement de la marque litigieuse ». Il en est de même en ce qui concerne la dénomination sociale et le nom commercial. Dans une autre espèce qui a opposé Hugo Boss (Allemagne) C/ Reemtsma Cigarettefabriken GmbH (Allemagne)⁵⁶³, la Cour de Cassation a rendu en date du 11 janvier 2005, un arrêt dont le dispositif est le suivant : « La société allemande fabricant de cigarettes ayant utilisé « Hugo Boss » comme nom de domaine sur internet était poursuivie par la société allemande notoirement connue Hugo Boss pour des vêtements masculins. Il s'agit manifestement d'une usurpation de nom commercial et de marque, la société Hugo Boss n'ayant jamais exercé dans le domaine du tabac. Il semble que la société allemande ait tenté de profiter de la notoriété de la marque Hugo Boss pour commercialiser des produits pour lesquels l'usage des marques spécifiques est interdit en publicité ». C'est à bon droit que la Cour de Cassation s'est abritée derrière le principe de la spécialité pour dire que des produits de tabac Hugo Boss n'étant pas « disponible en France », l'usage de cette marque comme nom de domaine n'était pas critiquable.

262 Il faut faire remarquer que la jurisprudence française constante exige l'usage effectif du nom de domaine. Cet usage doit être fait dans la spécialité de la marque contrefaite. C'est ce qu'a décidé la Cour de Cassation française dans l'arrêt « Locatour » en ces termes : « un nom de domaine ne peut contrefaire par reproduction ou par imitation une marque antérieure (...) que si les produits et services offerts sur ce site sont soit identiques, soit similaires à ceux visés dans

⁵⁶³ Cass. Com., 11 janvier 2005, PIBD, n°805, III, 206.

*l'enregistrement de la marque et de nature à entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public*⁵⁶⁴». Les Etats membres de l'OAPI ne sont pas du reste épargnés par cette situation eu égard au développement du secteur de l'internet dans ces pays. Il n'est donc pas exclu qu'un juge d'un Etat membre de l'OAPI soit saisi d'une action pour usage d'un nom de domaine identique à une marque protégée. Ce juge pourra être certainement confronté à d'énormes difficultés dans la mesure où l'Accord de Bangui ignore cette notion contemporaine. En effet, bien qu'un nom de domaine permette aussi d'identifier et de distinguer une entreprise et ses produits sur internet, il est toutefois évident que le régime juridique de celui-ci reste méconnu dans notre espace. Ces atteintes peuvent porter sur des signes distinctifs ou de la cyber contrefaçon.

Paragraphe 2 : Les atteintes résultant de l'exploitation de signes sur le cyberspace

263. Ce type de contrefaçon qui fait partie de la commercialisation que suit la marque sur internet, a atteint aujourd'hui une ampleur sans précédent dans le monde (A). L'étude de la cybercontrefaçon est d'un intérêt capital, car elle conduit à étendre efficacement le champ de la protection de la marque contre la contrefaçon (B).

A- La cybercontrefaçon : un fléau en plein essor

264. L'accélération du phénomène mondial de la contrefaçon a été facilitée par l'apparition d'un type de cybercriminalité que l'on peut nommer cybercontrefaçon. La contrefaçon sur internet est un acte commercial illicite caractérisé par le fait d'acheter ou de vendre un article contrefaisant (marque ou modèle) depuis n'importe quel ordinateur, en utilisant un site internet commercial, un site d'enchère, un moteur de recherche ou un site d'annonces entre particuliers. La mondialisation, la dématérialisation des échanges commerciaux, l'avènement des technologies de l'information et le développement des moyens de paiement électronique ont ouvert la voie à la cybercontrefaçon. Les contrefacteurs, grâce à internet, bénéficient ainsi d'outils de promotion et de communication à moindre coût, pouvant toucher un très grand nombre de personnes à travers le monde entier.

265. Le développement des technologies de l'information, de la communication et l'explosion de l'informatique « *grand public* » ont eu un impact sur la contrefaçon par la naissance de nouveaux modes de diffusion et de distribution de produits contrefaisants. Ces nouvelles pratiques alimentent une économie illicite mondiale de la copie et du faux où les frontières s'effacent et dans

⁵⁶⁴ Cass. Com du 13 Décembre 2005. Disponible sur le site : <http://www.legalis.net/spip.php?article> 155.

lesquelles les contrefacteurs bénéficient de l'anonymat absolu. A ce titre, l'achat de marchandises en ligne signifie inévitablement que le consommateur ne peut avoir le produit en main pour en effectuer un contrôle tactile et visuel. Les contrefacteurs utilisent cette présence virtuelle pour proposer sur leurs sites commerciaux, les articles bénéficiant d'une présentation quasi identique à celle des produits authentiques : ils exploitent très souvent les photographies officielles des produits des grandes marques pour mettre en confiance l'acheteur potentiel. Mais, la qualité de la marchandise livrée est bien loin de la promesse annoncée. Ce type de contrefaçon demeure vicieux dans le sens où le vendeur frauduleux n'a plus de contact physique avec son client, l'ordinateur servant de véritable rempart pour le contrefacteur. Ce dernier jouit d'un sentiment d'impunité tandis que l'acheteur a l'impression d'être hors de portée de toute identification et de toute répression. MARC-ANTOINE JAMET, ancien Président de l'UNIFAB (Union des Fabricants) et Secrétaire général du groupe LVMH résumait bien la perversité de cette cybercontrefaçon en ces termes : « *vendre au consommateur une copie qui ne vaut rien comme naguère à Vintimille ou à Canton, et leur faire croire qu'ils achètent un produit authentique : là est le caractère vicieux du marketing du faux sur internet*⁵⁶⁵ ». Le e-commerce a permis sans doute d'augmenter légèrement la production mondiale des produits contrefaisants, mais surtout la méthode et le mode de distribution qui ont favorisé le développement de la cybercontrefaçon au détriment d'une contrefaçon de "rue" et "d'étalage" plus conventionnelle. Les chiffres réalisés par la vente à distance ainsi que les saisies en valeur et en quantités des douanes attestent de cette réalité et de la réactivité des contrefacteurs à répondre à la demande. « *En 2008, 20 milliards d'euros ont été dépensés sur le net, soit une hausse de 29% par rapport à 2007 et plus de 22 millions de français ont acheté sur 48500 sites marchands, ces chiffres représentent 2,5 millions de nouveaux cybers acheteurs et une augmentation de 30% en un an du nombre des sites marchands*⁵⁶⁶ ». En parallèle, les douanes françaises ont saisi en « *2008 près de 630000 articles*⁵⁶⁷ » de contrefaçon commandés via internet et acheminés par la voie postale ou par le fret express, soit une augmentation de « *plus de 155% par rapport à l'année précédente*⁵⁶⁸ ».

⁵⁶⁵ C. GORDON, « Cybercontrefaçon (IV) : la lutte contre la contrefaçon », FHHJOURNAL, 2010. Disponible sur le site suivant : <https://journal.hautehorlogerie.org/fr/cybercontrefacon-iv-la-lutte-contre-la-contrefacon/>

⁵⁶⁶ *Ibidem*

⁵⁶⁷ *Ibidem*

⁵⁶⁸ *Ibid.*

266. La lutte contre la contrefaçon engagée par les titulaires de droit et par les autorités publiques (gendarmes, police, douane, ...) à l'encontre de ces sites illégaux est particulièrement difficile⁵⁶⁹. Ces derniers sont confrontés à l'anonymat absolu des contrefacteurs ou à une fausse identité et à des sites de contrefaçon qui sont généralement hébergés en Chine. En dépit de l'insaisissabilité de ce délit, il demeure indispensable de combattre énergiquement ce fléau.

B- La lutte contre la cybercontrefaçon

267. Le commerce de contrefaçons tire profit des avantages que procure la révolution numérique. Il jouit d'une visibilité inégalée en plus d'un anonymat propice. Internet et les réseaux sociaux ont également influencé la manière dont les consommateurs en ligne envisagent la contrefaçon. Les produits contrefaisants engendrent des revenus colossaux pour les commanditaires au même titre que la prostitution, la drogue, le trafic d'êtres humains ou les jeux clandestins. Ce n'est donc pas un hasard si le crime organisé s'est introduit dans ce secteur. Le recours à Internet est désormais le premier vecteur de distribution des produits de contrefaçon. La lutte contre la cybercontrefaçon est justifiée par les nombreux dangers qu'elle crée dans les Etats : Les atteintes à la santé et à la sécurité des consommateurs, les dommages portés à l'environnement, les pertes substantielles de ressources fiscales et sociales, les impacts négatifs sur l'économie et les entreprises, le financement du crime organisé et potentiellement d'organisations terroristes. La cybercontrefaçon porte atteinte aux droits de propriété intellectuelle et complexifie la lutte contre ce fléau. Il a fragmenté la contrefaçon et a été à l'origine d'une multiplication et d'une diversification des *modus operandi* au service des contrefacteurs. Ainsi, face à la recrudescence de ce nouveau fléau en Afrique subsaharienne, la Côte d'Ivoire, poumon économique de l'UEMOA, a adopté la loi n°2013-451 du 19 juin 2013 relative à la lutte contre la cybercriminalité parue au Journal Officiel du 12 août 2013. L'adoption de cette loi s'inscrit dans sa volonté de lutter contre toutes les formes de cybercriminalité y compris la cybercontrefaçon de médicament. La rareté des infractions liées au médicament dans le cyberspace de l'UEMOA, conduit les autorités policières, judiciaires et douanières à focaliser leur contrôle sur les actes de contrefaçon classiques. Ce qui n'est pas le cas en Europe. En effet, la vente illégale de médicaments au public via l'Internet est réglementée par la directive 2011/62/UE.⁵⁷⁰ Interpol a coordonné une opération à l'échelle mondiale ayant permis la saisie de 4 millions de produits et l'arrestation de plus d'une centaine de personnes, ce sont quelques 2 500 liens Internet qui ont été fermés vers des sites vendant ces produits frauduleux⁵⁷¹. Depuis le 2 janvier 2013, les pharmaciens établis en France, titulaires d'une pharmacie d'officine ou gérants d'une pharmacie mutualiste ou d'une pharmacie de secours minière, peuvent vendre des médicaments sur Internet. Cette pratique est encadrée par le code de

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ Directive 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 08 juin 2011 modifiant la Directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif au médicament à usage humain, en ce qui concerne la prévention de l'introduction dans la chaîne d'approvisionnement légale de médicaments falsifiés.

⁵⁷¹ M. QUEMENER, « Cybercontrefaçon et pandémie sanitaire », Cyber Cercle, avril 2020. Disponible sur le site internet suivant : <https://cybercercle.com/wp-content/uploads/2020/04/Parole-dExpert-CyberCercle-Cybercontrefa%C3%A7on-et-pand%C3%A9mie-sanitaire-Myriam-QUEMENER-avril2020.pdf>

la santé publique (articles L. 5121-5, L. 5125-33 et suivants, et R. 5125-70 et suivants du CSP) et par les arrêtés du 28 novembre 2016 relatifs aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments et aux règles techniques applicables aux sites internet de commerce électronique de médicaments. Malgré la création d'un pôle santé publique, composé de juges spécialisés, en 2003, et celle un an plus tard d'un Office central de police judiciaire, chargé de la lutte contre les atteintes à l'environnement et à la santé publique (l'OCLAESP), les procédures de faux médicaments en France sont encore trop rares.

268 En tout état de cause, si les titulaires de droits ne doivent pas abandonner la lutte anti-contrefaçon, les pistes d'amélioration portent principalement sur la mise en place de certaines interventions. Aussi, tant que le consommateur achètera des contrefaçons, l'offre continuera de croître inéluctablement. Les grandes marques doivent absolument mettre en place des outils pédagogiques en ligne afin d'aider les consommateurs à mieux identifier le 'vrai' du 'faux'. Des campagnes de sensibilisation doivent être lancées régulièrement afin de sensibiliser les acheteurs sur les conséquences de leurs actes. Sans parler du danger de voir les données bancaires piratées et la carte de paiement électronique frauduleusement utilisée, sans véritable possibilité de recours juridique. *In fine*, l'acheteur de médicaments contrefaisants s'expose directement à des sanctions pénales, civiles et douanières. En définitive, c'est donc l'union, la force et la synergie des autorités publiques/privés, des gouvernements, des titulaires de droits et des ordres de pharmaciens et médecins qui permettront, en maintenant une pression suffisante à l'encontre des acteurs d'internet, de faire en sorte que ceux-ci appliquent enfin une vraie stratégie de veille, de filtrage et de blocage des contrefacteurs.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

269. L'étude de la caractérisation de la contrefaçon de médicament dans l'espace UEMOA a consisté à mettre en relief les caractères distinctifs de la contrefaçon. Il s'agissait de déterminer d'abord l'objet de la contrefaçon, à savoir, le médicament et les produits similaires tels que les produits cosmétiques, les compléments nutritionnels et les produits diététiques dans la mesure où ceux-ci ne remplissent pas les conditions liées à la qualification du médicament par fonction, par présentation ou par composition. Ensuite, nous avons analysé les aspects susceptibles d'être contrefaits sur le médicament : la marque du médicament et le principe actif du médicament, objet du brevet. Ainsi, un signe peut être qualifié de marque s'il est distinctif, disponible et licite. A l'exception des restrictions prévues à l'article 6 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui, pour qu'une invention soit brevetable, elle doit être nouvelle c'est-à-dire qu'elle ne doit pas avoir d'antériorité dans l'état de la technique. Elle doit résulter d'une activité inventive c'est-à-dire que sa réalisation ne doit pas évidente pour l'homme du métier ayant des connaissances et une habileté moyennes. Elle doit être susceptible d'application industrielle c'est-à-dire que son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie (l'agriculture, l'artisanat, la pêche et les services). Enfin, l'on a également étudié la notion de médicament traditionnelle et les différents types de protections juridiques possibles à savoir la protection par brevet, la protection sui generis et la protection résiduelle.

270. Pour terminer, nous avons identifié par la suite, les actes constitutifs de la contrefaçon. En effet sur ce point, il s'agissait de porter notre analyse à la fois sur les actes de la contrefaçon relevant des droits nationaux et ceux dépendants de l'Accord de Bangui du 24 février 1999. On a constaté que ni les textes nationaux ni l'Accord de Bangui ne définissent clairement la notion de contrefaçon en général, et celle du médicament en particulier. Mais, ils se contentent d'énumérer une série d'actes de contrefaçon. La contrefaçon étant à la fois un délit pénal et civil, les actes commis par le contrefacteur peuvent donc être répartis en deux catégories : les actes pénalement sanctionnés et ceux qui le sont civilement. La victime de faits de contrefaçon peut indifféremment orienter son action soit devant le Tribunal Pénal soit devant le Tribunal Civil. Il faut cependant noter que le contrefacteur peut invoquer certaines exceptions autorisées, soit par le législateur, soit voulues par le titulaire de droit comme moyen de défense afin de soustraire d'actes qualifiés de contrefaçon.

SECONDE PARTIE :

**LES MOYENS DE LUTTE CONTRE LA CONTREFACON DE MEDICAMENT DANS
L'ESPACE UEMOA**

271. Le médicament est l'élément essentiel de tout système de santé dans le monde. Aussi pour qu'il puisse pleinement jouer ce rôle important qui lui est dévolu, son utilisation doit-elle faire l'objet d'une réglementation juridique stricte afin de garantir la qualité et la sécurité du consommateur. Cependant, Monsieur RONALD NOBLE, Secrétaire général d'Interpol déclarait lors d'une rencontre organisée le 13 juin 2013 par le groupe pharmaceutique de Sanofi qu'« *un des problèmes qu'Interpol voit en permanence est le manque de législation harmonisée au niveau mondial sur les sanctions liées à la contrefaçon de produits médicaux. Dans certains pays, il n'y a pas de législation spécifique et les mêmes peines s'appliquent pour la contrefaçon d'un CD de musique ou d'un produit médical* ». ⁵⁷²

272. Le rapport de la 1^{ère} Conférence scientifique organisée par la CEDEAO sur la réglementation pharmaceutique de ses Etats membres vient corroborer la déclaration du Secrétaire Général d'Interpol en ces termes : « *La plupart des marchés pharmaceutiques africains sont insuffisamment réglementés... De nombreux facteurs ont contribué à la faiblesse des systèmes de la réglementation pharmaceutique en Afrique, y compris l'inadéquation des cadres juridiques régionaux et nationaux de la législation des médicaments, l'insuffisance des ressources financières et humaines (à la fois en nombre et en qualité) et l'infrastructure réglementaire en mauvais état.* » ⁵⁷³

273. Face à une description aussi préoccupante de la situation juridique dans les Etats africains, nous pourrions être tentés de croire que la cause est perdue. Mais en réalité il n'en est rien. Ainsi, il convient de nous interroger sur l'application des sanctions en matière de contrefaçon (**Titre I**) et de faire des propositions relatives à l'amélioration de l'accès aux médicaments des populations des Pays les Moins Avancés (**Titre II**).

⁵⁷² C. BRAUD, *Les médicaments falsifiés : Situation actuelle en Europe, méthodes de lutte et réglementation européenne*, Thèse d'exercice, Université de Rennes, 2018.

⁵⁷³ CEDEAO, 1^{ère} Conférence scientifique sur la réglementation pharmaceutique, Johannesburg, Af. Sud, 2-3 décembre 2013.

TITRE I : L'APPLICATION DES SANCTIONS EN MATIERE DE CONTREFAÇON

274 Le titulaire d'un brevet ou d'une marque enregistrée a le droit de les exploiter ou d'interdire à toute personne de faire usage dans les conditions respectives fixées par les Annexes I et III de l'Accord de Bangui, acte du 24 février 1999. Lui seul d'ailleurs œuvre à fortifier son brevet ou sa marque par l'amélioration continue de la qualité de ceux-ci et par le recours constant à la publicité ou aux autres moyens de vulgarisation. Il pourra les céder ou en concéder des licences d'exploitation. La loi ne tolère pas les usurpations. Le certificat de propriété de brevet ou de marque octroie ainsi à son titulaire un droit exclusif sur son actif de propriété industrielle. Cela lui assure une meilleure protection de son droit par le biais d'une action en contrefaçon. La répression est constituée de règles autonomes prévues essentiellement par les Annexes I et III de l'Accord de Bangui. On comprend que « *la valeur du droit exclusif s'avère surtout par la protection de la marque contre la contrefaçon*⁵⁷⁴ ». Une action en contrefaçon est prévue au bénéfice de celui qui allègue la contrefaçon de son droit sur son brevet ou sa marque. Si la contrefaçon est avérée, plusieurs sanctions pénales ou civiles sont possibles (**Chapitre I**). Toutefois, la mise en œuvre de ces sanctions est parfois confrontée à des difficultés (**Chapitre II**).

⁵⁷⁴ A. VIDA, « L'obligation de l'usage de la marque en droit socialiste », in Mél. BASTIAN (D), *Droit de la propriété industrielle*, T.2 Paris, éd. Litec, 1974, p. 115.

CHAPITRE I : L'IDENTIFICATION DES SANCTIONS EN MATIERE DE CONTREFAÇON

275. L'action en contrefaçon initiée par le titulaire de droit connaît son dénouement par le prononcé de la décision du juge suite à sa saisine. Cette décision peut conduire soit au débouté du demandeur soit à la condamnation du poursuivi. Dans le cas de la condamnation, des sanctions sont infligées au contrefacteur (**Section 1**). Toutefois, les incessantes récidives des contrefacteurs, se justifiant certainement par la faiblesse des peines qui leur sont appliquées, appellent nécessairement au renforcement de celles-ci (**Section 2**).

Section 1 : Les diverses sanctions de la contrefaçon

276. Comme énoncé plus haut, la contrefaçon est un délit à la fois civil et pénal. Sa répression requiert aussi bien des sanctions civiles que des sanctions pénales. Toutefois, les sanctions apparaissent au regard de la recrudescence du fléau comme n'étant pas suffisamment dissuasives. Nous allons identifier les sanctions en vigueur (**paragraphe 1**) et le cas échéant, proposer leur renforcement (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'identification des sanctions

277. Dans le système OAPI, la contrefaçon est aussi bien un délit civil (**A**) que pénal (**B**) entraînant des sanctions dont le régime juridique doit être circonscrit.

A- Les sanctions civiles

278. La juridiction civile peut condamner le contrefacteur au paiement des dommages intérêts (**1**) et, dans le même temps, prononcer à son encontre une variété de mesures (**2**).

1- L'indemnisation de la victime

279. L'indemnisation constitue l'élément essentiel de toute action civile. Le titulaire de la marque ou du brevet peut subir un préjudice du fait de l'usurpation de son titre ; il pourra ainsi demander réparation de ce chef. Cette réparation peut être pécuniaire. Le principe de la réparation pécuniaire de la contrefaçon de marque procède expressément de l'article 42 alinéa 3 in fine de l'Accord de

Bangui qui dispose que « *Le tribunal peut ordonner que les produits soient remis au propriétaire de la marque contrefaite indépendamment de plus amples dommages et intérêts s'il y a lieu* » et implicitement de l'article 46 du même Accord qui accorde la réparation du préjudice au titulaire d'un contrat de licence. Ainsi, c'est le régime général de la réparation civile qui s'applique. Ce qui renvoie à l'article 1382 du Code Civil ivoirien qui a pour corollaire l'article 1240 du code civil français tel que modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations. Le montant des dommages et intérêts de contrefaçon de marque est laissé à l'appréciation souveraine du tribunal. Toutefois, il faut tenir compte du principe selon lequel on ne peut réparer que le préjudice subi par la victime. En outre, le tribunal peut associer efficacement à une indemnisation de la victime d'autres mesures contraignantes. Ainsi, il peut ordonner cumulativement avec l'indemnisation, la publication du jugement de condamnation du contrefacteur qui consiste à l'interdiction de continuer les actes contrefaisants assortie d'astreinte ou à l'annulation de l'enregistrement d'usage de la marque. Quoiqu'il en soit, les dommages et intérêts ne sont pas punitifs et ne visent pas à restituer au titulaire de la marque les profits réalisés par le contrefacteur du fait de la contrefaçon. Autrement dit, les pertes énormes subies par la victime ne sont jamais comblées par les dommages et intérêts alloués à celui-ci par le tribunal. C'est ce que rappelle l'Arrêt de la Cour d'Appel de Paris dans le litige Accor SA C/ Ouverture SA et Ouverture Services Llc⁵⁷⁵.

280. Les juges OAPI, à l'instar des juges français, pourraient d'eux-mêmes fixer les montants des dommages et intérêts de façon forfaitaire s'ils estiment possible par exemple que la contrefaçon est d'ampleur limitée ou s'ils disposent des informations nécessaires. Dans l'affaire ARTHUR C/ ARTHUR et FELICIE, la Cour d'Appel de Paris indique que « *la mesure de réparation doit être effective, proportionnée et dissuasive*⁵⁷⁶ » et la fixe à 250.000 Euros, lesquels s'ajoutent au 30.000 Euros alloués au titre de la concurrence déloyale. Plus rarement, les juges peuvent ordonner une mesure d'expertise financière. Mais, il est vrai également que trop souvent le titulaire de la marque qui est contrefaite ne fournit pas au juge les éléments qui sont indispensables à une évaluation correcte du préjudice, bien que ce soit à lui qu'incombe cette charge.

⁵⁷⁵ TGI Nanterre, 17 Janvier 2005, *PIBD*, n°807, III, 272.

⁵⁷⁶ C.A de Paris, *PIBD*, n°818, III, p. 668.

2- L'évaluation du préjudice de la victime

281. Le problème récurrent auquel sont confrontés les victimes et le juge est celui de l'évaluation du préjudice. La période à prendre en compte pour l'évaluation des dommages et intérêts est déterminée à partir de son point de départ qui est de trois (03) ans avant la date de l'assignation par laquelle l'action en contrefaçon a été engagée. En effet, les actes antérieurs sont couverts par la prescription et sa fin est en principe celle du jugement ou de l'arrêt fixant les dommages et intérêts. Mais le juge peut étendre la mission confiée à l'expert aux actes de contrefaçon commis jusqu'à la clôture des opérations d'expertise. L'Accord de Bangui ne prévoit aucun mécanisme d'évaluation du préjudice. Les lois nationales sont aussi muettes sur la question. Il revient donc au juge du fond d'évaluer le préjudice conformément au droit commun, ce qui n'est pas sans conséquences. Ainsi, le juge devra évaluer conformément aux dispositions du Code Civil en vertu duquel, les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, les conséquences économiques négatives **(a)**, les bénéfices injustement réalisés **(b)** et le dommage moral **(c)**.

a- Les conséquences économiques négatives

282. Les conséquences économiques négatives recouvrent le manque à gagner **(i)** et les pertes subies **(ii)**.

i- Le gain manqué par la victime

283. Le gain manqué correspond au profit que la victime de la contrefaçon aurait réalisé s'il n'y avait pas eu contrefaçon. Pour évaluer le gain manqué, le juge doit faire recours à un expert judiciaire qui se place dans la situation fictive où il n'y aurait pas de contrefaçon et il évalue, dans cette situation, le gain qu'aurait réalisé le titulaire de marque⁵⁷⁷ ou du brevet. L'expert évalue d'abord l'étendue de la contrefaçon réalisée par le contrefacteur que l'on appelle la masse contrefaisante. Puis, à partir de la masse contrefaisante, il évalue l'indemnisation due en fonction des circonstances de fait. En effet, soit le titulaire de la marque l'exploite personnellement, soit-il ne l'exploite pas⁵⁷⁸. Lorsque le titulaire de la marque qui est contrefaite exploite la marque authentique, il faut évaluer la part de la masse contrefaisante qui aurait réellement manquée. Dans certains cas, on peut estimer qu'il aurait vendu l'intégralité de ce qu'a vendu le contrefacteur⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ C. D. DJOMGA, *La contrefaçon des marques dans l'espace OAPI*, op. cit, p. 185.

⁵⁷⁸ B. POCHON et C. DERAMBURE, *Droit de la création à la contrefaçon des marques*, op cit, p. 186-187.

⁵⁷⁹ C.A de Paris, 19 novembre 2004, *PIBD*, N°804, III, p. 175.

284. Il faut retenir pour l'évaluation du gain manqué, l'intégralité de la masse contrefaisante. Mais, le plus souvent, on est conduit à penser qu'il n'aurait pas pu réaliser toutes les ventes faites par le contrefacteur. En ce qui concerne alors l'évaluation du gain manqué, l'on retient une partie seulement de la masse contrefaisante. C'est ce que rappelle la Cour de Paris dans le litige FREE C/ KIABI FREE⁵⁸⁰, tout en procédant à une évaluation forfaitaire des dommages et intérêts. Le bénéfice, dont a été indûment privé le titulaire de la marque, est égal à la marge bénéficiaire réalisée par le titulaire de la marque appliquée à la masse contrefaisante réellement manquée. La Cour de Cassation par un arrêt du 24 Octobre 2006, (MICROSOFT CORPORATION C/ JOËL B. et AL.) après avoir rappelé que les dommages et intérêts en cause ne concernent que la contrefaçon de la marque Microsoft et non l'atteinte au Droit d'auteur du fabricant de logiciels expose « *qu'il n'est nullement établi que le chiffre d'affaires réalisé par les prévenus constituent dans son intégralité un manque à gagner pour Microsoft Corporation et qui serait intégralement et directement imputable aux prévenus par l'usage qu'ils ont fait de la marque contrefaite*⁵⁸¹ ». Lorsque le titulaire de la marque ne l'exploite pas, ou s'agissant de la masse contrefaisante qu'il n'a pas manqué, les dommages et intérêts dus au titre de gain manqué s'analysent comme l'équivalent d'une redevance indemnitaire qu'il n'a pas pu obtenir étant donné la contrefaçon. Le taux de redevance indemnitaire est du ressort du juge. Ce mode d'évaluation des dommages et intérêts a été consacré dans son principe par un arrêt de la Cour de cassation du 27 Octobre 1992, en matière de brevet. Il a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 18 Octobre 1990. Voici le motif invoqué par la Cour de Cassation : « *attendu que la cour d'appel après avoir retenu l'évaluation de la masse contrefaisante faite par l'expert, et fixé à 10% de cette masse, le montant des ventes manquées par la société GACHOT du fait de contrefaçon, a appliqué au reste du chiffre d'affaire, un pourcentage de 7% représentant la redevance correcte qu'aurait dû payer la société MECAFRANCE à la société GACHOT pour commercialiser les produits ; constatant ainsi la cour d'appel a évalué sans méconnaître l'article 1382 du Code Civil, le préjudice résultant de la société GACHOT de la contrefaçon de son brevet par la société MECAFRANCE d'où il suit que le moyen n'est pas fondé*⁵⁸² ».

⁵⁸⁰ *Ibidem*.

⁵⁸¹ Cass. Com., Arrêt du 24 Octobre 2006, (Aff. MICROSOFT CORPORATION C/ JOËL B. et AL.).

⁵⁸² Cass. Com., Ch. Civ, 1, 18 Oct. 1990, n° 18-10.794.

ii- La perte subie par la victime

285. La perte subie est l'appauvrissement qui, pour le titulaire de la marque ou du brevet, découle de la contrefaçon dont il est victime. Cet appauvrissement peut avoir plusieurs causes dont il convient d'évaluer l'impact en termes financiers. Il peut s'agir de la perte d'avantages attachés au monopole légal que procure la marque ou la dépréciation de sa valeur⁵⁸³. La perte d'avantages attachée au monopole légal que procure l'un des actifs de propriété industrielle susvisés peut avoir différents aspects. En effet, il peut s'agir d'une baisse de marge par baisse du prix de vente des produits authentiques marqués, d'une baisse de marge par augmentation des prix de revient, d'une perte de position sur le marché ou encore d'une perte d'image ou de prestige dans la mesure où le plus souvent la contrefaçon est de qualité plus faible que le produit authentique, le contrefacteur cherchant un profil aussi rapide et élevé que possible. Il peut s'agir également d'une dépréciation de la valeur de la marque en tant qu'actif incorporel. Ainsi, par suite de sa contrefaçon, la marque est vulgarisée et perd son pouvoir attractif. Cette dépréciation est d'autant plus grande que la marque est ancienne ou bénéficie d'une image de qualité ou d'exclusivité. Dans certains cas, la perte subie peut être évaluée comme une perte de chance de la part de marché et des prix de vente compte tenu de la contrefaçon, valeur, notoriété, dépense de communication. Faute de fournir au tribunal les justifications du préjudice dont il demande réclamation, le titulaire de la marque ne pourra être suivi dans sa demande.

286. La réparation de la contrefaçon commise via internet a fait l'objet d'une décision emblématique de la Cour d'Appel de Paris en date du 28 Juin 2006. La société Louis Vuitton poursuivait en effet le bien connu moteur de recherche internet Google pour contrefaçon de marque. Ce sont les dommages et intérêts de 300.000 euros auxquels Google a été condamné, la Cour aggravant ceux alloués en Première Instance (200.000 Euros)⁵⁸⁴.

b - Les bénéfices injustement réalisés

287. L'article 13.1 de la directive n°2004/48/CE du Parlement Européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et transposé dans les articles L.615-7 et L.716-14 du CPI français, impose dans ces matières, de tenir compte des bénéfices injustement réalisés par le contrefacteur, c'est-à-dire de ne pas se borner à réparer le préjudice et rien que le

⁵⁸³ C-D. DJOMGA, *La contrefaçon des marques dans l'espace OAPI*, op. cit, p. 185.

⁵⁸⁴ C.A de Paris du 28 Juin 2006 (Aff. LOUIS VUITTON c/ GOOGLE).

préjudice ; mais de ne rien laisser au contrefacteur des profits qu'il a injustement retiré de la contrefaçon. Dès lors, chaque fois que l'évaluation des gains manqués et pertes subies apparaît comme inférieur aux bénéfices obtenus par le contrefacteur, il faut attribuer la différence à la victime en sus, de telle sorte que le contrefacteur ne conserve aucune part de ces bénéfices illégitimes.⁵⁸⁵ C'est une application de l'idée de la sanction de la faute lucrative en même temps qu'un élément de dissuasion indispensable. Toutefois, il faut noter que ce critère d'évaluation des dommages intérêts accordés à la victime n'est prévu ni par l'Accord de Bangui ni par les textes nationaux. Dans la pratique, ce critère est laissé à l'appréciation souveraine des autorités judiciaires des Etats membres de l'UEMOA qui se fondent sur les jurisprudences françaises⁵⁸⁶.

c - Le dommage moral

288. Le titulaire de droit peut aussi subir un dommage moral dans certains cas. Il peut s'agir notamment de l'atteinte au droit privatif en soi⁵⁸⁷, même lorsqu'elle n'a pas entraîné de préjudice matériel⁵⁸⁸ ou de la perte d'image, de la dégradation ou de l'avilissement, du discrédit porté par la contrefaçon, en particulier en raison de leur mauvaise qualité, sur les produits authentiques, sur la créativité du designer ou sur l'entreprise propriétaire.⁵⁸⁹ Le préjudice causé par l'atteinte au droit moral, par exemple, l'atteinte à l'intégrité de la marque ou du brevet se répare aussi par l'allocation de dommages et intérêt.

B - Les sanctions pénales

289. Sur le plan pénal, ces sanctions sont prévues aux articles 58 et 59 de l'Annexe I et 37 et 38 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui. Elles consistent en des peines principales (1) et des peines complémentaires (2).

⁵⁸⁵ Par exemple : Versailles, 10 mars 2010, *PIBD* 2010, n°916-III-253.

⁵⁸⁶ Cf. l'intervention de M. Jean Mazars, conseiller à la Cour de cassation, lors du colloque organisé en 2005 sur le thème « *la Cour de cassation et l'indemnisation des préjudices* ». V. par exemple l'arrêt de chambre criminelle de la Cour de cassation du 8 mars 2005. V. Arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 5 juillet 2001.

V., par exemple, l'arrêt de la chambre commerciale de Cour de cassation du 28 janvier 2003, validant le raisonnement d'une cour d'appel relatif au trouble commercial subi du fait, par la contrefaçon d'une marque, de « *l'atteinte au crédit commercial* ». - CA Paris, 2 avril 2003 : (*PIBD* 2003, III, p. 454) reconnaissant qu'un « *trouble commercial a été causé en portant atteinte à la valeur patrimoniale du modèle du fait de sa banalisation* ». - CA Paris, 13 juin 2003 (*PIBD* 2003, III p. 392), tenant compte du « *préjudice commercial inhérent à la contrefaçon* » d'un brevet.

⁵⁸⁷ TGI Paris, 25 novembre 2008, « Bellure », *PIBD* 2009, n°893-III-939.

⁵⁸⁸ Cass. Com., 25 avril 2001, *PIBD* 2001, n°726 III, 451.

⁵⁸⁹ TGI Paris, 25 novembre 2008, « Bellure », *PIBD* 2009, n°893-III-939, *op. cit.*

1- Les peines principales

290. Toutes les sanctions principales prévues par l'Annexe I et III de l'Accord de Bangui en matière de contrefaçon de brevet et de marque sont des peines d'emprisonnement **(a)** et des peines d'amende **(b)**.

a- Les peines d'emprisonnement

291. L'article 37 alinéa 1 de l'Annexe III et punit d'un emprisonnement maximum de trois mois à deux ans ceux qui ont contrefait une marque ou se sont rendus coupables de délits assimilés. L'article 39 de l'Annexe III prévoit le non-cumul des peines et prescrit que la peine la plus forte soit prononcée pour tous les faits antérieurs au premier acte de poursuite. Cela se justifie aisément dans la mesure où il s'agit le plus souvent de faits qui constituent une infraction unique. Il est précisé par l'Accord de Bangui en son article 40 de l'Annexe III que, les peines prévues aux articles 37 et 38 précités seront doublées en cas de récidive s'il a été prononcé contre le prévenu, dans les cinq dernières années, une condamnation pour l'un des délits de contrefaçon.

292. Quant au brevet, c'est à l'article 59 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui relatif à la récidive et aux circonstances aggravantes que les peines d'emprisonnement sont expressément mentionnées. Ces peines varient d'un emprisonnement d'un à six mois. Il aurait fallu que des peines d'emprisonnement soient prévues également à l'article 58 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui. Nous pensons que cette absence de peines d'emprisonnement prévue à l'article 58 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui doit être nécessairement comblée parce que ce vide juridique peut être interprété en faveur du contrefacteur qui échappera à toute peine d'emprisonnement en cas de commission d'un délit de contrefaçon pour la première fois. Cependant, le juge OAPI, pourrait, par exemple recourir aux dispositions pertinentes des codes pénaux en vigueur dans les Etats membres pour appliquer une peine d'emprisonnement à l'encontre du contrefacteur. En outre, les articles 60 de l'Annexe I et 41 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui, renvoient l'appréciation des circonstances atténuantes aux législations nationales des Etats membres de l'espace OAPI.

b - Les peines d'amende

293. L'accord de Bangui punit aux articles 37 et 38 de l'Annexe III, en sus des peines d'emprisonnement ci-dessus évoquées respectivement soit une amende de 1.000.000 à 6.000.000 de francs CFA en cas d'exploitation illicite d'une marque enregistrée soit une amende de 1.000.000 à 2.000.000 francs CFA pour les marques obligatoires et de signes prohibés, ceux qui ont contrefait une marque ou se sont rendus coupables de délits assimilés.

294. L'article 58 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui punit d'une amende de 1.000.000 à 3.000.000 de francs CFA, toutes les atteintes portées au droit du breveté, sans préjudice des réparations civiles. Au regard de la gravité des conséquences des actes de contrefaçon sur la santé humaine, ces peines d'amendes paraissent dérisoires tant en matière de marque que du brevet.

2 - Les peines complémentaires

295. Des peines complémentaires ont été prévues aux articles 42 et 43 de l'Annexe III et 67 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui. Ces peines similaires aux deux actifs de propriété industrielle consistent en la publication du jugement de condamnation, en la perte de certains droits, soit à la confiscation ou encore en la destruction des produits saisis. L'affichage du jugement ou sa publication pourra être ordonnée par le juge⁵⁹⁰. Ainsi, le titulaire publiera le jugement dans les journaux indiqués dans le jugement et aux frais du contrefacteur. Le jugement pourra être affiché dans les conditions déterminées dans ledit jugement. Cette publication a un grand effet, elle porte atteinte à l'honneur du contrefacteur dans son milieu professionnel. La publication du jugement est un moyen dissuasif d'éventuels contrefacteurs. La confiscation des produits contrefaisants peut aussi être ordonnée ainsi que celles des ustensiles ou instruments ayant servis à commettre le délit. Ces biens peuvent être affectés au trésor public ou attribués à la victime. Toutefois, l'attribution de ces biens à la victime ne paraît pas juridiquement justifiée. En effet, la victime n'est pas propriétaire de ces biens. Elle n'a par conséquent aucun droit réel sur ces biens. Son droit est un droit de créance résultant des torts causés par le contrefacteur. On aurait compris dans une moindre mesure que le tribunal ordonne la vente de ces biens et que le prix soit attribué à la victime dans la proportion du dommage subi. Cette vente devrait être réglementée comme toute vente judiciaire. Cela éviterait certains abus du saisissant. Dans de rares cas, le juge ordonne la destruction des produits

⁵⁹⁰ TGI, Douala, 11 Avril 2007, Rec. Jur. OAPI, t, III, p. 36.

contrefaisants⁵⁹¹. Toutes ces sanctions pénales infligées au contrefacteur ont pour but la réparation des dommages causés à la victime et à l'ordre social. Toutefois, l'inefficacité de ces sanctions favorise non seulement les récidives, mais aussi la prolifération des contrefacteurs.

Paragraphe 2 : La nécessité d'un renforcement des sanctions

296 L'action en contrefaçon connaît son dénouement par le prononcé de la décision du juge contenant des sanctions diverses. Cependant, en raison du caractère dérisoire de ces sanctions, les contrefacteurs défient la société en multipliant leurs actes d'atteintes aux droits des tiers sur leur marque ou brevet. Dans cette hypothèse, il serait donc souhaitable qu'à l'instar du législateur français, l'Accord de Bangui s'en inspire en introduisant non seulement des mesures provisoires (A) prononcées avant l'issue de la saisine du tribunal au fond, mais également le renforcement des peines privatives de libertés et des amendes (B).

A- Les mesures provisoires

297. Les mesures provisoires se définissent comme étant des mesures transitoires et temporaires admises en cas de violation d'un droit de marque ou de brevet permettant à la victime de poursuivre sereinement son action devant le tribunal. A ce titre, elles doivent pouvoir être prononcées soit par le juge des référés (1) pour des questions d'urgences soit par le juge de fond (2).

1- Les mesures provisoires susceptibles d'être prononcées par le juge des référés

298 Pendant très longtemps et encore aujourd'hui (malheureusement), les juges de l'espace OAPI se sont montrés beaucoup trop indulgents à l'égard des contrefacteurs des objets de propriété intellectuelle. En effet, en général, l'issue de la procédure de l'action en contrefaçon paraît le plus souvent incertaine de sorte que le contrefacteur a tendance généralement à poursuivre son activité, en dépit de l'action encours, puisque son intention sera d'écouler le reste de son stock de marchandise contrefaisante. Ainsi, comme nous le verrons plus tard⁵⁹², la saisie-contrefaçon prévue par l'article 48 de l'Annexe III et 64 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui, est un moyen de constitution de preuve dans la mesure où il permet notamment, au titulaire de la marque ou du brevet

⁵⁹¹ TGI, Douala, 11 avril 2007, Rec. Jur. OAPI, t, III, p. 36, précité.

⁵⁹² V. infra n°324.

de rendre indisponible tout le stock des produits contrefaisants par la saisie pratiquée sur ceux-ci afin de pouvoir justifier les atteintes portées à son droit. Il est clair que cette situation est davantage complexe lorsque le titulaire de la marque ou du brevet a choisi uniquement l'option civile pour engager sa poursuite à l'encontre de contrefacteur. C'est pourquoi, dans l'intérêt de la victime et dans le souci de décourager les contrefacteurs, il serait nécessaire que des mesures provisoires soient envisagées à l'effet d'empêcher le contrefacteur de poursuivre impunément ses agissements avant l'issue du procès. Dans cette hypothèse, le titulaire devrait pouvoir obtenir du tribunal conformément aux nouvelles dispositions de l'Accord de Bangui à venir, soit une ordonnance, soit un jugement avant dire droit aux fins évoquées. Cependant, dans la mesure où l'Accord de Bangui en vigueur ne prévoit pour l'instant aucune disposition sur cette question, il faut donc chercher la solution dans les Codes de Procédures Civiles des Etats membres. Par exemple, en Côte d'Ivoire, cette notion est prévue par les dispositions de l'article 221 nouveau du CPC portant la loi n°97-516 du 04/09/1997 qui dispose comme suit : « *Tous les cas d'urgence sont portés devant le Président du Tribunal de Première instance ou le premier Président de la Cour d'Appel qui a statué ou devant connaître de l'appel ou le Président de la Cour Suprême en cas de pourvoi intenté ou d'arrêt rendu par l'une des chambres de ladite Cour. Toutefois, les ordonnances relatives aux difficultés d'exécution d'une décision de justice et aux délais de grâce, sont rendues sur réquisition du Procureur de la République ou du Procureur Général près de la juridiction qui a statué. La requête à laquelle sont annexées les pièces justificatives en double exemplaire est motivée. Le requérant transmet par ministère d'huissier, une copie du dossier de sa requête au défendeur qui est invité à faire valoir par écrit ses observations au parquet saisi dans un délai de huit jours. Les recours contre les ordonnances prises en cette matière par les Présidents des juridictions de Première Instance sont portés dans un délai de huit jours à compter de la notification devant le premier Président de la Cour d'appel dont ils dépendent, par requête déposée au greffe. Les recours contre les ordonnances prises par les premiers Présidents des Cours d'appel sont portés devant la Cour Suprême par requête déposée au secrétariat de ladite Cour dans un délai de quinze jours. Les ordonnances prises en cette matière par le Président de la Cour Suprême sur réquisitions du Procureur général auprès de ladite Cour ne sont susceptibles d'aucun recours* ».

299. Au regard de cet article, le juge des référés peut prononcer à l'encontre du présumé contrefacteur ou des intermédiaires dont il utilise les services, toutes mesures destinées à empêcher la poursuite d'actes argués de contrefaçon, à prévenir une atteinte imminente aux droits conférés par le titre dès lors que l'atteinte à tout type de droit de propriété intellectuelle est vraisemblable ou imminente, selon les preuves raisonnablement accessibles au demandeur. La singularité de cette

décision, c'est qu'elle est innovante en la matière. En effet, le tribunal saisi peut ordonner que la saisie des biens soupçonnés d'être contrefaisants ne puissent être ni introduits ni mis en circulation dans les circuits commerciaux. Le tribunal pourrait même ordonner la saisie conservatoire soit des biens mobiliers et immobiliers du prétendu contrefacteur soit de ses comptes bancaires si et seulement si le demandeur justifie de circonstances de nature à compromettre le recouvrement de dommages et intérêts.

300. Toutefois, les mesures ordonnées par l'ordonnance de référé n'étant que provisoires, le titulaire du droit devra engager une action au fond à bref délai pour consolider ses mesures. A défaut, sur simple demande du défendeur et sans que celui-ci ait à motiver sa demande, les mesures ordonnées seront annulées et des dommages et intérêts pourront lui être alloués. Cette ordonnance de référé qui ne peut être sollicitée par le titulaire d'un quelconque droit de propriété intellectuelle qu'avant toute action au fond, aurait pour but de consolider toute éventuelle condamnation du contrefacteur.

2- Les mesures provisoires susceptibles d'être prononcées par le juge de fond

301. Le jugement avant dire droit⁵⁹³ est une mesure conservatoire ou interdisant au contrefacteur l'accomplissement de certains actes pouvant atteindre les droits appartenant à des tiers.

Au cours d'un procès, le titulaire de la marque ou du brevet contrefait pourra toujours solliciter par voie de conclusion, un jugement dit avant dire droit à cet effet. Ainsi, ce jugement ne sera qu'une mesure provisoire et par conséquent, il ne devra trancher le fond du litige et il ne sera susceptible d'appel qu'au même moment que celui du jugement définitif. Toutefois, lorsque le jugement avant dire droit tranche une question de fond, telle la nullité du litige, la partie au procès qui a intérêt pourra automatiquement interjeter appel sans attendre l'issue du procès relatif à la contrefaçon. Toutes ces mesures ne sont que provisoires et ne réinstallent pas le propriétaire dans son droit. Il faudra encore attendre l'issue du procès pour voir les sanctions définitives infligées au contrefacteur.

⁵⁹³ Article 140 de la loi n°72-833 du 21 décembre 1972 portant code de procédure civile commerciale et administrative modifiée par les lois n°78-663 du 5 août 1978, 93-670 du 9 août 1993, 96-674 du 29 août 1996, 97-517 du 4 décembre 1997 et les Ordonnances n°2015-180 du 24 mars 2015 et 2015-364 du 20 mai 2015.

B- La nécessité d'un renforcement des peines d'emprisonnement et/ou d'amende

302 Les peines d'emprisonnement (1), les amendes (2) paraissent dérisoires au point de ne produire aucun effet dissuasif sur les contrefacteurs afin de les arrêter dans leur macabre entreprise aux conséquences diverses sur la société. C'est pourquoi, il conviendrait d'étudier très sérieusement, le renforcement de ces sanctions.

1- Les peines d'emprisonnement

303 En ce qui concerne les peines d'emprisonnement, il serait peut-être souhaitable que le quantum de la peine soit revu à la hausse surtout dans les hypothèses où la contrefaçon est particulièrement grave. L'Accord n'a prévu expressément qu'une seule cause d'aggravation de ces peines à l'article 40 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui révisé⁵⁹⁴. Ainsi, en cas de récidive, les peines prévues aux articles 30 et 40 sont doublées. La récidive est constatée lorsqu'il a été prononcé contre le prévenu dans les cinq années antérieures à une condamnation pour l'un des délits prévus par l'Annexe III. Même dans ce cas, la peine restera toujours dérisoire. Pour les circonstances atténuantes, il faudra se référer aux lois nationales des Etats membres⁵⁹⁵. En effet, les peines applicables au contrefacteur oscillent entre la sévérité et la modestie de la sanction pénale. On a pu écrire que « *la lutte ne serait efficace que lorsque les risques encourus par les contrefacteurs contrebalanceront les bénéfices indument acquis*⁵⁹⁶ ». On peut pencher pour une répression plus sévère si on voit dans les peines, la contrepartie du tort que le contrefacteur cause à la société. Mais, lorsqu'il s'agit de voir dans cette sévérité un effet dissuasif, la pratique nous révèle le contraire. En effet, force est de constater que les contrefacteurs ne reculent pas devant l'arsenal répressif. La pénalisation du délit de contrefaçon de marque ou de brevet assure une répression du délit certes ; mais les sanctions pénales interviennent après que la contrefaçon a intégré le territoire national. Les marchandises de marques contrefaisantes proviennent, en effet, essentiellement de l'étranger. Ainsi, les mesures de protection contre celles-ci ne peuvent se cantonner sur plan interne.

⁵⁹⁴ Article 40 de l'Annexe III de l'Accord Révisé de Bangui.

⁵⁹⁵ Articles 60 de l'Annexe I et Article 41 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

⁵⁹⁶ J-P. Le HAIR, « La répression des atteintes aux droits conférés par les marques », in *Cours régional de l'OMPI d'introduction générale à la propriété intellectuelle*, OMPI/ Gouvernement du Burkina Faso, Ouagadougou, 7-16 Août 1996.

304. Certains textes organisent l'action de la douane dans les cas de contrefaçon de marque, mais ils sont très peu élaborés. Ces textes ne font pas référence au droit de brevet dans la mesure où la section 2 du chapitre V du Titre Premier du code des douanes ivoirien est intitulée « Prohibitions relatives à la protection des marques et des indications d'origine ». Ainsi, ces textes sous-tendent bien l'action de la douane sur le terrain de la lutte contre la contrefaçon. Si la loi n'est jamais suffisante pour la lutte contre des pratiques telles que la contrefaçon de marque, elle reste tout de même fondamentale. Elle donne une meilleure orientation sur la conduite à tenir dans les cas de contrefaçon de marque. L'article 9 de la Convention de Paris prévoit, dans les cas de contrefaçon de marque, la saisie à l'importation, la prohibition d'importation, la saisie à l'intérieur. Chaque pays membre de cette convention pourra choisir entre ses différentes mesures. L'Accord de Bangui n'intègre pas cette mesure. Mais la question trouve une meilleure réponse dans l'Accord sur les ADPIC. Ces dispositions relatives à la saisie à l'importation, la prohibition d'importation et la saisie à l'intérieur ne constituaient le droit positif des Etats membres de l'OAPI jusqu'à la révision dudit Accord intervenu le 14 décembre 2015 à Bamako au Mali⁵⁹⁷. En effet, l'accord sur les ADPIC impose à ses membres d'adopter des procédures permettant au détenteur d'un droit qui a des motifs valables de soupçonner que l'importation de marchandises de marque contrefaisante est envisagée, de présenter aux autorités administratives ou judiciaires compétentes, une demande écrite visant à faire suspendre la mise en libre circulation de ces marchandises par les autorités douanières. De telles mesures pourront être prises également dans l'hypothèse de réexportation de ces marchandises (article 51 de l'Accord sur les ADPIC). Il appartient au détenteur du droit de prouver ce qu'il allègue ; celui-ci devra en outre fournir une description détaillée des marchandises pour faciliter la reconnaissance de celle-ci par les autorités douanières.

305. Pour prévenir les abus, il pourra être exigé du titulaire de droit qui demande des mesures de rétention, de constituer une caution ou une garantie équivalente. Les mesures prises ne sont que provisoires ; elles sont nulles si après un délai de 10 jours⁵⁹⁸, le demandeur n'intente pas d'action. Il est également prévu des mesures correctives : la destruction des marchandises, la mise hors circuit des marchandises portant atteinte à un droit sur la marque. Sauf circonstances exceptionnelles (que l'accord ne précise pas), les marchandises en cause ne pourront être réexportées en l'état ni soumises à un autre régime douanier. S'agissant enfin des importations de faible quantité de marchandises sans caractère commercial contenu dans les bagages personnels des voyageurs ou expédiés en petits

⁵⁹⁷ Articles 77 de l'Annexe I et 66 de l'Annexe III du nouvel Accord de Bangui, acte du 14 décembre 2015.

⁵⁹⁸ Articles 65 de l'Annexe I et 49 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui, acte du 24 février 1999.

envois, elles pourront bénéficier de l'exemption de l'application des différentes mesures.

306. Cet aperçu, qui portait essentiellement sur l'Accord sur les ADPIC, nous convainc que cet accord constituera pour l'ensemble des Etats membres de l'OAPI, une base légale assez élaborée de la douane contre la contrefaçon de marque. On pourrait même être amené à souhaiter ardemment qu'il fut immédiatement intégré au rang des textes de droit positif des Etats membres de l'OAPI. Malheureusement, aujourd'hui, l'examen de la pratique douanière en la matière édulcore cet engouement. Quid des amendes ?

2 - Les peines d'amende

307. Face à l'inadaptation du quantum des peines d'amende à la gravité des actes de contrefaçon de médicament, le législateur OAPI devrait significativement les renforcer. En Côte d'Ivoire par exemple, le Comité national de lutte contre le Trafic illicite et la contrefaçon des Médicaments (COTRAMED) et le Comité National de Lutte contre la Contrefaçon ont réalisé de 2013 à 2018, une importante saisie de médicaments contrefaisants 100 tonnes d'une valeur estimée à plus de 3.480.000.000 FCFA. Le marché pharmaceutique ivoirien varie entre la somme de 150 à 200 milliards de francs CFA et la part du secteur illicite est estimée à 50 milliards de francs CFA. Au regard de ce seul exemple, l'on peut considérer que les amendes fixées à l'encontre des contrefacteurs doivent être plus élevées et réalistes⁵⁹⁹ au vue des gains engendrés dans l'exercice de cette activité illégale.

308. Le système de l'évaluation des dommages et intérêts par les juges de l'espace OAPI est très souvent critiquable en ce sens qu'il rend la contrefaçon « *rentable* » pour le contrefacteur et cela même lorsqu'il est condamné. Les juges français ont connu dans une période très récente, les mêmes difficultés jusqu'à l'avènement de la loi du 29 Octobre 2007 qui prévoit deux mécanismes alternatifs d'évaluation du préjudice de la contrefaçon : une évaluation « *réelle* » en fonction des conséquences économiques négatives de la contrefaçon et une évaluation « *forfaitaire* » en fonction du montant de redevance de licence⁶⁰⁰. Le législateur OAPI devrait s'inspirer de cette loi pour apporter des modifications dans ce sens. Mais, le juge de l'espace OAPI devrait pouvoir s'inspirer de ce mécanisme puisque l'évaluation relève de son pouvoir souverain d'appréciation.

⁵⁹⁹ C. D. DJOMGA, *La contrefaçon des marques dans l'espace OAPI*, op. cit., pp. 184-185.

⁶⁰⁰ C. D. DJOMGA, *La contrefaçon des marques dans l'espace OAPI*, op. cit., pp. 184-185.

Section 2 : Le recours à la convention MEDICRIME

309. La sanction de la contrefaçon dans les Etats membres de l'espace UEMOA a montré ses limites dans leur application sur plan national et plus encore dans l'incrimination des actes de contrefaçon commis par le contrefacteur sur plan international. Face à cette situation, le Conseil de l'Europe qui œuvre depuis plus de 60 ans pour la qualité du médicament s'est préoccupé de l'absence d'une législation harmonisée au niveau international contre le trafic de faux médicaments, de la non-application de sanctions dissuasives proportionnelles aux dommages et de l'importation d'organisations criminelles internationales dans ce trafic. C'est dans cette optique que le Conseil de l'Europe a ouvert la voie à la création d'une convention (**paragraphe 1**) contre ce fléau mortifère que représente la contrefaçon de médicaments, la convention MEDICRIME (**paragraphe 2**).⁶⁰¹

Paragraphe 1 : Un outil juridique international exotique

310. Pour mieux appréhender cet outil juridique qui constitue une avancée notable dans la lutte contre le phénomène de la contrefaçon, on tentera de comprendre son historique (**A**) et la notion de la convention MEDICRIME (**B**).

A- Historique de la convention

311. En avril 2017, lors de la dix-huitième séance du Conseil de l'Europe, la commission des questions économiques et du développement a écrit un rapport sur la nécessité d'avoir une convention internationale relative à la suppression de la contrefaçon et du trafic de produits contrefaits. Son but étant d'harmoniser les sanctions pénales pour la contrefaçon de produits médicaux infligés aux contrefacteurs et aux auteurs de toutes violations intentionnelles de la propriété intellectuelle. Le 8 décembre 2010, la Convention MEDICRIME, portant sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique, a été adoptée par le comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Lors de la Conférence internationale de haut niveau qui s'est tenue du 26 au 28 octobre 2011 ayant pour thème : « *Contre la prorogation des produits médicaux contrefaits* », la Convention MEDICRIME a été ouverte à la signature aux Etats membres et non membres du Conseil de l'Europe.⁶⁰² Le but de cette convention étant de

⁶⁰¹ Conseil de l'Europe, « La Convention MEDICRIME : combattre la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires ». Strasbourg : Division de l'information publique/DEQM, 28 Octobre 2011. Disponible sur le site internet suivant : <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/211.htm>.

⁶⁰² Conseil de l'Europe, « La Convention MEDICRIME : combattre la contrefaçon des produits médicaux

protéger la santé publique en édictant des mesures dissuasives et contraignantes, elle décide non seulement de criminaliser désormais l'infraction, mais aussi de sanctionner tous les actes liés à la contrefaçon des produits pharmaceutiques. L'avènement de cet instrument juridique dans le domaine du droit pénal permet de disposer désormais d'un outil pratique de lutte contre ce fléau. Il s'agit du premier instrument juridique international qui condamne la contrefaçon des médicaments en tant que crime et qui la punit comme tel.

B- La notion de la convention MEDICRIME

312 La convention sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique clarifie la définition de la contrefaçon des produits médicaux et des crimes similaires. Un produit médical contrefaisant est ainsi « *un produit qui est présenté d'une manière trompeuse (au niveau de son étiquette, son emballage) avec des indications mensongères et frauduleuses quant à son identité et/ou sa source* ». Une infraction similaire regroupe « *la fabrication, le stockage, le trafic et l'offre de vente de produits médicaux en passant délibérément outre le contrôle obligatoire des autorités médicales* ». Parmi ces infractions similaires, on retrouve des produits médicaux utilisés à des fins de dopage et sans indication thérapeutique. La Convention MEDICRIME couvre toutes les catégories de produits médicaux, qu'ils soient ou non protégés par des droits de propriété intellectuelle, dont les dispositifs médicaux qui peuvent également être contrefaits et les substances actives, les excipients et les matériaux destinés à la fabrication de produits médicaux.

Paragraphe 2 : Le contenu de la Convention de MEDICRIME

313 La Convention MEDICRIME se subdivise en deux grandes parties que sont les infractions pénales **(A)** et ses avantages subséquents **(B)** pour les Etats membres dans leur lutte contre la contrefaçon de médicaments sur plan international.

et les infractions similaires », *op. cit.*

A- Les infractions pénales de la Convention MEDICRIME

314. La Convention MEDICRIME prévoit notamment des infractions relatives à la criminalisation de la contrefaçon des produits médicaux et des infractions similaires. Celles-ci avaient été considérées avant l'avènement de ladite convention sous l'angle de la violation des droits de propriété intellectuelle (fabrication de produits ressemblant aux produits authentiques). Cependant, elles relèvent dorénavant du domaine du droit pénal. Ainsi, les individus ou les organisations qui fabriquent et distribuent des produits contrefaisants seront considérés comme des criminels à la recherche de produits rapides ne se souciant pas de la santé et de la vie des patients. Elle prévoit également une coopération nationale et internationale multisectorielle qui consiste à mettre en place des points de contacts nationaux au sein des autorités sanitaires, de police et des douanes pour permettre l'échange d'informations et assurer une assistance pour la gestion opérationnelle des affaires au niveau national. Les points de contacts nationaux garantissent la coopération transfrontalière entre les pays et permettent la mise en œuvre et le suivi de la convention. Enfin, elle édicte des mesures de protection des victimes et des témoins avec pour objectifs de protéger les victimes subissant des préjudices physiques ou psychologiques dus à l'utilisation de médicaments contrefaits ou d'un produit médical manipulé lors d'une infraction similaire pourront être reconnues en tant que telles.⁴⁰²

B- Les avantages de la Convention MEDICRIME

315. La Convention MEDICRIME se présente comme étant un outil juridique qui vient à point nommé pour de nombreux pays surtout pour les Etats membres de l'UEMOA. En effet, elle le mérite d'assurer la clarté juridique de la définition des produits médicaux contrefaits et des infractions similaires. De plus, elle considère comme des infractions certains types d'activités liées à la contrefaçon de produits médicaux et des infractions similaires, qui seront passibles de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. Par ailleurs, elle améliore la coopération entre les autorités judiciaires et sanitaires au niveau national et améliore la coopération entre les autorités compétentes des Etats membres au niveau international, notamment par l'échange d'informations.

316. A ce jour, 29 pays dont quatre (4) Etats non membres du Conseil de l'Europe ont signé la Convention MEDICRIME⁶⁰³. On compte quatorze (14) Etats membres du Conseil de l'Europe qui ont ratifié la convention MEDICRIME⁶⁰⁴.

317. En ce qui concerne les Etats africains, seulement quatre (4) pays membres de l'espace UEMOA (le Benin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire et plus récemment le Niger) ont ratifié cet important outil juridique international⁶⁰⁵. L'UEMOA ne saurait se contenter de la signature de la Convention MEDICRIME par quatre de ses Etats membres alors qu'elle présente de nombreuses vulnérabilités qui permettent de favoriser la recrudescence des faux médicaments. L'initiative des quatre Etats membres de l'UEMOA est certes louable, mais elle l'aurait été davantage, si elle s'inscrivait dans une logique communautaire, c'est-à-dire dans un mouvement d'ensemble compte tenu des effets dévastateurs et transnationaux de ce fléau. La décision de ratifier la Convention MEDICRIME seulement par quatre Etats n'est-elle pas dans une certaine mesure, une réponse à l'inertie de l'UEMOA face à l'ampleur de ce fléau? Ou alors n'est-elle pas révélatrice du dysfonctionnement des organes de l'UEMOA face aux grands défis ? En tout état de cause, l'application de la Convention MEDICRIME constitue une avancée notable vers la protection de la santé publique dans l'intérêt des populations de chacun des Etats membres de l'UEMOA.

⁶⁰³ Convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique, entrée en vigueur le 01/01/2016. Disponible sur le site suivant : <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/211/signatures>

⁶⁰⁴ *Ibidem*.

⁶⁰⁵ *Ibidem*.

CHAPITRE II : LES DIFFICULTES DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA REPRESSION DE LA CONTREFAÇON

318 La poursuite du délit de contrefaçon est faite par l'exercice d'une action en contrefaçon. Cette action déclenchée par une personne habilitée à agir devant la juridiction compétente peut être souvent parsemée d'obstacles (**Section 1**). La douane dans le cadre de l'application des mesures à la frontière peut soit sur une initiative propre ou sur une demande du titulaire de droit intervenir dans la lutte contre la contrefaçon qui remet en cause les droits de la propriété intellectuelle. Nous analyserons alors le cadre de l'action douanière (**Section 2**) à travers le code des douanes de l'UEMOA.

Section 1 : Les obstacles auxquels sont confrontées les personnes habilitées à agir devant la juridiction compétente

319 Au terme de l'article 46 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui, « *l'action civile en contrefaçon d'une marque est engagée par le titulaire de la marque. Toutefois, le bénéficiaire d'un droit exclusif d'usage peut agir en contrefaçon, sauf stipulation contraire, si après mise en demeure, le titulaire n'exerce pas ce droit*⁶⁰⁶ ». Toutefois, l'Annexe I de l'Accord de Bangui relatif au brevet d'invention ne mentionne pas expressément les personnes habilitées à porter l'action en contrefaçon devant la juridiction compétente comme c'est le cas en droit de marque. Ainsi, par analogie, nous avons étendu l'article 46 de l'Annexe III précité au droit du brevet. Il nous reviendra d'identifier d'abord les personnes habilitées à déclencher l'action en contrefaçon de marque ou de brevet (**paragraphe 1**) et par la suite relever quelques difficultés auxquelles les titulaires de droit peuvent être confrontés lors de la saisine de la juridiction compétente (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'identification des personnes habilitées à agir devant la juridiction compétente

320 L'action en contrefaçon doit être exercée par la personne habilitée⁶⁰⁷, c'est-à-dire qui justifie d'un intérêt légitime juridiquement protégé direct et personnel, la qualité et la capacité d'agir (**A**) par devant la juridiction compétente (**B**).

⁶⁰⁶ Article 46 alinéa 1 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

⁶⁰⁷ Article 3 de la loi n°72-833 du 21 décembre 1972 portant code de procédure Civile, Commerciale et Administratif Ivoirien, modifié respectivement par les ordonnances n°2015-180 du 24 mars 2015 et 2015-364 du 20 mai 2015. Il faut noter que cette disposition qui tire sa source dans le code de procédure civile français, est la même appliquée dans tous les Etats membres de l'UEMOA.

A- Les principaux titulaires de droit

321. Le droit du brevet (1) tout comme celui de la marque (2) appartient en principe au premier déposant. Cependant, des difficultés peuvent surgir soit parce que l'un ou l'autre a été déposé de bonne foi par plusieurs personnes à la même époque, soit parce que le droit de brevet ou de marque a été usurpé par un tiers qui a déposé la demande en son nom le premier mais de mauvaise foi.

1- En matière de brevet

322. Le droit au titre de propriété industrielle en matière de brevet ou d'un certificat complémentaire appartient selon l'article 10 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui du 24 février 1999 à l'inventeur ou à son ayant-cause. On pourrait à juste titre s'interroger sur le sort réservé à une invention réalisée par plusieurs personnes indépendamment l'une de l'autre ? Cette question est également réglée à l'alinéa 3 de l'article 10 précité. Ainsi, selon cet article « *si dans la mesure où plusieurs personnes ont fait la même invention indépendamment les unes des autres, le droit au brevet appartient à celle qui a déposé la demande dont la date de dépôt ou, lorsqu'une priorité est revendiquée, la date de dépôt valablement revendiquée, la date de priorité valablement revendiquée, est la plus ancienne, tant que ladite demande n'est pas retirée, abandonnée ou rejetée* ». Cette précision indique que le législateur, face à ces deux systèmes, a opté pour celui du premier déposant. En effet, lorsqu'il faut départager deux inventeurs ou leurs ayant-cause qui à la même époque ont fait la même invention indépendamment l'un de l'autre et sans fraude, on peut hésiter à donner la préférence au premier qui a déposé ou au premier à avoir fait l'invention. Ainsi, l'attribution du droit au premier inventeur semble plus proche du droit naturel. Le droit du premier déposant se justifie surtout par des considérations d'ordre pratique et le souci d'éviter la multiplication des contestations. Le système du premier inventeur est minoritaire en dépit du fait qu'il ait été le choix des Etats Unis d'Amérique.

323. Il convient de rappeler la difficulté majeure évoquée plus haut relative à l'Annexe I de l'Accord de Bangui. En effet, ladite Annexe ne mentionne pas expressément les personnes habilitées à porter l'action en contrefaçon devant la juridiction compétente comme c'est le cas en droit de marque. Cette situation pourrait créer une confusion sur l'identité des personnes habilitées à saisir le tribunal compétent en cas de commission d'actes de contrefaçon. Cependant, il faut tout de même relever que le nouvel Accord de Bangui a remédié à cette situation en son

article 63 de l'Annexe I en désignant expressément, les personnes habilitées à exercer l'action en contrefaçon en matière de brevet. Il faut toutefois noter que l'Annexe I relatif au brevet dans le nouvel Accord de Bangui n'est pas encore entré en vigueur.

2- En matière de marque

324 Le propriétaire de la marque est celui au nom de qui une marque a été enregistrée. En effet, l'enregistrement de la marque confère à son titulaire le droit d'empêcher les tiers de faire usage des signes identiques ou similaires à sa marque au cours d'opérations commerciales⁶⁰⁸. L'exclusivité d'usage de la marque par le propriétaire avec pour conséquence d'empêcher le tiers d'en faire autant est le fondement même du droit de la marque. La marque peut aussi appartenir à la fois à plusieurs personnes. Dans ce cas, ces personnes sont des copropriétaires du droit de la marque. Ces derniers peuvent agir en contrefaçon sauf stipulation contraire. L'action d'un copropriétaire profitera à tous, car supposé agir au nom et pour le compte de tous⁶⁰⁹. Toute cession des droits d'un copropriétaire à un contrefacteur sera inopposable aux autres. Cette convention serait considérée être en fraude des droits des autres copropriétaires⁶¹⁰. Par ailleurs, la marque fait souvent l'objet de divers contrats. Les contrats les plus usités sont les licences et les cessions. Le bénéficiaire d'un tel contrat peut être exposé aux ravages de la contrefaçon. C'est pour cette raison que l'Accord de Bangui a prévu des modalités propres à ceux-ci à l'effet de poursuivre les contrefacteurs.

B - Les titulaires dérivés par l'effet des contrats d'exploitations ou de la loi

325 D'autres personnes sont autorisées à agir soit par effet d'un contrat ou par autorisation de la loi. Parmi ceux qui agissent par effet d'un contrat, figurent le licencié (1) et le cessionnaire (2) ou par autorisation de la loi, le procureur (3).

⁶⁰⁸ Article 7 alinéa 2 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

⁶⁰⁹ J-S. SZALEWSKI et J-L PIERRE, *op.cit.* p. 248.

⁶¹⁰ A. CHAVANNE et J-L BURST, *op.cit.* p. 776.

1- Le licencié

326 La licence de la marque ou de brevet est le contrat par lequel le propriétaire de l'un ou l'autre de ces droits (*le concédant*) concède la jouissance à une tierce personne (*le concessionnaire*) pendant un certain temps moyennant le paiement d'une redevance. Le contrat de licence est soit exclusif ou simple. Le bénéficiaire d'une licence exclusive peut agir en contrefaçon, sauf stipulation contraire du contrat, si après mise en demeure le titulaire n'exerce pas ce droit⁶¹¹. Ainsi, le licencié agira en contrefaçon suite à la négligence du titulaire. Mais faudra-t-il encore que sa licence soit opposable aux tiers. En effet, à la lecture des dispositions de l'Accord de Bangui, tous les contrats d'exploitation (*cessions par exemple*) sont opposables aux tiers dès leur inscription au registre spécial de marque ou de brevet tenu à cet effet auprès de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle⁶¹². Par contre, la licence n'est opposable aux tiers qu'après son inscription au registre spécial de marque ou de brevet et sa publication dans les formes requises du Bulletin Officielle de la Propriété Intellectuelle (BOPI).

327. Dans le droit commun, l'opposabilité d'un acte est admise dès lors que le tiers a la possibilité d'accéder à l'information. Par conséquent, l'enregistrement de la licence au registre spécial de marque ou de brevet devrait suffire pour les rendre opposables aux tiers. Cela pourrait éviter des situations fâcheuses. Théoriquement, le BOPI est publié trimestriellement. Dans cet intervalle, le licencié exclusif n'aura aucune action face à un contrefacteur. Il devra laisser le soin au propriétaire de la marque ou du brevet sauf stipulation contraire du contrat de licence exclusive. Le bénéficiaire d'une licence simple quant à lui n'a pas le pouvoir d'agir en contrefaçon en cas d'atteinte illicite portée à la marque ou au brevet. Toutefois, il est recevable à agir en intervention dans une instance en contrefaçon engagée par le titulaire afin d'obtenir la réparation d'un préjudice qui lui est propre⁶¹³. La jurisprudence française, admet que le licencié puisse agir en concurrence déloyale contre le contrefacteur, en réparation du préjudice qui lui est propre, par exemple dans la mesure où la contrefaçon a créé un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle du licencié⁶¹⁴. Les pouvoirs du bénéficiaire d'une licence simple tels que prévu par l'Accord de Bangui sont moindres par rapport à ceux du preneur d'une licence exclusive et surtout ceux d'un cessionnaire. Il reviendra à l'Accord de Bangui de renforcer le droit de la

⁶¹¹ Art 46 alinéa 1 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

⁶¹² Art 27 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui. Voir aussi l'article 34 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

⁶¹³ Art 46 alinéa 2 de l'Annexe II de l'Accord de Bangui.

⁶¹⁴ Cass. Com., 20 janvier 1975, Annales 1977, p. 206. ; Cass. Com., 12 juillet 1993, Bull. civ. IV, n°294 ; D.1994, som Cass. Com. 79, obs. (M.-L.) IZORCHE ; pour l'action du distributeur exclusif ; Cass. Com., 6 juillet 1982, PIBD 1983-III-22.

défense des intérêts du bénéficiaire d'une licence simple face aux contrefacteurs.

2 - Le cessionnaire

328 La cession d'une marque ou d'un brevet est un contrat par lequel le propriétaire (le cédant) transfère la propriété à une tierce personne (cessionnaire) moyennant le paiement du prix⁶¹⁵. La cession n'est opposable aux tiers qu'après inscription de l'acte de cession au registre spécial de marque ou de brevet tenu à l'OAPI. Ainsi, dès l'inscription de la cession au registre tenu à cet effet, le cessionnaire s'arroge tous les droits du cédant⁶¹⁶. Les articles 34 de l'Annexe I et 27 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui exigent l'inscription de l'acte de cession au registre spécial de marque ou de brevet. Il en résulte donc que le défaut d'accomplir cette formalité dénie au cessionnaire le droit d'agir en contrefaçon contre les tiers. L'on peut se demander si à défaut d'inscription, le cessionnaire peut faire intervenir son cédant au cours d'une instance judiciaire, pour prouver son droit sur la marque litigieuse. L'interprétation a contrario de l'arrêt du 02 Mars 2007 de la 3ème Chambre de la Cour d'Appel d'Abidjan nous permet de répondre au problème de droit susmentionné par la négative⁶¹⁷. En effet, au cours d'une procédure de contrefaçon par devant cette juridiction de second degré, le défendeur aurait soulevé l'inopposabilité de la cession de la marque litigieuse pour défaut d'inscription dans le registre spécial des marques. Le juge a répondu qu'il ressortait de l'examen des pièces du dossier que la cession de la marque SUNWATT a été inscrite au registre spécial des marques de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle⁶¹⁸. Ce juge a tranché en se fondant sur les documents émanant de la Direction générale de l'OAPI, notamment l'extrait de publication de l'acte de cession et l'attestation de non-déchéance de la marque. Il ressort de cette analyse que, si le juge n'avait pas à sa disposition ce document, il aurait certainement reçu ce moyen tendant à déclarer la cession inopposable au contrefacteur, nonobstant l'intervention volontaire du cédant en faveur de son cessionnaire, le poursuivant. Le juge d'appel guinéen a opté pour la position contraire à celle de son homologue ivoirien et ce, en violation de l'article 27 susvisé. Pour ce dernier, le fait d'apporter une mention modificative relative à l'exploitation de la marque au Registre de Commerce et Crédit Mobilier (RCCM) a suffi pour permettre au cessionnaire d'opposer sa cession au tiers⁶¹⁹. Au regard de tout ce qui précède, le cessionnaire n'acquiert le droit d'agir en contrefaçon contre les tiers que contre les actes d'usurpations effectués après l'inscription au

⁶¹⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété Intellectuelle*, *op cit*, p. 927.

⁶¹⁶ A.R. BERTRAND, *Droit des marques : signes distinctifs-noms de domaine*, *op.cit.* p. 235.

⁶¹⁷ C.A, Arrêt, 3ème Ch. Civ. d'Abidjan, 02 Mars 2007 relative à la cession de la marque SUNWATT.

⁶¹⁸ *Ibidem*

⁶¹⁹ Conakry, 03 Décembre 2007, Rec. jurisprudentiel, OAPI, T.2, p. 214.

registre spécial des marques. Quel serait alors le sort des actes portant atteinte au droit de marque ou de brevet pendant la période qui sépare l'acte de cession et l'inscription de ceux-ci dans leurs registres spéciaux respectifs par le cessionnaire ?

329. L'Accord de Bangui est muet sur la question alors même que les atteintes portées auxdits droits pendant la période référenciée sont constitutives de contrefaçon. Toutefois, l'Accord de Bangui pourrait pallier cette insuffisance en la matière en ayant recours aux propositions ci-après :

- Le cédant conserve son droit d'opposabilité aux tiers jusqu'à l'inscription du contrat de cession aux registres spéciaux de marques ou de brevet de sorte à pouvoir légalement exercer l'action en contrefaçon contre tout contrefacteur ;
- Le cessionnaire acquiert le droit d'agir en contrefaçon contre les actes d'usurpations effectués avant l'inscription de la cession aux registres spéciaux de marques ou de brevet. Dans ce cas, il ne pourra pas agir pour des faits antérieurs à la cession puisqu'il se substitue au cédant ainsi que dans ses droits nés de la cession ;
- Le cédant transfère au cessionnaire de la marque ou du brevet, le droit d'agir en justice à l'encontre des actes de contrefaçon antérieure à l'enregistrement de la cession telle que convenu par une clause de l'acte de cession inscrit à leurs registres spéciaux respectifs⁶²⁰. En tout état de cause, il serait souhaitable que l'Accord de Bangui envisage la répression de tels actes en instituant des dispositions qui le prévoient expressément. Lorsque la cession est partielle, le cessionnaire ne peut agir que dans les limites de la cession, le cédant pouvant agir lui-même dans les limites des droits qu'il a conservés. Outre ces titulaires suscités, le Procureur peut également agir soit par autorisation de la loi soit à la demande de la victime, son représentant légal ou son ayant-droit.

3 - Le Procureur

330. La contrefaçon est à la fois un délit civil et un délit correctionnel. Il en résulte bien que le procureur devrait pouvoir agir en cas de troubles à l'ordre public comme un titulaire de droit en saisissant d'office la juridiction compétente⁶²¹. Toutefois, l'on peut se demander si le procureur peut agir sans une plainte préalable du titulaire de la marque ou du brevet. La réponse à cette

⁶²⁰ Paris, 6 Janvier 1966, Annales 1966, P121. ; TGI Strasbourg, 21 Janvier 1992, *PIBD* 1992, n°524-III-353.

⁶²¹ Article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale ivoirien.

question n'est pas dépourvue de tout intérêt. En effet, au terme de l'article 61 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui sur les brevets, l'action correctionnelle en contrefaçon de brevet ne peut être exercée par le ministère public que sur plainte de la partie lésée. Le législateur de l'Accord de Bangui n'a pas jugé utile de prévoir une disposition d'une telle teneur en matière de contrefaçon de la marque. Malheureusement, cette approche relative à l'action exercée par le ministère public sur plainte de la partie lésée, semble être celle adoptée par ledit accord. Théoriquement, rien n'empêche donc le procureur d'agir même en l'absence de toutes plaintes de la victime en cas de contrefaçon de la marque. Dans le silence de l'Annexe III, le délit de contrefaçon de marque demeure comme tous les autres délits que le procureur peut poursuivre sur sa propre initiative. Ce pouvoir lui est connu par la presque totalité des codes de procédures pénales des Etats membres de l'OAPI. Par exemple en Côte d'Ivoire, il peut agir indépendamment de toutes les plaintes de la victime et ce conformément aux dispositions de l'article 40 du Code de Procédure Pénale Générale qui dispose que « *le Procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donné. En cas de classement sans suite, il avise le plaignant. Le Procureur de la République peut, dans les cas où elle est possible, soit d'office, soit à la demande de la victime, son représentant légal ou son ayant droit, proposer la transaction au délinquant. Toute autorité constituée, tout officier ou fonctionnaire, qui dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délais au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs*⁶²² ».

331. La contrefaçon n'étant pas en effet un délit privé, des poursuites pénales n'exigeraient donc pas une plainte particulière de la victime⁶²³. Les juges de siège devraient à bon droit recevoir l'action du Procureur. Mais, en pratique, le parquet n'agit malheureusement pas de sa propre initiative⁶²⁴. Cela expliquerait peut-être la position des praticiens de l'Accord de Bangui qui soutiennent et ce par référence à l'article 6 Annexe I que le Procureur ne peut agir en contrefaçon de marque que sur une plainte du titulaire. Il revient donc au législateur de prévoir une disposition d'une telle teneur dans l'Annexe III portant sur les marques pour combler le vide juridique. La question de la personne habilitée à agir étant réglée, il conviendra à cette dernière de saisir la juridiction compétente qui devra connaître de son litige.

⁶²² Art 40 du code de procédure pénale ivoirien tel que modifié par la loi n°98-745 du 23 décembre 1998.

⁶²³ M.E. LAPORTE-LEGEAIS, *op.cit.*, p. 1063.

⁶²⁴ A. CHAVANNE et J-J BURST, *op.cit.*, p. 776.

Paragraphe 2 : Les difficultés dans la mise en œuvre de l'action en contrefaçon

332 Le titulaire de droit de propriété incorporelle dont les biens sont attaqués ainsi que les titulaires dérivés vont se voir confrontées à un choix de voie juridictionnelle. Il faut en effet considérer ici, la véritable option qui se présente au demandeur. En effet, l'article 61 et suivants de l'Annexe I et l'Article 47 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui, permettent à la victime d'une contrefaçon de brevet ou de marque de disposer d'une option. Ainsi, la victime peut porter indifféremment porter son action soit devant le tribunal civil soit devant le tribunal correctionnel **(A)** qui connaîtra par la suite une instruction au fond **(B)** avant que le juge de fond ne se prononce définitivement sur le litige.

A- L'option de la juridiction compétente

333 La victime pourra décider de se placer soit devant les juridictions institutionnelles, c'est-à-dire civiles (1) ou pénales (2), soit devant les institutions privées (3) d'une part ou porter son action devant les juridictions internationales en cas de survenance d'un élément d'extranéité (4) d'autre part. C'est là une véritable question d'opportunité pour celui qui va engager l'action.

1- La juridiction civile

334 Il s'agira de préciser l'étendue de la compétence de la juridiction civile matérielle **(a)** et territoriale **(b)** en matière de contrefaçon.

a- La compétence *rationae materiae*

335 Selon l'article 47 alinéa 1 de l'Accord de Bangui, « *Les actions civiles relatives aux marques sont portées devant les tribunaux civils et jugés comme matières sommaires* ». L'interprétation de ce texte exclut la compétence des juridictions commerciales quand bien même le contentieux de la contrefaçon ne s'élèverait généralement qu'entre commerçants. Ceci se justifie par le fait que la Propriété Industrielle est un '*droit exceptionnel*'. La juridiction matériellement compétente déterminée, il faudra encore savoir parmi les juridictions de cette

nature laquelle est territorialement compétente.

b - La compétence rationae loci

336 Les règles de compétence territoriale sont celles du droit commun. Le tribunal compétent est d'abord celui du domicile du défendeur ou celui du contrefacteur. En outre, le tribunal compétent peut être celui du lieu de commission du délit de contrefaçon. Dans ce cas, le tribunal compétent peut être celui où l'un des objets contrefaisants a été mis en vente. Enfin, lorsque la poursuite est dirigée à l'encontre de plusieurs contrefacteurs, le tribunal compétent sera celui du lieu de commission du délit de contrefaçon.

2 - La juridiction pénale

337. Au sens des dispositions de l'article 47 alinéa 2 de l'Accord de Bangui, le titulaire de la marque peut porter son action en contrefaçon par devant la juridiction pénale. A l'instar de la juridiction civile, il revient à la victime de déterminer avec précision la juridiction pénale matériellement (a) et territorialement (b) compétente devant laquelle elle souhaiterait porter son action.

a- La compétence matérielle

338 Au pénal, le tribunal correctionnel est compétent puisque la contrefaçon est un délit. Selon l'article 47 al.2 de l'Accord de Bangui, « *en cas d'action intentée par voie correctionnelle, si le prévenu soulève pour sa défense des questions relatives à la propriété de la marque, le tribunal compétent statue sur l'exception* ». L'article 62 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui dispose également que « *le tribunal correctionnel, saisi d'une action pour délit de contrefaçon, statue sur les exceptions qui seraient tirées par le prévenu, soit de la nullité ou de la déchéance du brevet, soit des questions relatives à la propriété dudit brevet* ».

b - La compétence territoriale

339 La juridiction territorialement compétente en matière de contrefaçon de marque est dans la législation ivoirienne par exemple celle du lieu de la commission du délit, celle du lieu de la résidence du contrefacteur ou celle du lieu de son arrestation. Cette règle de « *triple compétence*

territoriale » pourrait être normalement celle prévue par les législations des autres Etats membres de l'OAPI. Une fois que la question de compétence est réglée, la phase d'instruction au fond du litige peut commencer.

3 - Les modes alternatifs de règlement de conflit

340. Les modes alternatifs de résolution des litiges⁶²⁵ sont l'expression d'une justice privée, fondée sur le principe de la volonté des parties, par laquelle elles donnent pouvoir à une ou plusieurs personnes et neutres et spécialisées généralement choisies par elles, de les concilier, de les rapprocher ou de rendre justice dans le différend qui les oppose. Cette analyse portera principalement sur la médiation (a) et l'arbitrage (b).

a- La médiation

341. La médiation est une procédure non contraignante faisant intervenir un intermédiaire neutre, le médiateur, qui aide les parties en litiges à trouver un accord. Cela signifie que le fait d'accepter de se soumettre à un processus de médiation n'empêche pas les parties de s'en retirer après la première séance. Cela signifie aussi qu'aucune solution ne sera imposée aux parties. Une transaction ne peut être conclue que si les parties conviennent librement de l'accepter. A la différence des autres modes plus formels de règlement de litiges, la médiation offre aux parties la possibilité de parvenir à une solution conforme à leurs intérêts qui leur permette de préserver leurs relations futures.⁶²⁶

b- L'arbitrage

342. La notion d'arbitrage n'a pas de définition légale. Ceci peut se justifier par le fait qu'il *« n'est pas toujours judicieux pour un texte normatif de procéder à des définitions qui enfermeraient dans un cadre trop restrictif ou trop figé l'institution qu'il s'agit de régler »*.

⁶²⁵ V. les Règlements portant création et organisation du centre d'arbitrage et de médiation de l'OAPI, adopté respectivement par les résolutions ci-après :

- Résolution n° 56/22 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017 ;
- Résolution n° 56/23 entrée en vigueur le 1^{er} mars 2017 ;
- Résolutions n° 56/24 et 56/25 entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2018 ;

⁶²⁶ J. TANKEU, *Le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges en matière de propriété intellectuelle*, l'Harmattan, 2018, p. 16.

La définition et, d'une manière générale, la conceptualisation doivent être davantage l'œuvre de la doctrine, de la jurisprudence ». ⁶²⁷ L'arbitrage est une procédure consensuelle dans le cadre de laquelle un ou plusieurs intermédiaires neutres imposent une décision contraignante aux parties. Après qu'une partie a accepté un arbitrage, elle ne peut pas se retirer unilatéralement de la procédure d'arbitrage sans risquer qu'une décision, quant au fond, soit rendue en sa défaveur. ⁶²⁸

343 Il convient de noter que l'arbitrage et la médiation sont similaires dans la mesure où il s'agit de procédures consensuelles faisant intervenir un intermédiaire. Cependant, elles sont fondamentalement différentes du point de vue du rôle de l'intermédiaire neutre et de la structure de la procédure. Dans un arbitrage, à la différence de la médiation, l'intermédiaire impose le règlement du litige aux parties. Dans le cadre d'une médiation, comme nous l'avons vu, les parties construisent leur propre règlement. Le médiateur n'est là que pour faciliter la négociation entre les parties en vue d'un règlement qui leur est propre. ⁶²⁹ Dans un arbitrage, à la différence d'une médiation, l'arbitre est tenu par la liste formelle des questions à régler (dans les pièces écrites ou la convention d'arbitrage par exemple), le droit matériel applicable, le droit arbitral applicable, le règlement d'arbitrage applicable, les faits et les rapports d'expertise que les parties choisissent d'invoquer ainsi que par les arguments des conseils. ⁶³⁰ Par ailleurs, les arbitres peuvent tenir compte du droit et de l'ordre public du ou des lieux dans lesquels la sentence arbitrale est susceptible d'être mise en œuvre ou contestée afin de s'assurer qu'elle est applicable et opposable. Cependant, il peut arriver que le délit de contrefaçon ait été occasionné par un élément d'extranéité.

4 - Le contentieux international en matière de propriété intellectuelle

344 Le principe de territorialité des droits de propriété intellectuelle veut que seul un acte commis sur le territoire pour lequel le droit est protégé puisse constituer une contrefaçon. Par exemple, un acte commis dans l'espace OAPI portant atteinte à un brevet y produisant ses effets; dans cet exemple, la qualification d'acte de contrefaçon ne peut résulter que de l'application de l'Accord de Bangui. Ainsi, l'appréciation des éléments constitutifs de la contrefaçon comme celle des éventuelles exceptions ou celle du montant de la réparation du dommage relèvent des droits nationaux. Dès 1883, la Convention de Paris a instauré l'indépendance des titres de

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 16

⁶²⁸ G. CORNU et J. FOYER, *Procédure Civile*, PUF, Paris 1996, n°9.

⁶²⁹ OMPI (Centre d'Arbitrage et de Médiation), Cours avancé d'enseignement à distance de l'Académie de l'OMPI relatif aux procédures d'arbitrage et de médiation en vertu des règlements de l'OMPI, 2017.

⁶³⁰ *Ibidem*.

propriété industrielle et l'autonomie des protections. De manière générale, en présence d'un élément d'extranéité, deux types de conflits peuvent surgir : des conflits de juridictions (a), d'une part, et des conflits de lois (b), d'autre part.

a- Les conflits de juridictions

345 S'agissant tout d'abord des conflits de juridictions, les règles de conflits ressortent de l'article de l'article 3 du traité portant révision de l'Accord de Bangui du 02 mars 1977 instituant une Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) dispose que « *Les droits afférents aux domaines de la propriété intellectuelle, telles que prévues par les annexes au présent Accord, sont des droits nationaux indépendants, soumis à la législation de chacun des Etats membres dans lesquels ils ont effet...* ». L'article 5 de l'Acte du 14 décembre 2015 qui révisé l'acte du 24 février 1999 précité, tout en reprenant le contenu de l'article 3 précité, précise dans son article 4 que « *Sauf stipulations particulières d'une convention signée par les Etats membres, les litiges relatifs à la reconnaissance, à l'étendue ou à l'exploitation des droits prévus par le présents Accord et ses annexes sont de la compétence des juridictions des Etats membres. Celles-ci sont seules compétentes pour le contentieux pénales y afférents* ». En principe, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées devant les juridictions de cet État; autrement dit, elles sont appelées à comparaître devant les juridictions de l'État de leur domicile. Si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, la compétence est réglée dans chaque État membre par sa loi. Toutefois, en matière délictuelle et quasi délictuelle, rappelons que la contrefaçon est un délit, source de responsabilité civile délictuelle. Un défendeur peut être attiré devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. La compétence est donc déterminée en fonction d'un lieu, soit le lieu du domicile du défendeur; soit le lieu du fait dommageable. Ce dernier pouvant, dans les délits complexes, renvoyer au lieu du fait générateur ou au lieu du dommage. On constate que dans tous les cas, le litige est rattaché à un territoire. Il l'est doublement en matière de propriété intellectuelle, en ce sens qu'il est rattaché au territoire de commission des faits et cumulativement au territoire couvert par la protection. En l'absence de protection, il ne peut y avoir contrefaçon. L'exercice des droits de propriété intellectuelle est largement régi par la *lex loci protectionis*.

b- Les conflits de lois

346 S'agissant ensuite de la loi applicable, ce sont les mêmes articles de l'Accord de Bangui précité qu'il faut convoquer en l'absence d'un droit international commun en Afrique noire. Ainsi, en vertu des articles 3 de l'acte du 24 février 1999 et 5 de l'acte 14 décembre 2015, la loi applicable en cas d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle dans l'espace OAPI est celle de l'Accord de Bangui c'est-à-dire le traité et ses annexes. En cas d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle communautaire à caractère unitaire, la loi applicable à toute question qui n'est pas régie par l'instrument communautaire pertinent est la loi du pays dans lequel il a été porté atteinte à ce droit.

B - L'instruction du litige au fond

347 L'instruction s'entend ici d'accomplir tous les actes d'informations nécessaires à la manifestation de la vérité. Elle consistera pour le demandeur à fournir divers moyens de preuves de contrefaçon qui peuvent être de droit commun (1). Mais des modes de preuves spécifiques sont également prévus en matière de contrefaçon (2).

1- La preuve de droit commun

348 Selon l'article 1315 du code civil relatif aux droits des biens et obligations « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.*

Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Il ressort clairement de ce texte que la charge de la preuve en droit commun incombe au demandeur. Paradoxalement, l'Accord de Bangui ne prévoit aucune disposition allant dans le sens du code civil précité. Il fait plutôt une inversion de la charge de la preuve à l'article 66 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui qui dispose que : « *Aux fins de la procédure civile concernant l'atteinte aux droits du titulaire visés à l'article 1^{er}, si l'objet du brevet est un procédé d'obtention d'un produit, les autorités judiciaires sont habilitées à ordonner au défendeur de prouver que le procédé utilisé pour obtenir un produit identique est différent du procédé breveté dans une des situations ci-après : a) Le produit obtenu par le procédé est nouveau, b) La probabilité est grande que le produit identique a été obtenu par le procédé et le titulaire du brevet n'a pas pu, en dépit d'efforts raisonnables déterminer quel procédé a été en fait utilisé* ». A l'analyse de ce texte, le fait d'imputer la charge de la preuve au défendeur en matière de brevet ne viole-t-il pas le principe général de la charge de la preuve tel

que prévu par l'article 1315 du code civil des biens et des obligations? En réalité, l'article précité met en opposition la présomption d'innocence et celle relative à la culpabilité. En effet, la présomption d'innocence est le principe selon lequel un individu, même suspecté d'avoir commis une infraction, est considéré comme innocent avant d'avoir été jugé coupable par un tribunal⁶³¹. Alors que la présomption de culpabilité suppose que la charge de la preuve incombe au défendeur. Cela sous-entend que la culpabilité du défendeur est établit avant même que le tribunal ne se prononce sur le fond du litige. Or, en réalité ce n'est pas encore le cas puisque le défendeur devra être considéré à l'instar du demandeur présumé coupable jusqu'à preuve du contraire. Ce principe ne viole-t-il pas ainsi le droit à la défense ou le principe général selon lequel le doute profite à l'accusé jusqu'à preuve du contraire ? Cette disposition propre au droit de brevet selon l'Accord de Bangui suppose qu'elle est applicable uniquement audit droit. Quid alors des autres actifs de propriété intellectuelle en matière de la charge de la preuve ? Deux hypothèses peuvent être envisagées : la première consisterait à étendre c'est-à-dire harmoniser le principe de la charge de la preuve au défendeur, à tous les autres actifs de propriété intellectuelle dont la marque ; la seconde serait d'appliquer aux autres actifs de propriété intellectuelle y compris le droit de marque le principe générale de droit relatif à la charge de la preuve prévu par exemple à l'article 1315 du code civil ivoirien sur le droit des biens et des obligations. En tout état de cause, peu importe le principe de la charge de la preuve auquel l'on a recours, celle-ci doit être rapportée par tout moyen comme le précise l'Accord de Bangui Révisé du 14 décembre 2015.⁶³² Il faut noter aussi, qu'il est toujours possible de faire procéder par un Huissier de justice à constat d'achat, sans pour autant que celui-ci ne se livre à des saisie-contrefaçons. Mais généralement, à la demande du poursuivant, l'huissier procède à la saisie-contrefaçon prévue par l'Accord de Bangui comme preuve spécifique en matière de propriété intellectuelle⁶³³.

2- Les preuves spéciales prévues en matière de contrefaçon

349. La preuve spéciale prévue par l'Accord de Bangui en matière de contrefaçon est la saisie-contrefaçon (a). Cependant, à côté de celle-ci, il faut noter la saisie douanière (b).

⁶³¹ Article 9 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1778.

⁶³² Articles 35 de l'Annexe III et 62 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui du 14 décembre 2015.

⁶³³ A. CHAVANNE et J-J. BURST, *op.cit.*, p. 782.

a- La saisie-contrefaçon

350. La saisie-contrefaçon encore appelée dans la pratique '*saisie-description*' est prévue à l'article 48 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui qui dispose que : « 1) *le propriétaire d'une marque ou le titulaire de droit exclusif d'usage peut faire procéder par tout Huissier ou officier public ou ministériel y compris les douanes s'il y a lieu, l'assistance d'un expert, à la description détaillée, avec ou sans saisie, des produits ou services qu'il prétend marqués, livrés ou fournis à son préjudice en violation des dispositions de la présente annexe en vertu d'une ordonnance du président du tribunal civil dans le ressort duquel les opérations doivent être effectuées, y compris à la frontière...*⁶³⁴ ». A la lumière de cette disposition, il nous revient de retenir que seul le titulaire du droit violé et le licencié exclusif peuvent faire procéder à la saisie-contrefaçon⁶³⁵. La saisie-contrefaçon lorsqu'elle n'est pas encadrée peut entraîner parfois des conséquences graves. En effet, le saisissant ne doit pas agir à la légère, ni « *a fortiori* » dans l'intention de nuire à la réputation d'un concurrent. La saisie abusive engage la responsabilité de son auteur.⁶³⁶ La saisie- contrefaçon peut être annulée pour trois raisons : lorsque l'action au fond n'a pas été intentée dans le court délai prévu par l'Accord de Bangui⁶³⁷ dont il sera question plus loin⁶³⁸, les conditions de formes n'ont pas été respectées⁶³⁹ ou l'Huissier a outrepassé sa mission⁶⁴⁰. C'est pourquoi, la loi a organisé scrupuleusement cette procédure. Ainsi, le requérant doit présenter une requête pour obtenir du juge l'ordonnance de saisie. Cette ordonnance est exécutée par un Huissier de justice ou par un agent d'exécution dans les pays où la profession d'huissier n'est pas réglementée. En effet, l'Accord de Bangui est muet sur la forme et le contenu de la requête. Il faudra donc chercher la solution dans les lois nationales de procédures.

⁶³⁴ Article 48 alinéa 1 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

⁶³⁵ Tribunal de Première Instance de Douala-Bonanjo, jugement n°009/Civ du 19 janvier 2011. La société Colgate Palmolive Company c/ Banaboy Symphore Jacques. Ohadata J-12-244 ; Tribunal de Grande Instance du Wouri, jugement n°657/Civ du 08 juin 2011. La société Camerounaise de Raffinage Maya & Compagnie SCRM SA c/ société Heyaf SURL Bangui RCA. Ohadata J-12-215.

⁶³⁶ Cass. Com., 19 octobre 1999, *PIBD* 2000-III-49 ; Paris, 10 janvier 2001, *PIBD* 2001-III-324.

⁶³⁷ Article 48 de l'Accord de Bangui, acte du 24 février 1999.

⁶³⁸ V. infra n°339.

⁶⁴⁰ Cass. Com., 7 juillet 2009, « France Gift c. Coccinelle », *PIBD* 2009 n. 904-III-1418 (« en l'absence de découverte préalable sur les lieux de saisie d'objets argués de contrefaçon, l'huissier instrumentaire ne pouvait, sans y avoir été expressément et précisément autorisé, produire aux personnes présentes ceux des objets visés par l'ordonnance afin de recueillir leurs déclarations spontanées quant aux actes argués de contrefaçon ») ; Cass. Com., 29 septembre 2009, « LHC c. Sociétés Longchamp et Cassegrain », *PIBD* 2010 n°910-III-76.

351. En Côte d'Ivoire par exemple, c'est l'article 35 du Code de Procédure Civile, Commerciale et Administrative I qui contient des dispositions qui prévoient les formes que doit revêtir la requête⁶⁴¹. En effet, selon l'article 20 du Code de Procédure Civile Ivoirien, la requête peut être présentée par le demandeur lui-même ou son avocat ou tout autre officier public habilité par la loi. Quelle que soit la forme de la requête, elle doit contenir certaines mentions. La requête doit contenir l'indication de la juridiction saisie, en l'espèce la juridiction présidentielle territorialement compétente, les parties, leurs qualités, et leurs adresses. La requête doit en outre être motivée. Dans la motivation, le requérant devra d'abord prouver son droit privatif sur la marque ou le brevet et les faits de contrefaçon⁶⁴². Par ailleurs, le requérant devra faire accompagner sa requête des pièces justificatives, notamment le certificat d'enregistrement de la marque, la preuve de non-radiation et de non-déchéance, un procès-verbal d'huissier de constat ou tout autre moyen pouvant forger la conviction du juge.

352. L'ordonnance est rendue par le Président du tribunal Civil. Elle est motivée. Le juge détermine les contours de son ordonnance. Ainsi, par exemple, s'il est simplement ordonné la description des produits contrefaisants, le requérant ne pourra procéder à une saisie réelle. Dans ce cas, les produits restent entre les mains du saisi qui peut en disposer librement. Il faut remarquer que dans la saisie description, les produits supposés contrefaisants ne sont pas rendus indisponibles entre les mains du saisi qui peut procéder à son insolvabilité en disposant librement des biens saisis. Lorsqu'il est ordonné la saisie réelle associée ou non à la description, l'huissier procède à l'enlèvement des objets allégués et désigne un gardien des produits jusqu'à l'issue du procès. Dans cette hypothèse, si le "contrefacteur présumé saisi" est disculpé à l'issue du procès, il aurait malheureusement subi des pertes énormes en raison de l'indisponibilité des biens.

353. Au regard de la faiblesse majeure relative à l'abus de la saisie que présentent ces deux procédures de saisies des biens du présumé contrefacteur, prévues par l'Accord de Bangui, il serait souhaitable d'y palier en accélérant le règlement des litiges portant sur la contrefaçon afin de limiter les préjudices résultant de ces deux systèmes. L'Accord de Bangui confère à l'huissier de justice ou aux officiers ministériels, le pouvoir de diligenter l'opération. Ce pouvoir a aussi été conféré aux officiers de la douane. L'Accord de Bangui ne détermine pas les modalités de la saisie contrefaçon. Ce sont les règles de procédures prévues dans les législations nationales des

⁶⁴¹ Les articles 35 et ss. du Code de Procédure Civile, Commerciale et Administrative I ivoirien, modifié par les ordonnances n°2015-180 du 24 mars 2015 et n°2015-364 du 20 mai 2015.

⁶⁴² Article 232 du Code de Procédure Civile ivoirien.

Etats membres qui s'appliquent. L'huissier ou l'officier public doit laisser aux détenteurs des objets saisis, une copie de l'ordonnance autorisant la saisie, au besoin l'acte constatant le dépôt de la caution, copie d'un procès-verbal de la saisie-contrefaçon⁶⁴³. Il procédera ensuite à son opération de saisie en respectant les règles communes à toutes les opérations de saisie. L'inobservation de l'une des formalités ci-dessus entraînera la nullité de la saisie contrefaçon. La responsabilité de l'huissier est encourue en cas d'annulation de la saisie pour vice de procédure. Enfin, l'huissier devra ainsi rester dans la limite des prescriptions de l'ordonnance. Il a été par exemple jugé que « *l'huissier qui sans avoir préalablement remis copie de l'ordonnance au saisi, procède à la saisie réelle, alors que seule la saisie description était autorisée, cause un grief de nature à justifier l'annulation de la saisie*⁶⁴⁴ ». Il faut noter que la saisie contrefaçon n'est avant tout qu'un moyen de preuve d'une contrefaçon. Mais mieux, elle est une mesure de sûreté. C'est ainsi par exemple, que le Tribunal de Première Instance de Mafanco (Guinée), suite à sa saisine par une requête, a rendu l'ordonnance n°144/CA/TPI/C3/06 du 22 Mai 2006 « *Autorisons la société OBC-Export et les Ets Diallo et Frères, SARAL à pratiquer une saisie conservatoire sur les motocyclettes de marque FDMCO ou FDMCO Super, importées, distribuées et vendues par Monsieur ELHADJ BOBO Koba Diallo, commerçant demeurant au quartier Sangoyah, commune de Moto, les Ets DANSOKO et Monsieur. FODE DANSOKO, sise à Madina, commune de Matam, Conakry, ou par toutes autres personnes non dénommées avec le concours et l'assistance de la force; Disons qu'il nous en sera référé en cas de difficultés, saisies préalablement faites. Disons que notre ordonnance est exécutoire sur minute et avant enregistrement*⁶⁴⁵ ».

354 L'usage de la terminologie "saisie conservatoire" dans cette ordonnance n'est pas fortuite. La saisie conservatoire est une mesure de sûreté et conservation pour le paiement d'une créance fondée en son principe et dont le recouvrement est menacé. Ainsi, lorsque la procédure au fond connaît du succès, la saisie conservatoire est convertie en saisie vente et les biens sont vendus pour faire payer le créancier sur le prix de vente. En tout état de cause, dans la mesure où la saisie contrefaçon peut engendrer de graves conséquences, le juge doit exiger du requérant la constitution d'une caution avant de délivrer l'ordonnance. Cette caution est obligatoire lorsque le requérant est un étranger⁶⁴⁶.

⁶⁴³ Article 64 de l'Acte Uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution publié au JO OHADA n°6 du 1^{er} juin 1998, p.1 et s. Entré en vigueur le 10 juillet 1998. V. C.A Niamey, arrêt n°09 du 7 février 2006, Ohadata J-10-228.

⁶⁴⁴ TPI, Paris, 11 Janvier 1995, PIBD 1995, III, 209.

⁶⁴⁵ TPI de Mafanco, R.G, Ordonnance n°144/CA/TPI/C3/06 du 22 Mai 2006, p. 214.

⁶⁴⁶ Art 48 Accord de Bangui.

b- La saisie douanière

355 Dans les Etats membres où le Code Douanier prévoit la contrefaçon de marque et non celle du brevet comme infraction douanière, la douane peut même d'office procéder à la saisie de marchandises lorsqu'il paraît qu'elles sont contrefaisantes. Dans ce cas, dès la saisie, elle informe immédiatement le Procureur de la République et le titulaire de droit qui dispose d'un délai pour intenter une action. A défaut, la mainlevée peut être demandée par le présumé contrefacteur et sera en principe accordée de plein droit. Afin de procéder aux investigations nécessaires à la recherche et à la constatation des infractions, certains agents de douane peuvent entrer dans les locaux professionnels ainsi que les entrepôts où les marchandises contrefaisantes et documents s'y rapportant sont susceptibles d'être détenus. Le Procureur doit être informé au préalable et peut toutefois s'y opposer ; le commerçant peut se rapprocher du Procureur de la République pour faire valoir ses droits. Pour ce qui est des lieux affectés au domicile privé, l'autorisation du juge du lieu de la direction des douanes dont dépend le service chargé de l'enquête, est exigée, sauf en cas de flagrant délit. Les agents des douanes devront dans ce cas être accompagnés d'un Officier de police judiciaire⁶⁴⁷.

356 Toutes les opérations effectuées par la douane sont consignées dans des procès-verbaux. Les procès-verbaux ainsi dressés par deux agents douaniers font foi jusqu'à inscription en faux pour les constatations matérielles qu'ils contiennent. Ils ne font cependant foi que jusqu'à preuve contraire pour les aveux et déclaration ou s'ils ont été dressés par un seul agent⁶⁴⁸. Toutefois, dans les pays où la contrefaçon n'est pas encore érigée en délit douanier, la douane ne pourra être saisie que suite à une décision judiciaire généralement une ordonnance. Et, la procédure de cette saisie est celle prévue à l'article 48 Annexe III suscitée. Il convient de noter que la saisie-contrefaçon et de la saisie douanière n'ont qu'un effet probatoire⁶⁴⁹. Il appartient au saisissant d'engager une action au fond pour avoir un titre exécutoire reconnaissant l'acte de contrefaçon dans le délai de dix (10) jours ouvrables à partir de la saisie sous peine de nullité de plein droit. Tout comme les obstacles rencontrés par les personnes habilitées à agir devant la juridiction compétente, le douanier peut être également confronté à des difficultés liées à son action dans l'espace UEMOA.

⁶⁴⁷ Art 49 et 229 du Code de Douane de la Guinée.

⁶⁴⁸ Art 236 et 237 du Code de Douane de la Guinée.

⁶⁴⁹ Article 65 de l'Annexe I et 49 de l'Annexe III de l'Accord de Bangui.

Section 2 : Les difficultés liées à l'action douanière

357. Les Etats de l'UEMOA ont inscrit dans leurs différentes législations la répression du commerce illicite de manière générale. En plus de ces lois, ils ont ratifié également des conventions internationales qui vont contribuer à la lutte anti-contrefaçon des médicaments. L'administration des douanes qui a fait de la lutte contre la contrefaçon des médicaments une de ses priorités s'appuie sur ces textes. Nous aborderons successivement le cadre juridique communautaire et transcommunautaire en vigueur dans l'espace UEMOA (**paragraphe 1**) et les limites de l'action douanière (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1- Le cadre juridique communautaire et transcommunautaire

358. L'action douanière dans la lutte contre la contrefaçon de médicaments repose tant sur le cadre juridique communautaire (**A**) que sur des dispositions transcommunautaires (**B**).

A- Le cadre juridique communautaire

359. L'UEMOA est un espace d'intégration économique qui a toujours fait de la libre circulation des marchandises l'un de ses objectifs. Mais, les autorités douanières se voient confier d'importantes prérogatives pour le suivi des mouvements des personnes et des marchandises. Ces prérogatives découlent des dispositions du code des douanes communautaire (1) et des dispositions relatives à la retenue douanière (2).

1- Les dispositions du Code des douanes UEMOA

360. Il s'agit du droit positif douanier applicable dans les huit administrations douanières des Etats membres. Ce code des douanes a été institué par le règlement N°09/CM/UEMOA du 26 Novembre 2001. La contrefaçon des médicaments n'a pas été expressément mentionnée par les dispositions de ce code. Mais, c'est au chapitre V intitulé « *prohibitions* » qu'on retrouve des dispositions prescrivant de protéger la propriété intellectuelle. Les dispositions susceptibles d'être appliquées à la contrefaçon de médicaments sont précisées à l'article 18 qui dispose : « ... *sont considérées comme prohibées toutes marchandises dont l'importation ou l'exportation est interdite à quelque titre que ce soit, ou soumise à des restrictions, règles de qualité, de conditionnement ou à des formalités particulières* ». De même l'article 23 prévoit que : « *tombent sous le coup des dispositions des articles 18, 19, 21 ci-dessus, les marchandises dont*

l'importation ou l'exportation est interdite pour des raisons : d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé ou de la vie des personnes et des animaux, de moralité publique, de préservation de l'environnement, de protection de la propriété intellectuelle, industrielle ou commerciale, de défense des consommateurs ». Ainsi, il ressort de l'interprétation des articles 18 et 23 que l'administration douanière peut agir en cas de contrefaçon de médicaments. Ces dispositions susvisées permettent aux différentes administrations douanières des Etats membres de saisir des médicaments contrefaisants ou illicites à l'importation ainsi qu'à l'exportation.

361. Dans les Pays Moins Avancés (PMA) et ceux en voie de développement, les médicaments contrefaisants sont le plus souvent de mauvaise qualité et dangereux pour la santé. Nous pouvons citer par exemple un sirop contre la toux, dont le principe actif avait été contrefait (parce qu'il contenait de l'antigivre pour les véhicules), et qui a tué 84 nigériens en 2009⁶⁵⁰. Les médicaments contrefaisants peuvent aussi concerner des pathologies plus graves comme le VIH/SIDA et le paludisme voire des antibiotiques, analgésiques ou anti parasitaires⁶⁵¹. L'importation ou l'exportation des médicaments est conditionnée à l'accomplissement des formalités particulières comme l'autorisation des ministères de la santé dans les Etats membres. Dans ces contrôles, lorsque la douane ne retrouve pas les documents exigés, elle peut les qualifier d'illicites. Les dispositions de ce code permettent aux administrations douanières de saisir des médicaments contrefaisants et de les détruire. Cette action se justifie à l'article 73 qui dispose que : *« lorsque les circonstances l'exigent, les autorités douanières peuvent faire procéder à la destruction des marchandises présentées en douane. Les autorités douanières en informent le détenteur des marchandises. Les frais résultants de la destruction des marchandises sont à la charge de ce dernier »*. Malgré toutes ces prérogatives juridiques reconnues aux douanes, il n'en demeure pas moins que des médicaments contrefaisants rentrent dans le territoire. Le présent code prévoit seulement la saisie douanière et non la retenue en douane. Mais dans leurs activités quotidiennes de dédouanement des marchandises, les douanes semblent assimiler la saisie douanière à la retenue. Ce code devait expressément prévoir la retenue en douane pour permettre aux douanes de mieux agir.

⁶⁵⁰ B. FAURAN, « Les enjeux de la lutte contre les faux médicaments », Cahiers de la sécurité. Les dangers de la contrefaçon, n°15, janvier-mars 2011.

⁶⁵¹ *Ibidem*

362 En matière de lutte anti-contrefaçon d'une manière générale et celle des médicaments, en particulier ; la douane se réfère non seulement au code de douane, mais aussi aux codes pénaux des différents Etats membres. La douane est un service paramilitaire qui a une mission traditionnelle de collecte des droits et taxes à l'importation et à l'exportation pour le compte des budgets des différents Etats de l'UEMOA. Elle est aussi une cellule de conseil aux entreprises. Avec l'accroissement des échanges internationaux, la douane s'est vue confier d'autres missions pour la protection et la défense du territoire et la protection des titulaires de droit de propriété intellectuelle surtout dans la lutte contre la contrefaçon. Une analyse globale des administrations douanières des Etats membres de l'UEMOA révèle une prise en compte de la propriété intellectuelle. Au sein de chaque administration, une section ou une direction est consacrée à la lutte contre la fraude et les trafics illicites dont la contrefaçon. Au Mali, par exemple, il existe une section de lutte contre la contrefaçon et la piraterie basée à la « *Direction du renseignement et des enquêtes douanières* ». C'est une section qui a une compétence nationale qui peut organiser des missions sur toute l'étendue du territoire et procéder à la saisie de toutes marchandises avant ou après dédouanement qui présentent un caractère illicite. Elle peut détecter de nouveaux vecteurs et techniques de contrefaçon, assurer aussi les relations avec les titulaires de marques. Elle peut recevoir des demandes d'assistance des titulaires de droit de propriété intellectuelle, qu'ils soient des personnes physiques ou morales⁶⁵². De même, au Togo, au sein de l'administration, il existe une section « propriété intellectuelle » dans la « *Direction du renseignement et de la lutte contre la fraude* ». Elle est chargée de toutes les questions sur la lutte contre les contrefaçons et trafics illicites. Par cette section, la douane togolaise parvient à assister les titulaires de droit et les importateurs exclusifs de médicaments qui le sollicitent. Le Bénin n'est pas en reste. Vu l'ampleur que prend la contrefaçon, en général et celle des médicaments, en particulier, les douanes béninoises aussi ont créé une « *section de lutte contre la contrefaçon, la piraterie et le trafic de drogue* » qui prend à cœur toutes les questions relatives à la propriété intellectuelle.

363 Pour lutter contre la contrefaçon d'une manière générale et celle des médicaments en particulier, certains Etats de la zone UEMOA ont créé des comités de lutte anti-contrefaçon qui peuvent également saisir des contrefaçons en collaboration avec les douanes et les forces de sécurité. En Côte d'Ivoire, les Députés de la Commission des affaires économiques et financières ont adopté, le 11 novembre 2013 la loi relative à la protection des droits de propriété intellectuelle

⁶⁵² H. S. SIMPARA, *Le rôle de l'administration des douanes maliennes dans la lutte contre la contrefaçon*, Mémoire de Master II en Economie et management de la propriété intellectuelle, année 2015, p58.

dans les opérations d'importation, d'exportation et commercialisation des biens et services. Selon le Ministre de l'Industrie et des Mines, en 2013, JEAN-CLAUDE BROU, « *Ce projet de loi, une fois promulgué par le chef de l'Etat donnera également pouvoir aux forces de l'ordre, notamment la police économique et la gendarmerie, de mener des actions de lutte contre la contrefaçon à l'intérieur du pays sur la saisine du Comité national de lutte contre la contrefaçon. La douane peut également être saisie par le détenteur d'un droit de propriété intellectuelle aux fins de suspendre le dédouanement ou la mise en circulation des marchandises soupçonnées de porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle tant à l'importation qu'à l'exportation*⁶⁵³ ». Ce comité a été créé parce que l'invasion des marchés par les produits de contrefaçon fait peser de grands risques non seulement sur les populations mais également sur le tissu économique des pays surtout ceux qui ne disposent pas de dispositifs de lutte efficace⁶⁵⁴. Il serait nécessaire que tous les autres pays de la zone emboitent le pas de la Côte d'Ivoire pour renforcer ou donner des moyens à d'autres institutions plus spécialisées pour contribuer à cette lutte. La lutte contre la contrefaçon des médicaments dans l'espace UEMOA fait également appel à certaines institutions sur plan international qui interviennent sur les questions douanières et sur celles de la santé d'une manière générale.

2- La retenue en douane

364 Outre les dispositions de l'Accord de Bangui, certains Etats membres dudit Accord ont fait de la contrefaçon un délit douanier⁶⁵⁵. Contrairement à la Guinée Conakry qui est un Etat membre de l'OAPI mais pas de l'UEMOA, le code des douanes de l'UEMOA ne prévoit pas la contrefaçon comme un délit douanier et pis ne le sanctionne pas clairement non plus. L'absence d'un arsenal juridique contraignant favorise davantage l'introduction dans ledit territoire communautaire des médicaments contrefaisants. C'est à juste titre que Monsieur FRANCOIS CHEVILLARD, ex Directeur du Comité Afrique pour Les Entreprises du Médicament (LEEM) déclarait que « *Une des principales raisons qui font que ces produits continuent à circuler est l'absence de réglementations et de sanctions fortes* »⁶⁵⁶. Le partenariat avec les titulaires de droits

⁶⁵³ Interview J-C. BROU, Ministre ivoirien des Mines et de l'Industrie lors de l'adoption de la loi créant le Comité National de Lutte contre Contrefaçon le 11 novembre 2013. Disponible sur le site : <http://koaci.com/m/cote-d%E2%80%99ivoire-lutte-contre-contrefaçon-comite-national-cree-87249-i.html>

⁶⁵⁴ *Ibidem*

⁶⁵⁵ Article 34 du Code de la douane de la Guinée Conakry. M. DIAME, « Douanes sénégalaise et lutte contre la contrefaçon, le piratage et la concurrence déloyale ». V. http://images.slideplayer.fr/14/4249782/slides/slide_1.jpg.

⁶⁵⁶ F. CHEVILLARD, <http://www.irinnews.org/fr/report/88036/afrique-lutter-contre-la-contrefa%C3%A7on-de-m%C3%A9dicaments>

est aussi un pilier du dispositif douanier pour lutter contre la contrefaçon de médicament. Face à l'augmentation du trafic de médicaments enfreignant des droits de propriété intellectuelle, la douane instaure souvent un partenariat dynamique avec les titulaires de droits. La diversification des contrefaçons, ainsi que l'adaptation technique permanente des contrefacteurs rend souvent difficile la distinction immédiate au cours du contrôle, par les services douaniers des produits de contrefaçon de médicaments. Le principe de la retenue douanière vise à permettre aux agents de l'administration des douanes, dans le cadre des contrôles qu'ils exercent sur les marchandises, agissant à la demande du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ou de leur propre chef, d'immobiliser des marchandises arguées ou suspectes de contrefaçon⁶⁵⁷. La procédure consiste à fournir au titulaire du droit auquel il est porté atteinte, nonobstant le secret professionnel auquel sont tenus les agents des douanes, un certain nombre d'informations sur la quantité et l'origine de ces marchandises. Il appartient ensuite au titulaire des droits d'engager, le cas échéant, des poursuites, dans un court délai à l'expiration duquel la mesure de retenue est levée⁶⁵⁸. Dans le cadre général du contentieux de la contrefaçon, la procédure de retenue en douane est intéressante en ce qu'elle permet d'assurer une vigilance bien concrète du flux des marchandises susceptibles d'être bloquées en cas d'atteinte suspectée, et parallèlement de constituer ; des premières preuves antérieurement à toute procédure aux fins de protection des droits de propriété intellectuelle. Ainsi, cette procédure a un double objectif, celle-ci est par conséquent des plus utiles à mettre en œuvre par le titulaire de droit de propriété intellectuelle. Le droit de retenue revêt deux aspects. La retenue en douane peut être faite sur demande du titulaire de droit (a) ou sur l'initiative de la douane (b).

a- Le droit de retenue sur demande du titulaire de droit

365 La mesure de retenue introduite suite à une demande d'intervention permet de réaliser une surveillance des marchandises arrivant sur le sol national. Elle présente là un véritable caractère préventif aux atteintes par des actes de contrefaçon en retirant du circuit économique les biens violant les droits de propriété industrielle qui sont précisément l'objet de cette procédure. De plus, cet objectif se trouve être mis en œuvre par le biais de moyens relevant de l'administration douanière, donc bien plus importantes que tout ce que pourrait utiliser le demandeur en principe, ce qui en fait une procédure tout à fait unique. La demande d'intervention des autorités douanières s'organise en deux temps : le dépôt de la demande puis son acceptation.

⁶⁵⁷ J-C. GALLOUX, « Douanes, lutte anti-contrefaçon et droits fondamentaux », in *Douanes et lutte anti-contrefaçon*, coll. IRPI, LexisNexis, 2014, p. 81.

⁶⁵⁸ *Ibidem*

Dans chaque Etat membre, est désigné un service douanier compétent pour recevoir et traiter la demande écrite du titulaire du droit visant à obtenir l'intervention des autorités douanières.

366 La demande d'intervention doit contenir toutes les informations nécessaires pour que les autorités douanières puissent reconnaître facilement les marchandises, en particulier, une description technique précise et détaillée des marchandises et les informations spécifiques dont le propriétaire du bien pourrait disposer concernant la nature ou le type de fraude⁶⁵⁹. La déclaration peut être enrichie de toute information rendant plus efficace l'intervention des douanes, en particulier, la valeur hors taxe de la marchandise originale sur le marché légal de l'Etat dans lequel la demande d'intervention a été introduite, l'endroit où se trouvent les marchandises ou le lieu de destination prévue, des précisions permettant d'identifier l'envoi ou les colis, la date d'arrivée ou de départ prévue des marchandises, le moyen de transport utilisé, l'identité de l'importateur, de l'exportateur ou du détenteur des marchandises, le ou les pays de production et les itinéraires utilisés par les trafiquants, ou encore, si elles sont connues, les différences techniques entre les marchandises authentiques et les marchandises suspectes. Il va falloir instaurer une liste d'informations techniques précises devant circuler aisément dans le cadre de la lutte contre la contrefaçon des médicaments. Elles peuvent porter sur la nature des médicaments, leur quantité, la marque et le brevet en cause, mais aussi sur l'origine, la provenance et la destination des marchandises. Il est aussi intégré dans le champ des informations pouvant circuler les informations visant les moyens de transport (le lieu du bateau, les références de la lettre de voiture ou des documents de transport, les lieux de transbordement, etc.) et les informations relatives aux mouvements des conteneurs (numéro, date du mouvement, type de mouvement, numéro de voyage, etc.)⁶⁶⁰. La demande d'intervention est assortie d'une déclaration par laquelle le propriétaire de la marque et du brevet de médicament engage sa responsabilité envers les personnes concernées par une retenue douanière, dans le cas où la procédure ouverte, ne serait pas poursuivie à cause d'un acte ou d'une omission du propriétaire de la marque ou dans le cas où il serait établi par la suite que les médicaments en question ne portent pas atteinte à un droit de propriété intellectuelle⁶⁶¹. Par cette déclaration, le propriétaire de la marque et du brevet accepte de supporter tous les frais exposés pour avoir maintenu les marchandises sous contrôle douanier. Il doit accepter dans, la déclaration, de fournir, à ses frais, toute traduction requise. La

⁶⁵⁹ Article 46-1 du code des douanes ivoirien

⁶⁶⁰ *Ibidem*.

⁶⁶¹ *Ibid*.

procédure de retenue douanière doit obéir à certaines conditions⁶⁶² :

- Le titulaire de la marque et du brevet de médicament ayant demandé la surveillance doit dans un délai de dix jours ouvrables (ou de trois jours pour les denrées périssables) à compter de la notification de la retenue, confirmer par écrit et « par une expertise détaillée » aux autorités douanières « le caractère contrefaisant des marchandises ». Même si formellement le titulaire a l'obligation d'examiner les marchandises soupçonnées, il s'agit là d'une appréciation unilatérale, discrétionnaire et sans aucun contrôle ;
- Le titulaire doit indiquer, toujours par écrit, aux autorités douanières qu'il consent à la destruction des marchandises. Ce consentement permet de faire supporter à la personne ayant sollicité la surveillance douanière la responsabilité qui pourrait découler d'une destruction non justifiée ; une telle responsabilité ne saurait, à notre sens, faire disparaître celle de l'administration ;
- Le détenteur des marchandises a lui-même consenti dans un délai de dix jours à la destruction. A défaut de réaction de ce dernier dans le délai imparti pour consentir ou s'opposer à la destruction, il est réputé avoir consenti. Le silence vaut donc approbation.

b- L'intervention ex officio de la douane

367. L'intervention des douanes peut cependant avoir lieu sans demande du titulaire de la marque de médicament. Il n'est pas toujours évident en effet que le titulaire du droit soit informé avant les services des douanes de l'existence de marchandises contrefaisantes. L'Accord sur les ADPIC a ainsi prévu une procédure d'intervention de la Douane en toute autonomie pour intercepter les marchandises de marque contrefaisantes⁶⁶³. Le nouvel Accord de Bangui a transposé les dispositions de l'Accord sur les ADPIC relatives à l'intervention d'office de la douane en ces articles 78 de l'Annexe I et 67 de l'Annexe III. Le code des douanes communautaires et ceux nationaux accordent aux autorités douanières des pouvoirs étendus pour vérifier les déclarations d'importation. Elles peuvent procéder à un contrôle documentaire portant sur la déclaration et les documents qui y sont joints et exiger du déclarant de leur présenter d'autres documents en vue de la vérification de l'exactitude des énonciations de la déclaration. A cela, s'ajoute la possibilité d'un examen des marchandises accompagné d'un éventuel

⁶⁶² J-C. GALLOUX, *op. cit.*, p. 84.

⁶⁶³ Article 51 Annexe 1C de l'Accord sur les ADPIC.

prélèvement d'échantillons pour des contrôles approfondis.

368 Sur le terrain probatoire, lorsque l'examen ne porte que sur une partie des marchandises faisant l'objet d'une même déclaration, les résultats de l'examen sont valables pour l'ensemble des marchandises de cette déclaration. Le déclarant peut demander un examen supplémentaire des marchandises lorsqu'il estime que les résultats de l'examen partiel ne sont pas valables pour le reste des marchandises déclarées. Le bureau de douane informe immédiatement le service douanier compétent qui a traité la demande d'intervention. Concomitamment, sont informés le propriétaire du bien saisi et le déclarant ou le détenteur des marchandises⁶⁶⁴. Le service douanier est habilité à leur communiquer la quantité réelle ou estimée ainsi que la nature réelle ou supposée des marchandises pour lesquelles la mainlevée a été suspendue ou qui ont été retenues, sans pour autant que la communication de cette information ne les oblige à procéder à la saisine de l'autorité compétente pour statuer au fond. La Cour de cassation française retient par exemple que ce contrôle approfondi autorise les services douaniers à soumettre des échantillons prélevés au propriétaire des biens intellectuels et à recueillir son avis sur l'éventuel caractère contrefaisant des marchandises contrôlées⁶⁶⁵. Pour déterminer s'il y a eu violation de la marque de médicament et conformément aux dispositions relatives à la protection des données à caractère personnel, du secret commercial et industriel, le bureau de douane communique au propriétaire de celle-ci, à sa demande, si elles sont connues, les coordonnées du destinataire, de l'expéditeur, du déclarant ou du détenteur des marchandises, l'origine et la provenance des médicaments soupçonnés de porter atteinte à une marque. La procédure de retenue en douane présente une importance parce qu'elle constitue l'une des procédures qui permet une coopération des services des douanes avec le titulaire des droits. L'administration des douanes devrait aider le titulaire à identifier plus rapidement les cas d'atteinte à son droit et pouvoir agir en justice afin d'y remédier.

369 L'Accord de Bangui en vigueur actuellement dans l'espace OAPI ne prévoit pas spécialement la procédure de retenue en douane en matière de propriété intellectuelle. Toutefois, certaines législations nationales en matière de douanes l'ont expressément prévue. C'est l'exemple du Code des Douanes ivoirien, sénégalais, burkinabè et malien⁶⁶⁶. La procédure de retenue en douane est presque identique dans ces Etats ci-dessus cités. Ainsi, le titulaire de la marque adresse une demande soit au Ministre en charge des douanes soit au Président du

⁶⁶⁴ Cass.com, 7 Juill. 2009, n°08-17142.

⁶⁶⁵ Cass.com, 7 Juill. 2009, n°08-17142, précité.

⁶⁶⁶ OAPI, *Le contentieux de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI : Le guide des magistrats et des auxiliaires*, 1^{ère} éd., 2009, p. 71.

Tribunal. Cette demande est accompagnée d'un certain nombre de documents portant notamment sur la description des marchandises authentiques et celles présentées contrefaisantes. La décision du Ministre ou du Président du Tribunal peut subordonner la retenue au paiement d'une caution.

370. Le Procureur, le demandeur, le déclarant ou le détenteur des marchandises sont informés dans un délai de cinq (05) jours à compter de la retenue des produits par les services douaniers. Le titulaire des droits à dix (10) jours ouvrables et trois (03) jours pour les denrées périssables à compter de la notification de la retenue pour justifier auprès des services douaniers, soit des mesures conservatoires décidées par le juge, soit de la saisine du juge civil ou correctionnel. A défaut, la mesure est levée de plein droit. Les frais de retenue sont à la charge du demandeur. Ainsi, au cours de l'instance en contrefaçon qu'il engagera, le titulaire de la marque usera de cette retenue pour prouver le délit.

B- Le cadre juridique transcommunautaire

371. Au-delà des dispositions du code des douanes de l'UEMOA, l'analyse du rôle de la douane dans la lutte anti-contrefaçon des médicaments peut également se manifester à travers d'autres dispositions sous régionales et internationales auxquelles les Etats membres de l'UEMOA sont parties. Nous analyserons successivement les dispositions de l'Accord de Bangui (A) et celles sur les ADPIC⁶⁶⁷ (B).

1- L'accord de Bangui

372. Les huit (08) Etats membres de l'UEMOA sont tous membres de l'OAPI⁶⁶⁸. L'Accord a été signé le 2 mars 1977 et a fait l'objet d'une révision le 24 Février 1999 afin notamment de le mettre en conformité avec les dispositions de l'Accord ADPIC. C'est le système mis en place à la suite de cette révision qui est actuellement en vigueur. Il s'applique dans le respect d'une hiérarchie des normes particulières. Etant signé par plusieurs Etats souverains en vue de produire des effets de droit dans leurs territoires respectifs⁶⁶⁹, l'Accord de Bangui a le statut de traité international. Il a de ce fait, une valeur supérieure aux lois susceptibles d'être indépendamment

⁶⁶⁷ ADPIC, Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) signé le 15 Avril 1994 à Marrakech au Maroc.

⁶⁶⁸ Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle.

⁶⁶⁹ L'article 4 alinéa 2 de l'Accord de dispose : « *L'Accord et ses Annexes sont applicables dans leur totalité à chaque Etat qui le ratifie ou qui y adhère* ».

prises par chacun des Etats membres. Il s'en suit que dans leur élaboration lesdites lois nationales doivent se conformer au texte régional. Ainsi, la législation en matière de propriété intellectuelle mise en place par l'Accord de Bangui n'est pas une législation régionale unitaire, mais plutôt uniforme, dans la mesure où elle ne s'applique pas en principe⁶⁷⁰ sur un territoire considéré comme unique, mais en tant que loi nationale sur le territoire de chaque Etat membre⁶⁷¹. La contrefaçon est une atteinte aux droits de propriété intellectuelle. Celle-ci peut porter sur entre autres titres de propriété intellectuelle, les brevets et les marques.

373 Toutefois, il convient de noter que le code des douanes de l'UEMOA ne vise que la marque à l'article 32-1, faisant ainsi l'impasse sur le brevet comme si celui-ci ne pouvait faire l'objet de contrefaçon. En procédant ainsi, l'Accord de Bangui reconnaît aux douanes des Etats membres de l'UEMOA le pouvoir de lutter uniquement contre toute contrefaçon de marque. Ainsi, au sens de l'article 48 de l'annexe précitée : *« le propriétaire d'une marque ou le titulaire d'un droit exclusif d'usage peut faire procéder, par tout huissier ou officier public ou ministériel y compris les douaniers avec, s'il y a lieu, l'assistance d'un expert, à la description détaillée, avec ou sans saisie, des produits ou services qu'il prétend marqués, livrés ou fournis à son préjudice en violation des dispositions de la présente annexe en vertu d'une ordonnance du Président du tribunal civil dans le ressort duquel les opérations doivent être effectuées y compris à la frontière »*. Cette disposition se rapporte à la saisie-contrefaçon. La saisie-contrefaçon est une procédure spéciale de preuve. Elle s'effectue à la suite d'une ordonnance du Président du tribunal rendue à la requête de la victime sur présentation d'une attestation de publicité délivrée par l'Organisation et d'une attestation de non radiation de l'enregistrement de la marque ou encore d'un justificatif de non déchéance⁶⁷².

374 L'ordonnance de saisie est exécutée par *« tout huissier ou officier public ou ministériel, y compris les douaniers (...) »*. L'intervention des douanes dans l'exécution de la saisie est une autre innovation de l'Acte de 1999. Il semble que le législateur ait voulu par-là renforcer les

⁶⁷⁰ S. NGO MBEM, *Les enjeux de la protection des dessins et modèles industriels dans le développement en Afrique : le cas des pays membres de l'OAPI*, op. cit. Certaines dispositions de l'Accord de Bangui ont une portée juridique régionale. De ce fait, et dans la limite de ces dispositions, l'espace OAPI se présente comme un territoire unique.

⁶⁷¹ D. EKANI, *L'Office Africain et Malgache de la Propriété Intellectuelle*, P.I. Septembre 1966, p. 232. A propos du statut de loi nationale des annexes de l'Accord, l'auteur déclare : *« La législation uniforme fait l'objet des annexes dont les dispositions ont valeur de lois nationales dans chaque Etat membre. Il ne s'agit pas là d'une législation commune applicable dans l'ensemble des Etats considérés comme un seul territoire, mais de lois nationales produisant leurs effets sur le territoire de chacun d'eux »*.

⁶⁷² S. NGO MBEM, *Les enjeux de la protection des dessins et modèles industriels dans le développement en Afrique : le cas des pays membres de l'OAPI*, op. cit, p.141.

moyens de lutte anti-contrefaçon⁶⁷³. On déplore toutefois que les douanes ne puissent intervenir que sur autorisation du juge⁶⁷⁴. Pour plus d'efficacité et de rapidité, il aurait été souhaitable d'une procédure indépendante de retenue en douane de marchandises soupçonnées de contrefaçon⁶⁷⁵. Quant à la saisie, elle peut consister en la seule description détaillée des objets incriminés ou s'accompagner de leur saisie proprement dite. Toutefois, avant d'y procéder, le Douanier remet au détenteur des objets décrits une copie d'ordonnance autorisant la saisie et le cas échéant de l'acte attestant le dépôt du cautionnement. Cette formalité est exigée à peine de nullité de la saisie sans préjudice de dommages-intérêts contre le Douanier ayant procédé à la saisie⁶⁷⁶. Le nouvel Accord de Bangui en cours de ratification a prévu cette fois-ci la retenue en douane. Selon son article 66 : « *l'administration des douanes peut, sur demande écrite du titulaire d'une marque enregistrée ou du bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation, assortie des justifications de son droit, retenir dans le cadre de ses contrôles les marchandises que celui-ci soupçonne de constituer une contrefaçon*⁶⁷⁷ ». Lorsque cet Acte entrera en vigueur, les douanes des pays de l'OAPI, en général et ceux de l'UEMOA, en particulier pourront retenir des médicaments et autres produits de consommation soupçonnés de contrefaçon à la demande du titulaire de droit ou de l'importateur exclusif. Cette nouvelle révision qui a expressément pris en compte la procédure de retenue en douane s'inscrit plus ou moins dans la logique de l'Accord ADPIC qui aussi reconnaît des pouvoirs aux administrations des douanes dans la défense des violations des droits de propriété intellectuelle.

2 - Les prérogatives douanières basées sur les ADPIC

375 Les Etats de l'UEMOA sont parties à l'Accord de l'OMC sur les ADPIC qui leur impose des obligations générales pour garantir le respect des droits de propriété intellectuelle et assurer des moyens d'actions efficaces en cas d'atteinte à ces droits. Fixées principalement à l'article 41 à la partie III intitulée « *Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle* », elles sont relatives aux procédures judiciaires et douanières auxquelles le titulaire de droits pourrait avoir recours pour se prémunir contre les contrefaçons. Parmi ces mesures, il y en a qui

⁶⁷³ S. NGO MBEM, *Les enjeux de la protection des dessins et modèles industriels dans le développement en Afrique : le cas des pays membres de l'OAPI*, op. cit, p.141.

⁶⁷⁴ *Ibid.*

⁶⁷⁵ *Ibid.*

⁶⁷⁶ *Ibidem*

⁶⁷⁷ Article 66, intitulé « *mesure à la demande* » de l'Annexe III de l'Accord de Bangui révisé à Bamako en Décembre 2015.

s'imposent aux membres et d'autres qui ne leur sont que préconisées⁶⁷⁸. L'Accord sur les ADPIC impose aux Etats d'adopter des prescriptions spéciales concernant les mesures aux frontières. L'adoption de ces mesures permettra aux douanes de lutter contre les contrefaçons depuis les frontières. Ces mesures à la frontière trouvent leur fondement dans l'article 51 selon lequel : *« les membres adopteront, conformément aux dispositions énoncées ci-après, des procédures permettant au détenteur d'un droit qui a des motifs valables de soupçonner que l'importation de marchandises de marque contrefaite ou de marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur⁶⁷⁹ est envisagée, de présenter aux autorités administratives ou judiciaires compétentes une demande écrite visant à faire suspendre la mise en libre circulation de ces marchandises par les autorités douanières. Les Membres pourront permettre qu'une telle demande soit faite en ce qui concerne des marchandises qui impliquent d'autres atteintes à des droits de propriété intellectuelle, à condition que les prescriptions énoncées dans la présente section soient observées. Les Membres pourront aussi prévoir des procédures correspondantes pour la suspension par les autorités douanières de la mise en circulation de marchandises portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle destinées à être exportées de leur territoire »*. A la lecture des dispositions de cet article, on constate que l'Accord ADPIC vise expressément deux titres de propriété intellectuelle, à savoir les marques et les objets relevant de la propriété littéraire et artistique qui feront l'objet d'une protection spéciale à la frontière par les douanes. Toutefois, l'Accord laisse le soin aux Etats membres d'étendre la protection aux autres titres tels que les brevets, les indications géographiques, les dessins et modèles. Si l'article laisse cette latitude aux membres on peut relever une limite de cet Accord.

376 Les titulaires de marques de médicaments contrefaisants peuvent, avec cet Accord, obtenir l'assistance des autorités douanières dès lors que les importations portent sur des contrefaçons. A la demande écrite des titulaires des droits sur la marque de médicaments, la douane peut suspendre la mise en libre circulation de ces marchandises. Il est alors faite obligation au titulaire du droit ou à l'importateur de donner tous les renseignements nécessaires sur sa marque afin de permettre à la douane de mieux intervenir en cas d'atteinte à ses droits. Selon l'article 59 de cet Accord, *« les autorités compétentes seront habilitées à ordonner la destruction*

⁶⁷⁸ H. S. SIMPARA, *Le rôle de l'administration des douanes maliennes dans la lutte contre la contrefaçon*, op cit, p.35.

⁶⁷⁹ Accord sur les ADPIC du 15 Avril 1994, note n°13 de bas de page ; *« l'expression "marchandises de marque contrefaites" s'entend de toutes les marchandises, y compris leur emballage, portant sans autorisation une marque de fabrique ou de commerce qui est identique à la marque de fabrique ou de commerce valablement enregistrée pour lesdites marchandises, ou qui ne peut être distinguée dans ses aspects essentiels de cette marque de fabrique ou de commerce, et qui de ce fait porte atteinte aux droits du titulaire de la marque en question en vertu de la législation du pays d'importation... »*.

ou la mise hors circuit de marchandises portant atteinte à un droit ». En considération de cet article, lorsque des marchandises de marque contrefaite sont introduites dans les circuits commerciaux après que la marque apposée de manière illicite a simplement été retirée, une marque identique peut être introduite ou importée séparément et apposée de nouveau de manière illicite, souvent avec une relative facilité, de sorte que les marchandises porteront de nouveau atteinte aux droits⁶⁸⁰. Par ailleurs, lorsque la marque contrefaite est retirée, les marchandises peuvent encore ressembler si étroitement à la marchandise authentique qu'il existe un risque accru de nouvelles atteintes, si une marque contrefaite y est apposée de nouveau.

377. L'Accord sur les ADPIC a réellement reconnu des pouvoirs aux administrateurs des douanes pour lutter contre toute atteinte aux droits de propriété intellectuelle. Mais, il va falloir relever que ces dispositions présentent des lacunes. L'article 51 de l'ADPIC permet, mais n'oblige pas. De plus, l'ADPIC n'oblige pas les pays en voie de développement et les Pays Moins Avancés (PMA) à mettre en œuvre ces prescriptions mais leur donne une période transitoire jusqu'en 2021. Aussi, il faut relever que cet article n'impose les mesures aux frontières que sur les importations. Ce qui exclue de l'obligation les autres stades de commercialisation, notamment l'exportation et le transit. S'il en est ainsi, les pays développés peuvent librement exporter des médicaments de marque contrefaisante surtout dans les pays en développement. Le fait de laisser le soin aux PMA de ne contrôler seulement que les importations et aussi la période transitoire donnée aux pays en développement révèle des lacunes de cet Accord. Il devrait être nécessaire de contrôler aussi l'exportation. Outre l'analyse relative au cadre juridique communautaire et transcommunautaire de l'action douanière, il importe de relever quelques difficultés.

Paragraphe 2- L'absence de transposition des prescriptions spéciales en droit de la propriété industrielle

378. En droit de la propriété industrielle, le constat est on ne peut plus alarmant. En effet, l'Accord de Bangui est muet sur les questions de mesures à la frontière (**A**). Ce qui nous amène à nous interroger sur les conséquences juridiques de ce silence (**B**).

⁶⁸⁰ H. S. SIMPARA, *Le rôle de l'administration des douanes maliennes dans la lutte contre la contrefaçon*, op. cit p.40.

A- Le mutisme de l'Accord de Bangui 1999 sur les mesures à la frontière

379. En référence à l'article 8 de l'Accord sur les ADPIC, l'Accord de Bangui recommande à ses membres de modifier ou d'élaborer des lois et règlements afin d'adopter les mesures ADPIC⁶⁸¹. C'est d'ailleurs ce que l'Accord de Bangui traduit lorsqu'il dispose dans l'Annexe VII en son article 62 alinéa 3 que « *les dispositions des codes nationaux des douanes traitant de la suspension de la mise en libre circulation de marchandises soupçonnées d'être illicites s'appliquent mutatis mutandis aux objets ou matériels protégés en vertu de la présente Annexe* ».

380. A l'analyse de ce qui précède, on constate que l'Accord de Bangui de 1999 quoique loi spéciale nationale en matière de propriété intellectuelle n'a pas transposé les dispositions ADPIC concernant les mesures à la frontière dans ses annexes. Il ne fait que de simples recommandations en la matière à ses membres. En effet, nulle part dans ledit accord, il n'est édicté une disposition permettant aux Etats membres d'appliquer les prescriptions spéciales concernant les mesures à la frontière. Il convient de noter que le nouvel Accord de Bangui du 14 décembre 2015 en ses articles 77 et suivants de l'Annexe I et 66 et suivants de l'Annexe III a pris soins de transposer les dispositions de l'Accord sur les ADPIC relatives aux mesures à la frontière. Toutefois, force alors est de constater, qu'à partir du moment où l'Accord de Bangui de 2015 n'est toujours pas entré en vigueur pour ce qui est des Annexes relatifs au brevet et à la marque, il y a manifestement un vide juridique ne permettant pas aux douanes de lutter efficacement contre la contrefaçon à la frontière. Pourtant, la transposition de ces mesures dans l'Accord aurait permis à ces douanes de façon concertée, de suspendre la libre circulation des marchandises soupçonnées de contrefaçon pour des contrôles pertinents avec l'aide des titulaires de droits et pour des sanctions plus dissuasives. En somme, le fait qu'il n'existe pas une juridiction supra nationale chargée de garantir l'intégrité du droit communautaire à l'instar de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) dans le cadre de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique de l'Ouest du Droits des Affaires (OHADA) entraîne une divergence de jurisprudence dans les différents

⁶⁸¹ Les Membres pourront, lorsqu'ils élaboreront ou modifieront leurs lois et réglementations, adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique et la nutrition et pour promouvoir l'intérêt public dans les secteurs d'une importance vitale pour le développement socio-économique et technologique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord (Article 8-1 Accord ADPIC).

Etats membres et partant une certaine insécurité judiciaire⁶⁸².

B - Les limites du Code des douanes de l'UEMOA

381. Depuis 2001, le Code des douanes des Etats membres de l'UEMOA est devenu bicéphale en ce sens que ceux-ci appliquent désormais dans la partie consacrée à la procédure, les dispositions de l'Annexe au Règlement n°09/2001/CM/UEMOA du 26 Novembre 2001 portant code des douanes UEMOA comme base légale interne ; la partie consacrée à la répression étant du ressort de la réglementation nationale. Ce qui signifie que le Code des douanes UEMOA dans ses dispositions allant des principes généraux aux dispositions finales précise que « *sauf dispositions contraires adoptées dans le cadre des conventions internationales, la réglementation douanière communautaire s'applique uniformément dans l'ensemble du territoire douanier de l'Union* ». ⁶⁸³ Ce Code des douanes UEMOA prévoit notamment en ses articles 21 et 22, la prohibition par rapport aux marques et origines, les prohibitions et la protection de la propriété intellectuelle. La prohibition s'entend de l'importation ou de l'exportation interdite de marchandises soumises à des restrictions, des règles de qualité, de conditionnement ou à des formalités à la frontière. ⁶⁸⁴ Celles-ci sont généralement fixées par voie de règlement au Conseil des Ministres. Il est clair que ces dispositions ne permettent pas d'opposer une sanction à une atteinte portée à un droit de propriété intellectuelle. En effet, une chose est de codifier les atteintes aux marques et de préconiser la protection de la propriété intellectuelle, et une autre est de réprimer véritablement ces atteintes par des dispositions législatives. De ce fait, il existe des insuffisances notoires dans ce code de douane ne permettant pas une lutte efficace contre la contrefaçon. L'inadaptation des sanctions et les difficultés subséquentes de leur mise en œuvre, compromettent durablement la lutte engagée par les Etats membres de l'UEMOA contre les médicaments contrefaisants. Même si la répression systématique de la contrefaçon ne saurait être le seul moyen de lutte contre ce fléau, il demeure cependant une des alternatives crédibles pour garantir et faciliter l'accès aux médicaments.

⁶⁸² M-L. NDEMA ELONGUE, « De la portée des décisions rendues par les tribunaux nationaux en matière de propriété intellectuelle », Juriscope, *Regards sur la propriété intellectuelle en Afrique : Mélanges en l'honneur de l'action du Dr Paulin Edou Edou pour l'OAPI*, 2017.

⁶⁸³ Article 4 du Code des douanes UEMOA.

⁶⁸⁴ Article 18 du Code des douanes UEMOA.

TITRE II : LA FACILITATION DE L'ACCES AU MEDICAMENT

382 Les systèmes de soins de santé dans les pays de l'UEMOA sont confrontés à des défis importants qui ont un impact négatif sur l'accès à des soins abordables de bonne qualité. Parmi ces défis, le plus important est sûrement : un meilleur accès à des médicaments sûrs, efficaces et de qualité garantie. Cela sous-entend un approvisionnement durable en médicaments essentiels qui réduirait la dépendance vis-à-vis des importations dans la région⁶⁸⁵. Après avoir longtemps privilégié le recours systématique aux sanctions pour lutter contre la contrefaçon de médicaments et qui a fini par montrer ses limites, il serait sans doute nécessaire d'explorer d'autres moyens. Dans ce contexte, nous pouvons constater que des efforts concertés sont déployés en Afrique de l'Ouest et dans tout le continent africain pour harmoniser les législations nationales afin de faciliter l'accès au médicament (**Chapitre I**), par la mise en application entre autres, des flexibilités du droit OAPI (**Chapitre II**).

⁶⁸⁵ CEDEAO, ONUDI et OOAS, « Etablir une industrie de production pharmaceutique en conformité avec des normes BPF reconnues internationalement », Burkina Faso, 2019. Disponible sur le site internet suivant : <https://www.wahooas.org/web-ooas/sites/default/files/publications/2145/2-feuille-de-route-bpf-du-burkina-faso.pdf>

CHAPITRE I : L'HARMONISATION DES LEGISLATIONS RELATIVES A LA SANTE DANS L'ESPACE UEMOA

333 La lutte contre la contrefaçon de médicaments à l'échelle régionale a connu ces dernières années quelques initiatives qui ont concouru à la mise en place de normes juridiques et de procédures de contrôle de la qualité du médicament, telle que l'autorisation de mise sur le marché. Elles connaissent toutefois quelques dysfonctionnements dans leur mise en œuvre. En outre, la médecine traditionnelle, en dépit de certaines réticences, se présente aujourd'hui comme une alternative crédible au médicament conventionnel. C'est dans cette optique que les Etats membres de l'UEMOA fixent les orientations et les stratégies nécessaires pour une promotion et intégration effective de la médecine traditionnelle dans le système régional de la santé. Dans le cadre du renforcement du dispositif réglementaire des produits pharmaceutiques dans l'espace UEMOA⁶⁸⁶, les ministres en charge de la santé ont indiqué que « *la création de la Cellule pour l'Harmonisation de la Réglementation et la Coopération Pharmaceutiques au sein de la Commission de l'UEMOA a marqué le démarrage des initiatives d'harmonisation dans notre espace communautaire* »⁶⁸⁷. Une analyse pertinente de la réglementation communautaire en matière pharmaceutique passe nécessairement par l'appréciation de la situation juridique de la réglementation pharmaceutique de l'UEMOA (**Section 1**) avant d'évoquer la politique d'intégration de la médecine traditionnelle adoptée dans les législations de santé publique (**Section 2**) de ses Etats membres.

Section 1 : La situation juridique de la réglementation pharmaceutique de l'UEMOA

334 La Commission de l'UEMOA, à travers la Cellule pour l'Harmonisation de la Réglementation et de la Coopération Pharmaceutiques (CHRCP), a conduit avec le soutien technique et financier de l'Organisation Mondiale de la Santé, à la rédaction et à l'harmonisation de la réglementation communautaire (**Paragraphe 1**) et le régime juridique des Autorisations de Mise sur le Marché (AMM) (**Paragraphe 2**).

⁶⁸⁶ <http://www.uemoa.int/fr/renforcement-du-dispositif-reglementaire-des-produits-et-technologies-de-sante-dans-l-espace-uemoa>

⁶⁸⁷ *Ibidem*

Paragraphe 1 : L'harmonisation de la réglementation communautaire

385 Des confusions notionnelles entourent les termes « *harmonisation* », « *uniformisation* » et « *unification* ». Plusieurs auteurs se sont penchés sur la définition de ces concepts. Mais, si l'on peut distinguer chacun de ces processus en théorie, dans la pratique ils paraissent enchevêtrés. Bien entendu, relever quelques définitions permettra de donner quelques éclaircissements indispensables. L'harmonisation des lois est définie par Docteur FELIX ONANA comme « *un phénomène d'intégration juridique qui implique le transfert des compétences étatiques de deux ou plusieurs Etats à une organisation internationale, régionale ou sous régionale dotée de pouvoirs de décision et de compétences supranationales ou supra étatiques, en vue de réaliser un ensemble juridique unique et cohérent dans lequel les législations s'insèrent pour atteindre les objectifs économiques et sociaux que les Etats membres se sont assigné.* »⁶⁸⁸ L'harmonisation peut être également définie comme l'opération qui consiste à rapprocher les règles de droit d'origine différente pour les mettre en cohérence entre elles, en réduisant ou en supprimant leurs différences et leurs contradictions, de manière à atteindre des résultats compatibles entre eux et avec les objectifs communautaires recherchés.⁶⁸⁹ Tandis que l'uniformisation ou l'unification sont deux concepts synonymes qui consistent à rendre uniforme, à mettre en accord ou à standardiser des règles de droit, l'harmonisation est *à priori* une forme plus brutale, mais aussi plus radicale d'intégration juridique⁶⁹⁰. Elle consiste à instaurer, dans une matière juridique donnée une réglementation unique, identique en tous points pour tous les Etats membres, dans laquelle il n'y a pas de place en principe pour les différences.⁶⁹¹ Cette précision relative aux notions étant faite, il convient d'analyser le contenu de la réglementation pharmaceutique (**A**) et le droit communautaire de la concurrence (**B**), dans les Etats membres de l'UEMOA.

⁶⁸⁸ Projet du Code de Déontologie harmonisé de l'exercice des pharmaciens dans l'espace CEDEAO, élaboré à la réunion du comité ad hoc sur l'harmonisation des codes de l'exercice des pharmaciens dans l'espace CEDEAO, Bobo-Dioulasso, 10/11 août 2011, p.13.

⁶⁸⁹ M. DELMAS-MARTY, *Un pluralisme ordonné, les forces imaginantes du droit*, op cit.

⁶⁹⁰ *Ibidem*

⁶⁹¹ Vocabulaire juridique, dir. G. CORNU, Assoc. H. Capitant, Paris : PUF, 2005, V° Unification.; M. DELMAS-MARTY, *Le phénomène de l'harmonisation : l'expérience contemporaine*, op cit.

A- Le contenu de la réglementation communautaire relative aux produits pharmaceutiques

386 Une analyse situationnelle de la réglementation pharmaceutique a été réalisée dans les Etats membres en avril 2008 sous l'impulsion de la Commission de l'UEMOA⁶⁹². Cette critique a fait la lumière sur l'état des autorités de réglementation dans chaque pays ainsi que sur l'effectivité de la mise en œuvre des fonctions de réglementation qui leurs sont dévolues. Les pays ont développé un cadre général pour l'activité de la pharmacie, l'enregistrement des médicaments, le contrôle de la qualité, l'inspection pharmaceutique, la veille sanitaire, la publicité et la sécurité sanitaire. Des textes existent et organisent tout le circuit du médicament dans les pays avec notamment des différences d'un pays à un autre. Mais l'harmonisation des exigences techniques et sa mise en œuvre n'ont pas eu lieu, faute d'un cadre institutionnel pouvant coordonner le processus. Nous développerons le processus d'homologation des produits pharmaceutiques existant dans l'espace UEMOA (1) et en relèverons les limites (2).

1- L'homologation des produits pharmaceutiques

387. Instituée par le règlement n°06/2010/CM/UEMOA et Annexes⁶⁹³, l'homologation des produits pharmaceutiques constitue l'un des axes majeurs de l'harmonisation des réglementations communautaires conformément aux principes du règlement n°02/2005/CM/UEMOA⁶⁹⁴ relatif à l'harmonisation de la réglementation pharmaceutique dans les Etats membres de l'UEMOA. En vue de la construction d'un droit communautaire africain du médicament, un organe spécial dénommé Cellule pour l'Harmonisation de la Réglementation et la Coopération Pharmaceutiques (CHRCPP) est mis en place pour réaliser plusieurs missions.⁶⁹⁵ En effet, le règlement n°06/2010/CM/UEMOA définit l'harmonisation

⁶⁹² C. HOUNNOU, « Harmonisation de la réglementation pharmaceutique au sein de l'UEMOA et OOAS », UEMOA, avril 2008.

⁶⁹³ Règlement n°06/2010/CM/UEMOA relatif aux procédures d'homologation des produits pharmaceutiques à usage humain dans les Etats membres de l'UEMOA adopté le 1^{er} Octobre 2010 à Ouagadougou ; Annexe I : Les lignes Directrices pour la présentation des dossiers de demande d'homologation. C'est la partie qui liste l'ensemble des spécifications relatives au format de présentation des dossiers de demande d'autorisation de mise sur le marché ; Annexe II : La procédure d'octroi des autorisations de mise sur le marché, depuis la réception du dossier, son évaluation et la délivrance de l'autorisation de marché ; Annexe III : Le format type de présentation d'une autorisation de mise sur le marché d'un médicament décrit l'ensemble des informations qui doivent figurer sur une autorisation de mise sur le marché.

⁶⁹⁴ Règlement n°02/2005/CM/UEMOA relatif à l'harmonisation de la réglementation pharmaceutique dans les Etats Membres de l'UEMOA, adopté à Dakar le 4 juillet 2005.

⁶⁹⁵ Les objectifs de la Cellule pour l'Harmonisation de la Réglementation et la Coopération Pharmaceutique sont les suivants : Améliorer l'accès des populations aux médicaments de qualité, Utiliser rationnellement les ressources disponibles, développer un système d'information et d'échange dans le domaine pharmaceutique, Améliorer l'application de la réglementation pharmaceutique.

des produits pharmaceutiques à usage humain comme étant l'ensemble d'un processus minutieux d'évaluation d'un dossier administratif et technique conduisant à l'obtention d'un document juridique commun dénommé : Autorisation de Mise sur le Marché (AMM). Ce règlement institue un comité technique pour l'évaluation technique des dossiers de demande d'homologation et un comité national du médicament chargé de l'avis définitif sur la demande d'homologation, le Ministre de la Santé étant l'autorité administrative qui délivre l'AMM. Ce document juridique (AMM) très important, lorsqu'il est délivré, peut valablement engager aussi bien la responsabilité civile que pénale du fabricant vis-à-vis de l'autorité de réglementation en cas de faute. L'Autorisation de Mise sur le Marché a ainsi pour but non seulement de permettre à l'autorité de réglementation de contrôler l'importation et la distribution des médicaments, mais aussi la commercialisation d'un médicament dans un espace déterminé. Pour une meilleure application du processus d'homologation de la réglementation pharmaceutique, des annexes ont également été adoptées. Les annexes au règlement relatif aux procédures d'homologation des produits pharmaceutiques à usage humain dans les Etats membres de l'UEMOA sont une partie intégrante du texte réglementaire. Les trois annexes ont pour but de décrire de façon précise tous les éléments référencés qui sont en rapport avec le contenu des dossiers techniques et la procédure d'octroi de l'Autorisation de Mise sur le Marché. Ainsi, l'annexe I⁶⁹⁶ s'intitule contenu du dossier technique pour l'homologation d'un produit pharmaceutique à usage humain dans les Etats membres de l'UEMOA. L'Annexe II⁶⁹⁷ est relative à la procédure d'octroi d'une Autorisation de Mise sur le Marché dans les Etats membres de l'UEMOA, depuis la réception du dossier, son évaluation et la délivrance de l'Autorisation de Mise sur le Marché. Pour terminer, l'annexe III⁶⁹⁸ fait référence à un exemple de modèle type d'une Autorisation de Mise sur le Marché d'un médicament qui décrit l'ensemble des informations qui doivent y figurer.

2- Les limites de l'homologation des produits pharmaceutiques

388 Si tous les pays à l'exception de la Guinée Bissau disposent de textes législatifs et réglementaires organisant le régime de l'homologation des médicaments, une révision de ces textes s'avère nécessaire pour prendre en compte non seulement la gamme complète des produits

⁶⁹⁶ Annexe I : Contenu du dossier technique pour l'homologation d'un produit pharmaceutique à usage humain dans les Etats membres de l'UEMOA, Annexe au règlement N°06/2010/CM/UEMOA.

⁶⁹⁷ Annexe II : Procédure d'octroi d'une autorisation de mise sur le marché dans les Etats membres de l'UEMOA, Annexe au règlement N°06/2010/CM/UEMOA

⁶⁹⁸ Annexe III : Modèle type d'autorisation de mise sur le marché, Annexe au règlement N°06/2010/CM/UEMOA.

sanitaires,⁶⁹⁹ mais également pour s'inscrire dans la dynamique inspirée par l'OMS en matière d'enregistrement des médicaments multi sources⁷⁰⁰ et du référentiel de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle en matière d'enregistrement des médicaments traditionnels. En ce qui concerne cette dernière préoccupation relative à l'enregistrement des médicaments traditionnels, l'OAPI a pris en compte cette préoccupation majeure et est en train de préparer une loi type pour y remédier. En effet, il est extrêmement important pour les autorités de réglementation des pays africains d'adapter les textes législatifs et les règlements administratifs aux ressources disponibles et de ne négliger aucune possibilité d'obtenir et d'utiliser les informations fournies par les autorités de réglementation d'autres pays sur les produits et substances pharmaceutiques entrant dans le commerce international.⁷⁰¹

389. Contrairement à l'Union Européenne où il existe un système de reconnaissance mutuelle des AMM, la région Ouest africaine se caractérise par une autarcie des Autorités Nationale de Réglementation Pharmaceutique (ANRP) des médicaments. On notait une absence totale de collaboration entre les autorités d'homologation des Etats. Il n'existe pas de système de reconnaissance même de résultats d'analyses de dossiers ou de décisions d'homologation. Les décisions prises par une direction lui sont propres. Par exemple, la Direction des Pharmacies de Côte d'Ivoire ne peut se référer à son homologue du Benin ou du Sénégal pour orienter son choix ou motiver sa décision. La faiblesse des capacités des autorités nationales de réglementation pharmaceutique et le manque d'opérationnalité de certaines fonctions réglementaires qui leurs sont dévolues, ont engendré une insécurité sanitaire dans toute la sous-région avec la circulation sur le marché pharmaceutique africain de médicaments de mauvaise qualité. Les Etats membres de l'UEMOA sont conscients d'un accès limité aux médicaments de qualité par la majorité des populations. C'est pourquoi, ils sont convaincus de la nécessité de l'harmonisation de la réglementation pharmaceutique au niveau communautaire par une mise en commun des moyens en vue de promouvoir une utilisation plus rationnelle des ressources. En outre, la concurrence déloyale de la vente du médicament dans l'espace communautaire peut favoriser l'expansion de

⁶⁹⁹ La gamme complète des produits sanitaires dans l'espace UEMOA est : les médicaments vétérinaires, compléments nutritionnels, produits cosmétiques, produits biologiques, dispositifs médicaux et médicaments homéopathiques.

⁷⁰⁰ OMS, « Lignes directrices pour la présentation de dossiers pour produits pharmaceutiques multisources (génériques) au Programme de Préqualification de l'OMS : qualité », WHO, Technical Report Series N°970, Annexe 4, 2012.

⁷⁰¹ Les moyens de communication entre les autorités de réglementation s'améliorent au niveau mondial comme en témoignent les informations contenues dans le bulletin mensuel Nouvelle pharmaceutique OMS, la revue trimestrielle Informations pharmaceutiques OMS et la liste récapitulative des produits dont la consommation ou la vente ont été interdites ou rigoureusement réglementées, ou qui ont été retirés du marché ou n'ont pas été approuvés par les gouvernements.

du fléau de la contrefaçon. Si la cherté des médicaments est l'un des arguments évoqués par les populations pour justifier la consommation des médicaments contrefaisants, l'harmonisation du prix de vente des médicaments princeps et génériques pourraient se présenter comme l'une des solutions à la lutte contre la contrefaçon.

B- Le droit communautaire de la concurrence

390. Le monopole conféré par le brevet est en principe sensé encourager les investissements dans la recherche et développement et dans une certaine mesure contribuer au progrès technique, économique et social. Mais, l'utilisation abusive de ce droit exclusif peut limiter le jeu de la concurrence. C'est d'ailleurs, ce que révèle le Professeur HOVENKAMP soutenu par toute la doctrine française lorsqu'il déclare que : « *Le droit de la propriété intellectuelle octroie des monopoles, tandis que le droit de la concurrence cherche à les défaire* ». ⁷⁰² Il conviendrait de voir à présent comment les règles du droit à la concurrence (1) servent à trouver un équilibre ⁷⁰³ entre les intérêts en présence et la fixation des prix des médicaments (2) sur lesquels les autorités gouvernementales essaient d'influer.

1- Les règles de la concurrence

391. Le droit de la concurrence régit les pratiques anti-concurrentielles, notamment les ententes et les abus de position dominante. En la matière, il existe des mesures de droit national ⁷⁰⁴ qui doivent être conformes aux règles de droit communautaire. ⁷⁰⁵ Les textes nationaux ⁷⁰⁶ en

⁷⁰² H. HOVENKAMP, « IP and antitrust, an analysis of antitrust principles applied to intellectual property law », Aspen Publishers, 2002.

⁷⁰³ D.E. KRAUS, « Les importations parallèles de produits brevetés », éd. Bruylant, Bruxelles et Schulthess Media Juridique, 2004.

⁷⁰⁴ Dans l'espace UEMOA, le Traité de l'UEMOA ne donne pas expressément compétence exclusive à l'Union pour légiférer en matière de concurrence. Mais la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UEMOA a eu à affirmer cette exclusivité notamment par rapport aux règles de droit national (Avis n°003/2000 du 27 Juin 2000, Cour de Justice de l'UEMOA). Reste qu'il faut gérer les rapports entre les structures de droit communautaire et les structures nationales de concurrence d'une part et les difficultés posées par la coexistence de droit communautaire de la concurrence telle que posé par les institutions d'intégrations communautaires comme la CEMAC et l'UEMOA et du droit de la concurrence produit par d'autres organismes régionaux (CIMA qui signifie Conférence Internationale des Marchés d'Assurance), CEEAC (Communauté Economique des Etats de l'Afrique Centrale), OHADA, OAPI...). Sur une étude plus exhaustive de l'ensemble de ces questions V. R. NJEUFACK TEMGWA, *La protection de la concurrence dans la CEMAC*, Thèse de doctorat/Ph.D en droit, Université de Dschang, 02 décembre 2005 ; A. YAYA, *Réflexions sur les impacts du droit communautaire de la concurrence sur l'ordre judiciaire interne des Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine*, Thèse de Doctorat d'Etat en droit privé, Université Cheick Anta Diop de Dakar, juin 2007.

⁷⁰⁵ Pour l'UEMOA V. A. YAYA, *op. cit.*, pp. 79-93.

⁷⁰⁶ L'ordonnance 2013-662 du 13 septembre 2013 relative à la concurrence en Côte d'Ivoire ; Loi n°2019-56 portant organisation de la concurrence au Niger ; Décret n°2018-0332/P-RM du 4 avril 2018 portant organisation de la concurrence au Mali ; Loi n°016-2017/AN portant organisation de la concurrence au Burkina Faso ; Décret n°2014-549 du 24 septembre 2014.

matière de concurrence visent expressément tous les règlements relatifs aux règles de la concurrence prévues par l'UEMOA. En effet, le législateur OAPI a intégré cette disposition dans le droit des Etats membres en prévoyant des dispositions similaires dans l'annexe VIII de l'Accord de Bangui révisé de 1999 relative à : « *La protection contre la concurrence déloyale* ». Ainsi, au sens de l'article 6 alinéa 4 de l'annexe VIII, « *est considéré comme un acte de concurrence déloyale, tout acte ou pratique qui, dans l'exercice d'activités industrielles ou commerciales, constitue ou entraîne : a) l'exploitation déloyale dans le commerce de données confidentielles résultant d'essais ou d'autres données confidentielles, dont l'établissement nécessite un effort considérable et qui ont été communiquées à une autorité compétente aux fins de l'obtention de l'autorisation de commercialiser des produits pharmaceutiques ou des produits chimiques pour l'agriculture comportant des entités chimiques nouvelles ; b) la divulgation de telles données, sauf si elle est nécessaire pour protéger le public ou à moins que des mesures ne soient prises pour garantir que les données sont protégées contre l'exploitation déloyale dans le commerce* ». En outre, quant au droit communautaire⁷⁰⁷, il interdit tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. L'abus de position dominante peut résulter de la recherche d'un monopole ou de toute activité tendant à acquérir une part de marché importante. Ainsi, l'abus peut être sanctionné⁷⁰⁸ lorsqu'il provient d'entreprises détentrices de droit de propriété industrielle sur les produits de santé.⁷⁰⁹ Il est important de réglementer ces abus afin de réduire les risques de voir les entreprises titulaires de droits de propriété industrielle fixer des prix exorbitants sur les médicaments et autres produits de santé au détriment du droit à la santé des populations.

2- La réglementation du prix des médicaments

392 La fixation du prix des médicaments fait l'objet de réglementation dans la plupart des pays membres de l'espace UEMOA. En effet, la fixation du prix des produits est déterminante dans l'accès aux traitements si bien que dans de nombreux pays développés ou en développement, les

⁷⁰⁷ Article 88 du Traité de l'UEMOA, V. le règlement n°2/2002/UEMOA du 23 Mai 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA ; V. aussi le règlement n°3/2002/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'UEMOA.

⁷⁰⁸ Article 22.2 a) du règlement n°3/2002/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'UEMOA

⁷⁰⁹ Décision de la commission de la concurrence d'Afrique du Sud, aff. GSK et Boehringer c/ société civile, septembre 2002. Dans cette affaire, des malades sud-africains et des associations de la société civile portaient plainte contre GlaxoSmithKline (GSK) et Boehringer auprès de la Commission de la concurrence sud-africaine. Ils accusaient les laboratoires d'être directement responsables de « morts prématurées, prévisibles et évitables de malades du sida ». En octobre 2003, la Commission leur donnait raison, estimant en effet que les deux laboratoires avaient abusé de leur position dominante sur les marchés en imposant des prix trop élevés, et en refusant de céder des licences de production à des laboratoires locaux afin qu'ils fabriquent des génériques à bas prix.

pouvoirs publics ont jugé extrêmement important de se doter de moyens pour régler les prix des médicaments brevetés,⁷¹⁰ notamment : la réglementation directe des prix des produits pharmaceutiques, des formules pour déterminer les prix auxquels l'Etat ou les assureurs rembourseront les firmes pharmaceutiques, une surveillance et un contrôle des prix des médicaments brevetés. Dans le domaine pharmaceutique, la concurrence joue un rôle important car elle peut permettre d'influer sur la chaîne de distribution et de commercialisation du produit. A ce titre, en dépit de tout, il revient à chaque pays de pouvoir fixer les modalités de réglementation et de contrôle de prix de médicaments. C'est le cas par exemple du Burkina Faso⁷¹¹ et de la Côte d'Ivoire.⁷¹² Ainsi, nul ne peut et n'a le droit de se soustraire à cette réglementation et vouloir pratiquer un prix supérieur à celui qui résulte de ces réglementations. En règle générale, la fixation du prix par les pouvoirs publics doit tenir compte de deux principes essentiels : les besoins des consommateurs démunis et la nécessité de faire de meilleures offres afin que le prix du médicament mis à leur disposition soit abordable. L'un des reproches fait aux entreprises pharmaceutiques tient en ce qu'elles investissent le plus souvent l'argent dans les campagnes publicitaires et marketing que dans la recherche développement⁷¹³ qui vont avoir une incidence sur la fixation des prix à posteriori sur les produits. La mise en place de mécanisme de contrôle de prix permet aussi bien aux autorités en charge d'équilibrer les intérêts des consommateurs et ceux des titulaires de brevets par l'exercice d'une saine concurrence. Face au seuil d'alerte largement dépassé par la prolifération de la contrefaçon de médicament et à la faiblesse des instruments juridiques existants, il conviendrait d'envisager le renforcement de ceux-ci tant à l'échelle nationale que régionale pour freiner la propension de ce fléau.

⁷¹⁰ CIPHI, 2006, *op. cit.*, p. 115.

⁷¹¹ Article 184 du Code de la Santé Publique du Burkina Faso. Selon ce texte les prix des médicaments et autres produits pharmaceutiques sont fixés par arrêté du Ministre chargé du Commerce en accord avec le Ministre chargé de la Santé.

⁷¹² Décret n°94-667 du 21 décembre 1994 fixant les conditions d'acquisition des médicaments et régime des prix. Ce décret distingue le régime des prix dans le secteur privé d'une part et dans le secteur public de l'autre. Dans le secteur public, l'article 8 du décret indique que « Les prix des médicaments, petits matériels médicaux et autres consommables médicaux distribués par les formations sanitaires publics sont fixés par arrêté du Ministre chargé de la santé. Quant au secteur privé, le décret ne parle du prix du médicament que dans les officines et les dépôts de produits pharmaceutiques comme pour rappeler que la délivrance (et ici à titre onéreux) du médicament est réservé aux pharmaciens d'officines.

⁷¹³ C. MIDOUNGUE et al., « Analyse situationnelle de la mise en œuvre de la politique pharmaceutique nationale 1^{ère} génération », République du Cameroun, MINSANTE, 2008, p.33.

Paragraphe 2 : Le régime juridique des autorisations de mise sur le marché

393 Le médicament à usage humain, qu'il soit une spécialité ou un générique, reste un produit à la fois très utile pour la santé mais aussi et surtout très dangereux quand il fait l'objet d'une mauvaise utilisation. C'est pourquoi, son admission à la commercialisation nécessite obligatoirement une autorisation de mise sur le marché (AMM) délivrée par l'autorité sanitaire compétente. Il s'agit là d'une exigence légale (A) qui peut être lourde de conséquences, si elle n'est pas scrupuleusement observée (B).

A- L'exigence de l'autorisation de mise sur le marché et sa durée

394 Il convient de rappeler en tant que de besoin que les capacités pharmaceutiques des pays membres de l'UEMOA étant très faibles voire même inexistantes, ils sont tous obligés de s'approvisionner sur le marché international où, personne, en principe ne peut garantir la qualité de tous les produits qui y circulent. C'est la raison pour laquelle, seuls les Etats ont, par leur pouvoir, de délivrer des AMM. Celles-ci sont délivrées au terme d'une longue procédure d'évaluation du produit pharmaceutique pour s'assurer de sa qualité, de son efficacité et de sa sécurité. Or, cette évaluation est constituée d'un ensemble d'opérations techniques dont la complexité et le coût financier rendent sa réalisation quasiment inaccessible pour de nombreux pays. Ce qui expose leur système de santé à l'introduction des médicaments de qualité douteuse.

395 Pour tenter de remédier à cette situation, les PMA, dans leur ensemble, ont d'abord eu recours au système de certification OMS⁷¹⁴ de la qualité des produits pharmaceutiques entrant dans le commerce international. En effet, ce système permet aux pays importateurs d'obtenir l'assurance qu'un produit donné a reçu une AMM dans le pays exportateur et, si cette autorisation n'y figure pas, les autorités compétentes en charge de la santé doivent se procurer des renseignements sur les raisons de la non délivrance de cette autorisation, d'obtenir l'assurance que le laboratoire qui fabrique le médicament a fait l'objet de contrôle à des intervalles convenables, et qu'il applique les normes de bonnes pratiques de fabrication (BPF) et de contrôle de la qualité des médicaments recommandés par l'OMS, d'échanger des informations sur la bonne exécution des inspections et de contrôles effectués par les autorités dans le pays exportateur, si la qualité est approximative.⁷¹⁵ Toutefois, il existe des règles de coopération

⁷¹⁴ OMS, Résolution WHA 41.18 de l'Assemblée mondiale de la santé, 1975.

⁷¹⁵ OMS, Résolution WHA 41.18, 1975, précité.

particulière entre certains Etats de la zone franc et membres de l'UEMOA pour l'harmonisation et même l'internationalisation des procédures d'homologation et de mise sur le marché des médicaments⁷¹⁶. Dans le cadre de la coopération pharmaceutique, entre les pays de la zone franc et les pays associés, a été adopté en février 1999 à Ouagadougou (Burkina-Faso), un Référentiel pour l'harmonisation des procédures d'enregistrement des médicaments essentiels génériques dans les pays de la zone franc⁷¹⁷ et les pays associés⁷¹⁸, qui traite des questions et procédures relatives à la délivrance d'AMM dans lesdits pays. Cette contrainte est prévue par exemple, dans le Code burkinabé de la santé publique⁷¹⁹ et dans l'Ordonnance nigérienne n°97-002 du 10 janvier 1997 portant législation pharmaceutique.⁷²⁰ En Côte d'Ivoire, l'AMM est régie par Décret n°94-669 du 21 décembre 1994 portant conditions d'enregistrement et de dispensation des médicaments.⁷²¹ Quant au Mali, elle est régie par Décret n°04-557/P-RM du 1^{er} décembre 2004 instituant l'Autorisation de Mise sur le Marché (AMM) des médicaments à usage humain et vétérinaire.⁷²²

⁷¹⁶ Dans l'Union européenne, il existe à côté des procédures d'AMM nationales des procédures communautaires utilisées lorsque le médicament est destiné à plusieurs Etats membres de la communauté européenne. L'autorité européenne compétente pour délivrer ces AMM est l'Agence Européenne pour l'Evaluation des Médicaments (EMA). Depuis le 1^{er} janvier 1998, l'enregistrement d'un médicament international (dans plus d'un pays de la Communauté Européenne) doit obligatoirement passer par l'une ou l'autre des procédures suivantes : la procédure centralisée, obligatoire pour les produits issus des biotechnologies, optionnelle pour les nouvelles substances actives (définie dans le règlement n°2309/93/CE du 22 juillet 1993 modifiée par le règlement n°726/2004/CEE) ; la procédure de reconnaissance mutuelle prévue dans la directive 2001/83/CE de novembre 2001 modifiée par la directive 2004/27/CE (le laboratoire dépose son dossier dans l'un des Etats membres. Si l'autorisation est accordée, elle peut être étendue aux autres Etats membres par une procédure de reconnaissance mutuelle) ; la procédure décentralisée prévue dans la directive 2004/27/CE et applicable depuis octobre 2005 (le laboratoire dépose son dossier simultanément dans tous les Etats membres. L'évaluation est menée par un Etat choisi comme Etat membre de référence. Si l'autorisation est accordée, elle l'est dans les autres Etats membres en même temps).

⁷¹⁷ Avant les indépendances et mêmes quelques années après, la législation en matière pharmaceutique était régie dans les pays ayant subi la domination coloniale ou sous tutelle de la France, entre autres, la loi n°54-418 du 15 avril 1954 étendant aux territoires d'Outre-mer, au Togo et au Cameroun, certaines dispositions du Code de la Santé Publique relatives à l'exercice de la pharmacie et son Décret n°55-1122 du 16 août 1955.

⁷¹⁸ OMS, WHO/EDM/DAP/99.2. Le document vise à accélérer l'introduction des médicaments essentiels génériques dans le marché pharmaceutique des pays de la zone franc et des pays associés, et ainsi améliorer la disponibilité et l'accessibilité financière des médicaments.

⁷¹⁹ Art 233-234 du code Burkinabé de la santé.

⁷²⁰ Article 9. V. aussi Décret N° 97-301/PRN/MSP du 6 Août 1997 fixant les modalités d'application de l'ordonnance n°97-002 du 10 janvier 1997 portant législation pharmaceutique au Niger, Article 2 notamment.

⁷²¹ Décret n°94-669 du 21 décembre 1994 portant conditions d'enregistrement et de dispensation des médicaments en Côte d'Ivoire, publié au Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire (JORCI), 1994.

⁷²² Ce texte remplace le Décret n° 95-009/P-RM du 11 janvier 1995 instituant un visa des produits pharmaceutiques en république du Mali, modifié par le Décret n° 01-232/P-RM du 06 juin 2001, tel que mis en application par l'arrêté interministériel n°95 2084/MSS-PA – MFC-MDRE.

396. Les avancées notables engendrées par le règlement n°06/2010/CM/UEMOA relatif aux procédures d'homologation des produits pharmaceutiques à usage humain dans les Etats membres de l'UEMOA, sont surtout le fruit de l'inspiration d'autres outils de communautarisation des réglementations pharmaceutiques, notamment la Directive 2001/83/CE⁷²³ de l'Union Européenne portant Code Communautaire du médicament dans l'Union Européenne. Le processus d'homologation de la réglementation pharmaceutique relatif à l'AMM mis dorénavant en place au niveau communautaire par l'UEMOA, permet de garantir la sécurité et la qualité des médicaments. Il permet, en outre, d'agir contre les menaces que font peser le phénomène des marchés illicites et la contrefaçon des médicaments sur la santé des populations des Etats membres de l'UEMOA.

B- La portée juridique des autorisations de mise sur le marché

397. Le régime des AMM apparaît comme étant la certification officielle, entre la santé publique et le droit de brevet, de la bonne qualité et de l'efficacité du médicament. En d'autres termes, l'AMM donne des garanties à l'exploitation commerciale de l'invention pharmaceutique. Toutefois, l'AMM pourrait être regardée comme une limitation dans l'intérêt de la santé publique de l'exploitation du brevet portant sur un produit pharmaceutique. En effet, les contours de la délivrance d'une AMM pourraient susciter des obstacles quant à la protection offerte par le droit de brevet dans la mesure où elle pourrait servir de prétexte au développement de la contrefaçon de médicaments brevetés.⁷²⁴ Cette légèreté pourrait s'expliquer par une absence de collaboration entre les autorités nationales de réglementation pharmaceutique des Etats membres de l'UEMOA et l'OAPI au sujet de la validité du brevet ou même de la marque du médicament pour lequel une AMM est sollicitée. Il faut noter qu'au niveau des administrations chargées du médicament dans chacun des pays de l'UEMOA, aucune information sur les brevets et les marques de médicaments n'est disponible. Il va sans dire que ces informations ne sont pas prises en compte dans l'examen des dossiers d'enregistrements et d'homologation des médicaments mis à la consommation de la population des Etats membres de l'UEMOA. Ainsi, les contrefacteurs pourraient abuser de cette situation pour introduire des médicaments contrefaisants sur le territoire d'un pays quelconque de l'espace UEMOA. Une

⁷²³ Directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain; JOCE du 28 novembre 2001.

⁷²⁴ L. FREIDHL, « La commercialisation des inventions brevetées. Les besoins économiques, in Protection et exploitation de la recherche pharmaceutique », Journées de Lyon, 5-6 avril 1979, coll. du CEIPI n° 28, Litec 1980, p. 140.

meilleure collaboration entre les administrations nationales de contrôle de médicaments et l'OAPI permettrait d'améliorer les mécanismes de contrôle de la qualité, des coûts et des circuits de distribution des produits pharmaceutique. Mais, puisque l'intérêt de la santé publique devrait en principe toujours prévaloir sur l'intérêt particulier, il a finalement été admis que la délivrance d'une AMM dont l'objectif serait de faciliter l'entrée sur le marché de génériques ne devrait pas constituer d'actes de contrefaçon. Ainsi, par exemple, les essais effectués en vue de s'assurer de la bioéquivalence d'un générique en vue de l'obtention d'une AMM peuvent être considérés comme étant couvert par l'exception d'utilisation expérimentale prévue par l'article 8 alinéa 1c) de l'annexe 1 de l'Accord de Bangui, acte de 1999.⁷²⁵ Il en sera de même dans l'hypothèse de l'utilisation de l'exception d'exploitation anticipée ou exception Bolar⁷²⁶ ou l'AMM pourrait être délivrée pour la version générique d'un médicament breveté alors même que ce dernier n'est pas encore tombé dans le domaine public.⁷²⁷ De toute évidence, la commercialisation de la version générique ne pourra s'effectuer qu'à l'expiration du brevet portant sur le médicament protégé. Il convient d'ajouter que la délivrance d'une AMM n'engage pas la responsabilité des autorités sanitaires quant à l'exercice du droit de brevet. C'est plutôt la responsabilité de celui qui est à l'origine de la demande, comme le prévoit à juste titre ce document juridique (AMM), qui est engagée. En effet, ce document très important, lorsqu'il est délivré, peut valablement engager tant la responsabilité civile que pénale du fabriquant vis-à-vis de l'autorité de réglementation en cas de faute. Il importe toutefois de remarquer que l'AMM n'offre qu'une protection très limitée puisque dès son obtention pour un produit pharmaceutique, ce dernier est tout simplement appréhendé comme un produit ordinaire.

398 Le tamis de l'AMM bien qu'effectif est insuffisant pour lutter efficacement contre la contrefaçon à cause principalement de la multiplication désordonnée des circuits parallèles illégaux de distribution de médicaments.⁷²⁸ Ce sont malheureusement parfois des personnes sensées protéger les populations, les gouvernants, les hommes d'affaires, les professionnels de

⁷²⁵ Art 8 al 1 c) de l'annexe I de l'Accord de Bangui, Acte du 24 février 1999.

⁷²⁶ La jurisprudence française, TGI Paris. 12 octobre 2001. *PIBD* 2002 n°739, III, p. 155 et la loi suisse sur le brevet (Article 9 alinéa 1 c), LBI) l'admettent expressément.

⁷²⁷ Article 28 alinéa I de l'Accord sur les ADPIC ; Article 7 m fine de l'annexe 1 de l'Accord de Bangui révisé de 1999.

⁷²⁸ Il y a une incapacité des organismes de réglementation à éliminer la vente désordonnée ou sauvage encore le « commerce chaotique des médicaments » (OLIKE CHINWENDU, dans sa thèse contre les faux médicaments au Nigéria). Il s'agit notamment des personnes qui vendent des médicaments sans en avoir l'autorisation, dans la rue, dans les kiosques ou sur les marchés. Finalement, on se retrouve avec parfois plus de soixante pour cent de médicaments non homologués, mais vendus dans certains Etats comme la Guinée ou le Nigéria : B. FAURAN, *Les enjeux de la lutte contre les faux médicaments*, op cit.

la santé etc, qui sont impliquées dans le commerce de faux médicaments.⁷²⁹ Dans le courant de l'année 2016 au Togo, une importante saisie de produits pharmaceutiques contrefaisants a été opérée au port autonome de Lomé. Contre toute attente, une mainlevée a été ordonnée pour que les médicaments contrefaisants soient remis sur le marché. Cette pratique courante qui met en danger la vie des populations est malheureusement très courante dans les Etats membres de l'UEMOA. Il est donc clair au regard de ce qui précède que le souci du législateur UEMOA devrait être résolument tourné vers la préservation et la protection de la santé des consommateurs de produits pharmaceutique dans la sous-région.

Section 2 : La politique d'intégration de la médecine traditionnelle dans les législations de santé publique des Etats membres de l'UEMOA

399. Les options prises dans le domaine de la santé relèvent de choix politiques globaux et des enjeux sociaux importants. En réalité, tous ces choix ne peuvent être efficaces que lorsqu'ils peuvent s'inscrire durablement dans un cadre juridique. En effet, la cohabitation entre le droit et la santé est souvent problématique⁷³⁰, il n'en demeure pas moins qu'il reste le moyen le plus concret d'assurer une protection dans l'intérêt des utilisateurs. Ceci est d'autant plus vrai pour les politiques générales de santé mises en place dans le cadre du droit de la santé national (**paragraphe 1**) que pour le cadre juridique (**paragraphe 2**) mis en place dans les Etats membres de l'UEMOA.

Paragraphe 1 : La politique générale mise en place dans le cadre du droit de la santé

400. Le droit de la santé est un droit large auquel il est difficile d'assigner des limites précises⁷³¹. Il intègre des éléments relevant de disciplines telles que le droit humanitaire, les droits de l'homme, le droit social, le droit économique, le droit du travail, le droit de l'environnement, etc.

⁷²⁹ Il est important de rappeler la suspension de l'Ordre des Pharmaciens de la république du Bénin au mois d'Avril 2018 pour deux ans suite à la découverte d'un véritable réseau de distribution de faux médicaments dont l'un des investigateurs est député à l'Assemblée Nationale et son épouse.

⁷³⁰ A. DEMICHEL, « Médecine et droit : bilan provisoire d'une cohabitation problématique », in *Etudes offertes à Jean-Marie AUBY, D.*, 1992, pp. 705-725.

⁷³¹ *Ibidem*, pp. 705-725.

401. Sur des aspects qui sont directement liés à la santé, le droit de la santé intègre la réglementation des actions concernant l'objectif de santé, interdiction, incitation, police administrative de santé d'une part, et se subdivise en droit médical, droit pharmaceutique, droit hospitalier, d'autre part.⁷³² Chacune de ces disciplines incluses dans le droit de la santé comprend des textes juridiques de plus en plus nombreux et complexes. Leur énumération et leur analyse échappent donc à l'objet de la présente étude⁷³³. En effet, l'on peut concevoir la notion de politique de santé suivant deux perspectives : la santé en tant qu'objet politique⁷³⁴(A) et la nécessité de l'amélioration du statut de la médecine et de la pharmacopée traditionnelle dans les législations de santé publique nationale (B).

A- La santé en tant qu'objet politique

402. Il faut noter qu'il revient *in fine* aux Etats de définir le cadre d'action nécessaire à la protection de la santé humaine peu importe le type de soins. La définition des politiques de santé prend en compte les différents aspects de la question. *En tant qu'objet politique*, le choix des systèmes de santé est lié aux politiques des Etats qui choisissent de développer prioritairement les villes par rapport aux zones rurales⁷³⁵ ou qui privilégient tel aspect de la médecine par rapport à tel autre. Ainsi, la médecine traditionnelle avec ses herboristes, ses marabouts, ses guérisseurs, ses devins, a longtemps été ignorée plutôt que condamnée par les autorités sanitaires coloniales puis nationales. Mais, de plus en plus, on assiste tant du côté de l'OMS que du côté de certains Etats africains à un processus de reconnaissance officielle et d'évaluation scientifique. Ce qui traduit une progression ou plutôt, une modification du regard des autorités sanitaires étatiques et internationales sur la pratique et l'importance de l'encadrement juridique de la médecine traditionnelle.

⁷³² M. BELANGER, « Réflexion sur la réalité du droit international de la santé », *RQDI*, 1 985, p. 57.

⁷³³ *Ibidem*, p. 25.

⁷³⁴ D. FASSIN, « Les enjeux politiques de la santé, Etudes sénégalaises », *Equatoriennes, Annales*, 2001, pp. 2 et ss., disponible sur le site internet suivant : [http : //www.politique-africaine.com/numeros/pdf/028002.pdf](http://www.politique-africaine.com/numeros/pdf/028002.pdf).

⁷³⁵ D. FASSIN, *La santé, un enjeu politique*, *op. cit.*, p. 2

B - La nécessité de l'amélioration du statut de la médecine et de la pharmacopée traditionnelle dans les législations de santé publique

403. L'intégration de la médecine traditionnelle dans les systèmes de santé publique constitue l'un des défis auxquels sont confrontés les PED, en particulier les Etats membres de l'OAPI. Les difficultés relatives à cette intégration aux niveaux nationaux s'expliquent d'après l'OMS par plusieurs raisons : le manque de reconnaissance officielle de la médecine traditionnelle et des prestataires de cette médecine ; l'absence d'intégration aux systèmes nationaux de soins de santé, le manque de mécanismes réglementaires et juridiques, la distribution peu équitable des bénéfices des connaissances et des produits de la médecine traditionnelle, l'attribution inadéquate des ressources pour le développement et l'augmentation des capacités de la médecine traditionnelle⁷³⁶. A cela, il faut ajouter le manque de formation pour les prestataires de la médecine traditionnelle et de formation à la médecine traditionnelle pour les praticiens de la médecine moderne ; le manque de communication entre les tradipraticiens et les médecins modernes et entre ces derniers et les consommateurs ; le manque d'information publique sur l'usage rationnel de la médecine traditionnelle⁷³⁷.

404. Quelles que soient les raisons invoquées, le constat général qui se dégage est qu'il serait nécessaire d'améliorer la protection de la médecine traditionnelle dans les législations de santé publique en la faisant sortir d'un statut de non droit. En particulier, il conviendrait de noter que le cadre juridique existant sur la médecine traditionnelle dans les pays membres de l'UEMOA varie d'un Etat à un autre.

Paragraphe 2 : Un cadre juridique existant dans les pays membres de l'UEMOA

405. L'analyse du document stratégique de l'OMS pour la médecine traditionnelle permet d'établir qu'il existe dans certains pays de l'espace OAPI un cadre légal pour la médecine traditionnelle, un organisme national d'administration et de coordination, des associations de tradipraticiens, un registre de tradipraticiens ou même un budget national de médecine

⁷³⁶ Ceci est valable sur les plans nationaux comme sur le plan international. Sur des aspects touchant au droit international de la santé.

⁷³⁷ G. MEMENTEAU, « Droit médical et déontologie : suggestion prudente en faveur d'un rapprochement », in *études offertes à Jean*, 1986, *op. cit.*, p.9. Marie AUBY, *D.*, 1992, pp.747-770.

traditionnelle⁷³⁸. Ce qui traduit la prise de conscience et partant le recul de la stigmatisation de la médecine traditionnelle par les autorités étatiques. C'est le cas notamment du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, du Mali, de la Mauritanie, du Niger et du Sénégal. Cependant, seulement quatre de ces pays prévoient un cadre légal d'exercice de la médecine traditionnelle se traduisant par l'existence d'un texte juridique réglementant la pratique. Ce sont le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Mali et le Niger. Une autre enquête réalisée par l'OMS en 2001 sur le statut juridique de la médecine traditionnelle indique que sur 44 pays Africains enquêtés, 61% disposent de statut juridique concernant la médecine traditionnelle. Cependant, même avec le statut juridique en place, des politiques nationales ne sont pas toujours mises en application. Un mandat, souvent de certification ou d'autorisation, est assigné à une autorité gouvernementale locale sans uniformité nationale⁷³⁹.

406. A l'observation, l'on peut dire que le Mali présente en matière de protection juridique de la médecine traditionnelle le système le plus complet et le plus élaboré. Pour les autres pays, des efforts sont progressivement menés en vue d'une plus grande intégration de la médecine traditionnelle aux systèmes nationaux de santé, notamment par l'élaboration d'un cadre juridique approprié. Nous retiendrons en ce sens le cas de la Côte d'Ivoire.

A- Un système d'intégration juridique structuré et avancé de la médecine traditionnelle : Exemple du Mali

407. Le Mali a montré depuis 1968 une volonté de valorisation des médecines traditionnelles avec la création de l'Institut National de Phytothérapie et Médecine Traditionnelle, au sein de la section Recherche et Contrôle de la Division d'Approvisionnement Pharmaceutique. En 1973, cette structure devient l'Institut National de Recherche sur la Pharmacopée et la Médecine Traditionnelle (INRPMT) avec pour mission l'étude des plantes médicinales et tout autre produit ou procédé utilisé dans la médecine traditionnelle. L'INRPMT était placé sous l'autorité du Ministre chargé de la Santé Publique. En 1981, avec la création de l'Office Malien de Pharmacie, l'INRPMT devient Division Médecine Traditionnelle.

⁷³⁸ Sur l'étendue des actes du pharmacien et sa responsabilité, V. A. DEMICHEL, *op. cit.*, pp. 73-97.

⁷³⁹ V. KUITCHE KAMGOUI, *Op. cit.*, p. 62.

408. En 1986, la Division Médecine Traditionnelle devient le Département Médecine Traditionnelle (DMT) et est rattachée à l'Institut National de Recherche en Santé Publique. Le DMT comprend un service des sciences médicales, un service de sciences pharmaceutiques et un service de l'ethnobotanique et matières premières. C'est un Centre Collaborateur de l'OMS en matière de médecine traditionnelle depuis 1981. Il est chargé des activités de recherche médicale et pharmaceutique dans les domaines de la médecine et pharmacopée traditionnelles, de l'élaboration de la pharmacopée et des formulaires, de la production des Médicaments Traditionnels Améliorés et de la promotion de la médecine traditionnelle (*Décret n° 168/PG-RM du 29 mai 1986 et Loi n° 93-014 du 11 février 1993*).⁷⁴⁰

409. Les Médicaments Traditionnels Améliorés (MTA) sont des médicaments à base de plantes issues des pharmacopées traditionnelles dont la composition chimique a été testée. Ils ont fait l'objet de tests de toxicité sur des animaux et des études scientifiques ont évalué leur efficacité thérapeutique. Leur production est contrôlée. La notion de MTA d'abord adoptée au Mali, puis dans d'autres pays africains, occupe une place importante dans la politique malienne en matière de médecine traditionnelle. Ainsi, l'ossature des instruments portant sur la médecine traditionnelle au Mali comprend entre autres le *Décret n° 94-282/P-RM du 15 Août 1994*⁷⁴¹ portant organisation de l'ouverture des cabinets privés de consultations et de soins traditionnels, d'herboristeries et d'unités de production de médicaments traditionnels améliorés et l'Arrêté N° 95-1319/MSS-PA/SG du 22 juin 1995⁷⁴² fixant les règles d'organisation et de fonctionnement de cabinets privés de consultation et de soins traditionnels, d'herboristeries et d'unités de production de médicaments traditionnels améliorés. L'on citera plus récemment le *Document de Politique Nationale de Médecine Traditionnelle*, adopté par le Gouvernement du Mali le 12 octobre 2005⁷⁴³.

⁷⁴⁰ Décret n° 168/PG-RM du 29 mai 1986 et Loi n° 93-014 du 11 février 1993 portant création, organisation et fonctionnement de la médecine et de la pharmacopée traditionnelle du Mali.

⁷⁴¹ Le décret n° 94-282/P-RM du 15 Août 1994 portant organisation de l'ouverture des cabinets privés de consultations et de soins traditionnels, d'herboristeries et d'unités de production de médicaments traditionnels améliorés.

⁷⁴² L'Arrêté N° 95-1319/MSS-PA/SG du 22 juin 1995 fixant les règles d'organisation et de fonctionnement de Cabinets privés de consultation et de soins traditionnels, d'herboristeries et d'unités de production de médicaments traditionnels améliorés

⁷⁴³ Adoption d'un document de politique nationale le 12 Octobre 2005.

B - Un système d'intégration juridique de la médecine traditionnelle en construction : Exemple de la Côte d'Ivoire

410. La Côte d'Ivoire offre un système de protection très faible de la Médecine traditionnelle dans son environnement sanitaire. La mise en place du Programme National de Promotion de la Médecine Traditionnelle (PNPMT) par l'arrêté n°09/MSP du 28 décembre 2001⁷⁴⁴, marque la volonté pour la Côte d'Ivoire de se doter d'une réglementation relative à l'organisation et au fonctionnement de la médecine traditionnelle, en général ; mais aussi et surtout à la production et la commercialisation des médicaments qui en sont dérivés. En effet, en dépit du fait que l'arrêté suscité assignait dès sa création plusieurs missions au PNPMPT dont notamment, la contribution à l'amélioration de la couverture des besoins sanitaires de la population par l'utilisation effective de la médecine et de la pharmacopée traditionnelles, l'élaboration d'une stratégie d'organisation et de promotion de la médecine traditionnelle, la réglementation en matière de médecine traditionnelle, le contrôle des pratiques thérapeutiques et l'usage du médicament traditionnel, établir un répertoire des tradipraticiens de santé et de pathologies. Dans la pratique, les autorités ivoiriennes accordent peu d'intérêt à l'intégration de la médecine traditionnelle dans son environnement juridique sanitaire. Or, la prise en compte effective des médicaments issus de la médecine traditionnelle par un corpus réglementaire spécifique suppose un ajustement conséquent de la réglementation actuelle en Côte d'Ivoire. Cependant, à ce jour en dehors de l'arrêté susvisé, aucun texte législatif n'a été édicté par les autorités ivoiriennes en vue de l'intégration de la médecine traditionnelle dans l'ordonnancement juridique.

411. La nécessité de concevoir une réglementation des médicaments issus de la pharmacopée traditionnelle en Côte d'Ivoire, à l'instar de certains Etats membres de l'UEMOA, devra se caractériser, de notre point de vue, par un assouplissement des critères d'enregistrement des médicaments en aménageant un cadre favorable à un équilibre entre la législation simplifiée pour répondre à la fois à des besoins et la protection de santé publique. A ce titre, elle pourrait se baser, par exemple, sur la classification proposée par l'OMS.⁷⁴⁵ Il convient de noter que

⁷⁴⁴ L'arrêté n°09/MSP du 28 décembre 2001 relative à l'organisation et au fonctionnement de la médecine traditionnelle en Côte d'Ivoire.

⁷⁴⁵ Pour mémoire, les médicaments issus de la pharmacopée traditionnelle africaine sont classés en 4 catégories :

Catégorie 1 : médicaments préparés par le tradipraticien pour un patient donné ;

Catégorie 2 : médicaments communautaires et populaires avec des applications commerciales ;

Catégorie 3 : médicaments issus des travaux des instituts de recherche ;

Catégorie 4 : médicaments à molécules purifiées, assimilables aux spécialités pharmaceutiques ;

l'initiative de Libreville connaîtra un meilleur destin que celui de l'initiative de Bamako, qui tout comme son successeur avait nourri de grandes ambitions pour sa population.⁷⁴⁶ Celle-ci avait comme objectif majeur, la mise en place d'un système de gestion décentralisé au niveau des collectivités locales basées sur le recouvrement des coûts des actes médicaux et des médicaments. Cependant, l'agenda de l'initiative de Libreville n'a finalement jamais pu être réalisé sur le terrain en raison de la corruption.

412 L'harmonisation des législations relatives à la santé dans l'espace UEMOA appréhendée comme un moyen d'accès aux médicaments par les populations, a montré ses faiblesses qui favoriseraient l'introduction des médicaments contrefaisants dans le circuit légal de distribution des produits pharmaceutique. Face aux limites de l'harmonisation des législations communautaires⁷⁴⁷, nous allons envisager l'analyse des dérogations autorisées par l'Accord sur les ADPIC, comme une autre solution au problème de l'accès aux médicaments par les populations des Etats membres de l'UEMOA.

Ils ont tous le mérite de prendre en compte les différents aspects du débat sur la pharmacopée traditionnelle en tant que propositions d'offre de soins. Concernant les médicaments de la catégorie 1, une réglementation correcte de l'exercice de la médecine traditionnelle est suffisante pour prendre en compte les médicaments de cette catégorie.

⁷⁴⁶ V. RIDDE, « L'initiative de Bamako 15 ans après : un agenda inachevé », Washington, The International Bank for Recommendation and Développement/The World Bank, 2004, pp ; 40 ; disponible sur le site internet suivant : <http://siteressources.worldbank.org/HEALTHNUTRITIONANDPOPULATION/Ressources/281627->

⁷⁴⁷ V. supra n°361

CHAPITRE II : LA MISE EN ŒUVRE DES FLEXIBILITES DU DROIT OAPI

413 Les mécanismes de sauvegarde ou les dérogations aux règles de l'Accord sur les ADPIC ont pour but de préserver les intérêts d'ordre général sur les considérations économiques. Le conflit entre l'accès aux médicaments et le monopole mis en place par les brevets pharmaceutiques s'inscrit pleinement dans cette problématique. En effet, dans les Pays en Voies de Développement (PED) qui bénéficient d'une protection sociale structurée et efficace et/ou leurs ressortissants ont des revenus suffisants pour se fournir en médicaments et surtout de qualité, les brevets pharmaceutiques et les prix élevés qu'ils engendrent ne posent pas de problèmes majeurs. Toutefois, dans les Pays les Moins Avancés (PMA) où les Etats financent très peu le marché des médicaments, leurs populations sont souvent les plus affectées par les pandémies. L'avènement de ces dérogations s'avère donc salvateur pour la facilitation de l'accès aux médicaments de ces populations. Face au traitement de la question des exceptions en termes généraux par l'article 30 de l'accord sur les ADPIC, elles laissent ainsi la possibilité aux Etats membres de l'OMC de choisir entre les limitations non autoritaires de restriction (**Section 1**) et les exceptions autoritaires de restriction (**Section 2**).

Section 1 : Les limitations non autoritaires de restriction

414 Les exceptions directes aux droits exclusifs conférés par un brevet ou une marque sont celles qui s'appliquent sans l'autorisation spécifique d'un tribunal ou d'une administration et en faveur de n'importe quel tiers. Leur mise en œuvre dans les PMA peut être extrêmement importante pour encourager l'innovation, promouvoir le transfert de technologies et surtout faciliter l'accès à des produits en rapport avec la santé au prix le plus bas possible. Nous avons tenté de les classer en deux groupes : les exceptions limitées aux droits exclusifs sur le brevet et la marque (**Paragraphe 1**) d'une part et les autres dérogations exclusives aux droits du breveté d'autre part (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les exceptions limitées aux droits exclusifs sur le brevet et la marque

415 En principe, le brevet confère à son titulaire le droit exclusif d'exploiter l'invention brevetée⁷⁴⁸ et d'en interdire l'exploitation par des tiers⁷⁴⁹. Au sens de l'article 7 alinéa 3 a) et b) de l'Annexe I de l'Accord de Bangui de 1999⁷⁵⁰, l'exploitation couvre les actes ci-après :

- Lorsque le brevet a été accordé pour un produit⁷⁵¹, la fabrication, l'importation, l'offre en vente et l'utilisation du produit, de même que la détention du produit aux fins de l'offrir en vente, de le vendre ou de l'utiliser;
- Lorsque le brevet a été délivré pour un procédé⁷⁵², l'utilisation du procédé ainsi que l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation, l'importation ou la détention aux fins précipitées du produit obtenu directement par le procédé objet du brevet.

Ces droits exclusifs sont reconnus sans préjudice du droit du titulaire d'un brevet de céder ou de transmettre par voie successorale le brevet et de conclure des contrats de licence⁷⁵³.

416 Cependant, des exceptions aux droits exclusifs du titulaire du brevet ont été prévues en vertu de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC. L'expression « *exceptions limitées* » a été précisée dans l'Affaire opposant le Canada à l'Union Européenne⁷⁵⁴. Elle signifie que les exceptions dont il s'agit ne doivent pas remettre en cause les principes auxquels elles font référence. Leur exercice est encadré par diverses modalités définies par les législations nationales. Elles n'entraînent qu'une « *petite atténuation des droits en question* ». ⁷⁵⁵ Les importations parallèles ne peuvent pas être intégrées comme exception aux droits exclusifs au

⁷⁴⁸ Article 7 alinéa 1 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui, Acte du 24 Février 1999.

⁷⁴⁹ Article 7 alinéa 2 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui, Acte du 24 Février 1999.

⁷⁵⁰ V. dans le même sens déjà, l'Article 1 alinéa 2 de l'annexe I de l'Accord de Bangui de 1977.

⁷⁵¹ L'Article 28 alinéa 1 a) de l'Accord sur les ADPIC prévoit en ce sens que le brevet confère des droits exclusifs consistant à : « *dans les cas où l'objet du brevet est un produit, empêcher des tiers agissant sans son consentement d'accomplir les actes ci-après : fabriquer, utiliser, offrir à la vente, vendre ou importer à ces fins ce produit* ».

⁷⁵² Article 28 alinéa 1 b) de l'accord sur les ADPIC : le brevet confère des droits exclusifs consistant à, « *dans les cas où l'objet du brevet est un procédé, empêcher des tiers agissant sans son consentement d'accomplir l'acte consistant à utiliser le procédé et les actes ci-après : utiliser, offrir à la vente, vendre ou importer à ces fins, au moins le produit obtenu directement par procédé* ».

⁷⁵³ Article 7 alinéa 4 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui 1999 ; Article 28 alinéa 2 de l'Accord sur les ADPIC.

⁷⁵⁴ WTO, Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products, Document WT/DS114/R, 17 March 20.

⁷⁵⁵ V. *ibidem* paragraph 7.30: "the word" "exception" by itself connotes a limited derogation, one that does not undercut the body of rules from which it is made. When a treaty uses the term "limited exception", the word "limited" must be given a meaning separate from the limitation implicit in the word "exception" itself. The term "limited exception" must therefore be read to connote a narrow exception – one which makes only a small diminution of the rights in question.

titre de cette disposition de l'Accord sur les ADPIC⁷⁵⁶. Dans cette perspective, le législateur OAPI les a consacrées. On notera que dans le cadre du droit multilatéral de l'OMC, l'article 6 de l'Accord sur les ADPIC pose le principe de la théorie de l'épuisement de droit (A) et adopte sur la question des importations parallèles (B), une approche originale relative au fait qu'elle désigne un bien qui n'a pas subi de contrefaçon alors qu'il est importé d'un autre pays sans l'autorisation du titulaire de droit.

A- La théorie de l'épuisement de droit

417. Cette règle de l'épuisement des droits est issue de la jurisprudence européenne⁷⁵⁷. C'est le jurisconsulte KOHLER qui a mis en évidence la théorie de l'épuisement des droits en vertu de laquelle le breveté perd toutes ses prérogatives commerciales à partir du moment où le produit breveté a été commercialisé par lui ou avec son consentement. En d'autres termes la commercialisation du produit entraîne l'épuisement du droit du breveté dans tous les pays de l'Union Européenne. C'est une entorse à la règle qui veut que le titulaire des droits ait la totale maîtrise des usages de son bien, et donc notamment de la distribution de celui-ci. Ce principe est expressément édicté dans l'Accord de Bangui à l'article 8 alinéa 1a) de l'Annexe I qui pose le principe de l'épuisement de droit en matière de brevet en ces termes « *les droits découlant du brevet ne s'étendent pas aux actes relatifs à des objets mis dans le commerce sur le territoire d'un Etat membre par le titulaire du brevet ou avec son consentement* ». Quant à l'article 7 alinéa 4 de l'Annexe III relatif au droit des marques « *l'enregistrement de la marque ne confère à son titulaire le droit d'interdire à un tiers l'usage de la marque en relation avec les produits qui ont été licitement vendu sous la marque sur le territoire national de l'Etat membre dans lequel le droit d'interdiction est exercé sous la condition que ces produits n'aient subi aucun changement* ». A l'analyse de ces deux textes, on déterminera successivement les conditions de la mise en œuvre de la théorie de l'épuisement (1), les différents régimes juridiques qui s'y rattachent (2), et les limites (3) afin d'éviter toutes sortes d'abus.

⁷⁵⁶ J. HALLER, « The legality of the parallel import of trade marked goods : a comparative analysis », University MC GILL, 2002.

⁷⁵⁷ CJCE, arrêt du 8 juin 1971, aff. 78-70, Deutsche-Grammophon, Rec. 1971 p. 487, indique pour la première fois ce principe d'épuisement de droits.

1- Les conditions de l'épuisement de droit

418 Pour que l'effet de l'épuisement de droit se produise conformément aux articles de l'Accord de Bangui susvisés, il faut réunir trois conditions essentielles : la nécessité du consentement préalable du titulaire de droit (**a**), un acte de mise en circulation des produits brevetés ou marqués (**b**), opéré dans un espace économique donné (**c**).

a – Le consentement préalable du titulaire de droit

419 Premièrement, l'épuisement ne joue pas si le titulaire de droit n'a pas effectué lui-même ou autorisé la première mise en circulation des produits marqués ou brevetés dans la zone économique. Le consentement à la mise en circulation dans la communauté est essentiel⁷⁵⁸, et conditionne l'effet d'épuisement. Si les produits proviennent d'un Etat tiers et sont importés par le titulaire de droit ou avec son consentement, alors l'effet d'épuisement se produit⁷⁵⁹. Si le titulaire a mis les produits marqués dans le commerce dans la communauté, l'épuisement joue peu importe qu'il ait consenti à leur commercialisation ultérieure dans ce marché.⁷⁶⁰ Peu importe aussi que le contrat de vente passé entre le titulaire de droit et un acheteur (s'il est établi dans le même espace économique) prévoit des restrictions à la revente. La violation d'un tel engagement n'intéressant que les parties, mais n'empêchant pas la libre circulation des produits concernés.⁷⁶¹ En revanche, le consentement fait défaut lorsque c'est un licencié qui viole les clauses de son contrat de licence⁷⁶². Le consentement du titulaire de droit étant acquis, nous verrons en quoi consiste l'acte de mise sur le marché d'un objet protégé par le droit de brevet ou de marque.

⁷⁵⁸ CJCE, 16 juillet 1998, « Silhouette », aff. C- 355/96, D. Aff. 1998, p.1592 ; Cass. Com. 20 février 2007, « Outils Wolf », *PIBD* 2007, n°852-III-339 ; Cass. Com., 26 janvier 1999, Bull. civ. IV n°27 p.22, D. Aff., 1999, p. 343.

⁷⁵⁹ CJCE, 20 mars 1997, « Phyteron », précité.

⁷⁶⁰ CJCE, 30 novembre 2004 « Peak Holding », aff. C- 16/03, Recueil I-11313, *Prop. Intell.* 2005, p. 187, obs, G. BONET.

⁷⁶¹ *Ibidem*.

⁷⁶² CJCE, 9 juillet 1985, aff. 19/84, « Pharmon c. Hoechst », Recueil, p.2281 ; *RDTE* 1986, p.281 et 293, obs. G. BONET ; D.1986, som. com. 134, obs. J.M. MOUSSERON et J SCHMIDT.

b- La nécessité d'un acte de mise sur le marché

420. Deuxièmement, il faut qu'il y ait eu mise en circulation des produits marqués ou brevetés, c'est-à-dire un acte de mise sur le marché qui transfère au tiers le droit de disposer des produits revêtus d'un droit de propriété industrielle et non une opération interne à l'entreprise (comme une importation en vue de la vente) ou une offre en vente qui n'a pas été suivie de vente effective de sorte que les produits protégés n'ont pas été mis en circulation.⁷⁶³ Selon la Cour de justice de l'union européenne, de tels actes ne permettent pas au titulaire de la marque, par exemple, de réaliser la valeur économique de celle-ci si bien qu'il conserve son intérêt au maintien d'un contrôle complet des produits revêtus de sa marque afin notamment d'assurer leur qualité.⁷⁶⁴ Après avoir procédé au transfert effectif des produits protégés sur le marché, il nous faut déterminer le lieu de leur mise en circulation.

c - Le lieu de la mise en circulation

421. Troisièmement, il faut que la première mise en circulation ait eu lieu dans un espace économique donné (OAPI ou union économique européenne), car il n'y a pas de principe d'épuisement international ou universel tant en matière de marque,⁷⁶⁵ que de brevet⁷⁶⁶ mais seulement un épuisement régional. Si les produits proviennent d'un Etat tiers et même s'ils y ont été mis en circulation par le titulaire de l'objet protégé ou avec son accord, celui-ci peut invoquer son droit pour empêcher ou subordonner à des conditions l'entrée dudit objet dans la zone économique. Le titulaire de droit possède en pareil cas un droit de suite et de contrôle jusqu'à l'acquéreur final. En revanche, la stipulation dans un contrat de vente passé entre le propriétaire de la marque ou du brevet et un tiers établi dans l'espace économique, d'une restriction territoriale interdisant la revente dans celui-ci, n'exclut pas qu'il y ait mis en circulation dans ce territoire et n'empêche pas l'effet d'épuisement, lorsque l'acquéreur a revendu les produits

⁷⁶³ CJCE, 30 novembre 2004, *Peak holding*, aff. C- 16/03, Recueil I, p.11313, *RDTCom.* 2005, p.74, obs, J. AZEMA : « (...) *Les produits revêtus d'une marque ne peuvent pas être considéré comme ayant été mis dans le commerce dans l'espace économique européen lorsque le titulaire de la marque les a importés dans l'espace économique européen en vue de les vendre en celui-ci ou lorsqu'il les a offert en vente à des consommateurs dans l'espace économique européen, dans ses propres magasins ou dans ceux d'une société apparentée, mais sans parvenir à les vendre.* »

⁷⁶⁴ CJCE, 30 novembre 2004, « *Peak holding* », *op. cit.*, (attendu n°42).

⁷⁶⁵ CJCE, 16 juillet 1998 « *Silhouette* », aff. C- 355/96, Recueil I, p.4799, *RTDE* 2000, p. 112, obs, G. BONET ; CJCE 11 novembre 1997, aff. C- 251/95, Recueil I, p. 6191, D. aff., 1998, p.32. Toutefois, la thèse de l'épuisement internationale a des partisans : colloque de Lausanne, *Conflit entre importation parallèle et propriété intellectuelle ?* éd. Droz 1996.

⁷⁶⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, p.316.

marqués ou brevetés dans cette même zone économique au mépris de cette clause.⁷⁶⁷ En effet, en vendant les produits protégés à un tiers dans la même zone économique, le titulaire a effectué une première mise en circulation sur ce territoire et, même si on peut le regretter, la jurisprudence communautaire fait jouer alors l'épuisement du droit puisque la restriction contractuelle bafouée vise la revente après une première mise sur le marché sur la zone économique. Le postulat ayant été posé, nous nous interrogerons sur la nécessité pour le législateur de consacrer un régime d'épuisement des droits de propriété intellectuelle.

2 - Les différents régimes rattachés à la théorie de l'épuisement des droits

422 Trois régimes sont rattachés à la théorie de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle : le régime de l'épuisement national **(a)**, celui de l'épuisement régional **(b)** et enfin le régime de l'épuisement international des droits **(c)**.

a- L'épuisement national des droits

423 Lorsque le principe de l'épuisement national du droit du brevet ou de marque est admis, le titulaire n'a pas le droit de contrôler l'exploitation commerciale des produits mis sur le marché national par lui-même ou avec son consentement. Il peut par contre s'opposer à l'importation de produits originaux commercialisés à l'étranger sur la base de son droit exclusif à l'importation conférée par le brevet ou la marque. Le droit exclusif du titulaire de droit sur les produits protégés s'épuise seulement suite à la première vente du produit ou de l'objet à l'intérieur des frontières nationales.

424 En réalité, *l'adoption d'un régime d'épuisement national du droit de brevet ou de marque correspond à une interdiction des importations parallèles*. Les pays qui suivent ce régime choisissent en fait d'isoler leur marché de la concurrence étrangère portant sur des produits protégés vendus aussi bien sur le territoire national qu'à l'étranger. Dès lors, le titulaire du droit ou celui qu'il autorise conserve l'exclusivité de la distribution des produits brevetés ou marqués avec la possibilité d'interdire les importations parallèles au besoin par des mesures à la

⁷⁶⁷ CJCE, 30 novembre 2004, « Peak Holding », aff. C-, Recueil I, p.11313 *RTD Com.* 2005 p. 74, obs. J. AZEMA.

frontière.⁷⁶⁸ L'on admet généralement que l'adoption d'un principe d'épuisement national est inappropriée pour les PED dans la mesure où il est rare que les produits brevetés ou marqués y soient présents en premier lieu⁷⁶⁹ et surtout parce que cela restreint les possibilités de choix des autorités nationales. Encore que même dans les pays développés où le principe est consacré, il existe de vives contestations. C'est le cas par exemple en Suisse.⁷⁷⁰ Le Tribunal Fédéral Suisse a décidé en 1999⁷⁷¹ d'appliquer le principe de l'épuisement national des droits aux brevets, révisant ainsi la position adoptée par le tribunal de commerce du canton de Zurich⁷⁷² qui avait adopté une position libérale consacrée par la jurisprudence fédérale en matière de droits d'auteurs et de marques.⁷⁷³ Cette décision avait suscité de vives inquiétudes en raison particulièrement du prix élevé des médicaments en Suisse⁷⁷⁴. Corrélativement, un débat très controversé s'est soulevé relativement à la pertinence d'un tel choix.⁷⁷⁵

⁷⁶⁸ K.R. MASKUS, "Parallel Imports in Pharmaceuticals: Implications for Competition and Prices in Developing Countries", Final Report to WIPO, 2001, p. 3.

⁷⁶⁹ F.M. ABBOTT and P.C. MAVROIDIS, "Fourth Report to the Committee on International Trade Law of the International Law Association", International Law Association, London, 2000, p. 19.

⁷⁷⁰ A l'inverse des Etats-Unis où tout écart au principe de l'épuisement national est considéré comme une grave violation du droit des brevets. Sur le cas des Etats-Unis, V. C.E. BARFIELD And M.A. GROOMBRIDGE, *op. cit.*, p. 199; M. BARRETT, "A Fond Farewell to Parallel Imports of Patented Goods: The United States and the Rule of International Exhaustion", *European Intellectual Property Review*. Vol. 24 (12), 2002, pp. 571-578; A. KASPER, "A View of the Parallel Imports Issue From an International Perspective", 1999, Available at http://www.sughrue.com/files/Publication/51080ce5-5e07-415e-98eb-lee3bl41aca9/Presention/PublicationAttachment/bb332de0-2005-48be-b0f4-1f5a991feabc/par_imports.htm.

⁷⁷¹ Tribunal Fédéral Suisse, ATF 126 III 129, Kodak SA c/Jumbo-Markt AG, 7 décembre 1999.

⁷⁷² Tribunal de commerce de Zurich, ZR 97 Nr. 1 12, arrêt Kodak, 23 novembre 1998.

⁷⁷³ Le principe appliqué en Suisse en matière de droits d'auteur et de droit des marques est celui de l'épuisement international des droits.

⁷⁷⁴ L'OCDE relève qu'en ce qui concerne les médicaments brevetés, les meilleurs prix en cours sur les marchés internationaux sont de 40% moins chers qu'en Suisse (OCDE, Note de synthèse sur les importations parallèles, Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence, document COM/DAFFE/COMP/TD(2002)18/FINAE, 2002 ; OECD, *Economy survey of Switzerland*, OECD, France, 2004, p. 144).

⁷⁷⁵ Le 24 janvier 2000, la Commission pour l'économie et les redevances du Conseil national (CER-CN) a invité le Conseil fédéral à lui présenter une vue d'ensemble de la problématique sur les importations parallèles. Dans son rapport du 8 mai 2000 sur les importations parallèles et le droit des brevets, le Conseil fédéral est arrivé à la conclusion que la question des effets économiques d'un changement du système d'épuisement national vers le système d'épuisement international ne pouvait pas être résolue pour l'instant et qu'une décision à ce sujet ne devait pas être prise prématurément. Compte tenu des circonstances, il s'est prononcé en faveur du régime actuel d'épuisement national dans le droit des brevets. Il s'est toutefois déclaré prêt à apporter d'autres éclaircissements sur la problématique de l'épuisement. Un 2^e rapport du Conseil Fédéral Suisse datant de 2002 (faisant suite au rapport précédent daté de 2000, Importation parallèle et droit des brevets. Rapport du Conseil fédéral en réponse à la question de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national du 24 janvier 2000) souligne que l'adoption d'un régime d'épuisement international des droits serait justifiable et économiquement positif pour la Suisse (Importations parallèles et droit des brevets, Rapport du conseil fédéral Novembre 2002, p. 5). Dans le cas des médicaments et des biens de consommation pris en considération, un changement de Régime dans le droit des brevets devrait entraîner, pour un volume de 2,7 à 4,5 milliards de francs et sur la base des prix de détail, une réduction des prix de 6% à 11 %. Dans le même temps, il faut s'attendre à une réaction des clients à cette réduction des prix (élasticité-prix), qui devrait se traduire par une augmentation de la demande pour ces produits comprise entre 11 et 131 millions de francs (*Ibid*, p. 10). Toutefois, relève le rapport, cette introduction de l'épuisement international n'aurait qu'un effet bénéfique minime sur l'ensemble de l'économie puisqu'elle induirait une croissance supplémentaire du produit intérieur brut (PIB) de seulement 0,0% à 0,1%. « Cela ne suffirait pas à contrebalancer les signaux politiques négatifs ». L'idée a été émise d'opter pour un système différencié qui tiendrait compte de la

Quoiqu'il en soit, le mouvement actuel ne sembla pas aller dans le sens de l'adoption d'un régime international ni régional en Suisse. Dans ce dernier cas d'ailleurs, le choix est évidemment justifié par le fait que la Suisse n'est pas membre de l'Union européenne.

b - L'épuisement régional des droits

425. Lorsqu'un pays a opté pour un régime d'épuisement régional de brevet ou de marque, le droit est épuisé après la première mise en circulation du produit sur le marché de l'un des pays dans ladite région. Dans cette hypothèse, les importations parallèles sont autorisées entre les pays d'une même région, mais ne le sont pas lorsqu'elles proviennent de pays extérieurs à ladite région. A priori, ce régime favoriserait le commerce des médicaments entre les pays appartenant à la même région, géographiquement rapprochés et ayant des niveaux de développement économique

particularité de certains produits, notamment les médicaments. Cependant, le rapport note que le système de l'épuisement différencié dans les produits apporte un bénéfice encore plus faible à l'ensemble de l'économie que l'épuisement international puisque l'épuisement national continuerait d'être appliqué à certains groupes de produits. Les divers titulaires de brevets ne seraient en outre pas sur un pied d'égalité et le signal envoyé aux entreprises sises en Suisse et actives dans la recherche serait négatif. Elles pourraient interpréter le passage partiel au régime de l'épuisement international comme une intention politique d'accorder moins d'importance à la protection des biens immatériels. La Suisse pourrait alors perdre de son attrait comme place économique. Le rapport note également que l'introduction d'un principe d'épuisement international dans le domaine pharmaceutique poserait un problème quant à la réglementation du marché des médicaments en raison des mesures de sauvegarde qui leur sont particulières. En outre le maintien du régime de l'épuisement national des droits rend en principe possible les réductions de prix en faveur des pays pauvres tout en rassurant les industries pharmaceutiques de ce que ces produits ne seront pas retournés sur le marché suisse ou dans d'autres pays développés. Etant donné que le Conseil fédéral a qualifié, dans son rapport du 29 novembre 2002, l'épuisement régional d'option envisageable, plusieurs interventions parlementaires ont exigé qu'il envisage l'ouverture de négociations avec l'Union européenne (UE) en vue d'élargir l'épuisement régional dans le droit des brevets à la Suisse sur la base de la réciprocité. Le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à établir un rapport d'ici la fin de l'année 2004. Dans son 3^e rapport (Importations parallèles et droit des brevets : Epuisement régional Rapport du Conseil fédéral du 3 décembre 2004), le Conseil fédéral estime qu'il n'est pas souhaitable, pour l'heure, d'engager des négociations séparées avec l'UE dans le but d'inscrire le principe de l'épuisement régional réciproque dans le droit des brevets au moyen d'un accord bilatéral particulier. Le passage de l'épuisement national à l'épuisement régional en matière de droit des brevets par rapport à l'UE entraînerait une croissance supplémentaire du PIB minime qui ne compense pas les inconvénients encourus. Il soutient qu'au vu du caractère limité de l'effet positif sur l'augmentation du bien-être des consommateurs, l'engagement de négociations ne se justifie pas, d'autant plus qu'elles risquent d'être étendues aux droits de la propriété intellectuelle et à d'autres domaines politiques. De ce fait, le Conseil fédéral s'est à nouveau exprimé en faveur du maintien de l'épuisement national des brevets et d'une réglementation visant à empêcher le recours abusif à l'épuisement national pour les biens qui font l'objet d'une protection multiple. Cette position a été réaffirmée en 2007 (Message relatif à la modification de la loi sur les brevets (Choix, du régime de l'épuisement en droit des brevets), 21 décembre 2007). Le Conseil se déclare d'ailleurs favorable à l'introduction du principe de l'épuisement national dans la loi sur les brevets. Un argument fondamental à cette position est que la loi sur les cartels peut être utilisée comme correctif aux abus que pourrait être tenté de commettre le titulaire du brevet, notamment lorsqu'il sera constaté une énorme différence de prix entre les prix pratiqués, par la même entreprise, en Suisse et dans un autre pays de niveau économique - et ayant un système juridique - équivalent. Quoique, l'on considère que les correctifs contenus dans la loi sur les cartels sont limités en comparaison avec l'adoption d'un régime d'épuisement international des droits (OCED 2004, *op. cit.*, pp. 121-122). Sur la loi suisse sur les cartels, V. par exemple A. SCHALLER, « Annonce et procédure d'opposition selon la loi sur les cartels révisée (Article 49a alinéa 3 let. a LCart) », in W.A. STOFVEL und R. ZÄCH, *Kartellgesetzrevision 2003 : Neuerungen und folgen*, Schulthess, Zürich, 2004, 416, pp.169-184 ; S. VENTURI, « Propriété intellectuelle et révision de la loi sur les cartels : les importations parallèles sous la loupe », in W.A. STOFFEL und R. ZÄCH, *Kartellgesetzrevision 2003; Neuerungen und Folgen*, Schulthess, Zurich, 2004, 416 pp., pp.215-250.

similaires.⁷⁷⁶ Cependant, il présenterait également des inconvénients lorsque le prix pratiqué pour un médicament serait élevé dans la région par rapport à d'autres marchés plus favorables.

c- L'épuisement international des droits

426. Le principe de l'épuisement international signifie que le droit de brevet ou de marque est épuisé une fois que le produit a été commercialisé par le titulaire de droit ou avec son consentement dans n'importe quelle partie du monde. Les tiers peuvent donc l'importer si le prix pratiqué dans le pays étranger s'avère être plus avantageux que celui pratiqué dans l'espace national ou régional. L'épuisement international est la forme la plus permissive des importations parallèles. Certains auteurs voient dans l'épuisement international une limitation de l'objet du droit des brevets⁷⁷⁷. C'est que, plus le régime d'épuisement est restrictif à l'encontre des importations parallèles, plus la récompense est élevée.⁷⁷⁸ La récompense escomptée par le titulaire des brevets pourrait paraître insuffisante lorsqu'il estime que sans les importations parallèles, il ferait un chiffre d'affaires plus élevé.⁷⁷⁹ Cette insuffisance serait plus marquée lorsqu'aucun brevet ne protège l'invention dans le pays de la première mise en circulation (pays d'exportation) du produit, breveté dans le pays d'importation. Il en va de même lorsque le brevet n'a pas la même portée dans les pays d'exportation et d'importation ou lorsque le produit a été mis en circulation pour la première fois sur un marché dont le pouvoir d'achat est inférieur à celui existant dans le pays d'importation.⁷⁸⁰

427. A l'inverse, d'autres auteurs ont affirmé qu'il s'agit de la formule la plus avantageuse pour les PED.⁷⁸¹ Elle ouvre la voie à une amélioration de l'accès aux médicaments moins chers sans violer les règles du commerce international. Le principe de l'épuisement international du brevet serait le plus compatible avec l'encouragement de la concurrence et le bien-être général.⁷⁸² En outre, affirme le Professeur ABBOTT, il serait en conformité avec les règles de l'OMC, qui procèdent de l'idée de base que *l'élimination de toutes les barrières aux mouvements des biens et services à travers et dans les limites des territoires nationaux est bénéfique pour le bien-être*

⁷⁷⁶ K.E. MASKUS, *Sur la divergence entre les auteurs*, op. cit., p. 21.

⁷⁷⁷ K.E. MASKUS, *Sur la divergence entre les auteurs*, op. cit., pp. 18 et ss.

⁷⁷⁸ D.E. KRAUS, op. cit., p. 31.

⁷⁷⁹ *Ibidem*.

⁷⁸⁰ *Ibid.*

⁷⁸¹ S.F. MUSUNGU et C. OH, op. cit., p. 57; OMS 1999, op. cit., p.24.

⁷⁸² UNCTAD-ICTSD, op. cit., p.108.

économique global⁷⁸³. C'est à ces mêmes conclusions qu'aboutit le Professeur CORREA dans le récent commentaire qu'il fait de l'Accord sur les ADPIC : « *The exhaustion principle may be applied internationally, that is, by allowing parallel imports from any country. The recognition of a principle of international exhaustion in the TRIPS Agreement may be seen as a logical reflection of the globalization of the economy, It may help to ensure the competitiveness of local companies, which may be jeopardized if they were bound to buy inputs for their production exclusively from a local distributor that charged higher prices than in foreign markets. Likewise, the consumer should not be denied the right to buy legitimate products from foreign sources at lower prices, except where imported products present substantial differences in the quality or other essential features with respect to those locally available* ». ⁷⁸⁴

428 Dans une perspective d'accès aux médicaments à des prix abordables, nous partageons l'opinion d'après laquelle les importations parallèles ne devraient souffrir d'aucune restriction dans les PED. La faiblesse du tissu industriel pharmaceutique de ces pays justifie cette position dans la mesure où, en l'absence d'importations, l'approvisionnement du marché des PED serait peu ou pas assuré en produits accessibles compte tenu des revenus des populations.⁷⁸⁵ Plusieurs pays développés reconnaissent le principe de l'épuisement international du brevet. C'est le cas du

⁷⁸³ F.M. ABBOTT, "First Report (final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the Subject of Parallel Importation", *Journal of International Economic Law*, Vol. I, Issue 4, 1998, p. 661.

⁷⁸⁴ C. CORREA, 2007, *op. cit.*, p. 79. V. la transcription en langue française de ce passage du Professeur CORREA « Le principe de l'épuisement peut être appliqué au niveau international, c'est-à-dire en autorisant les importations parallèles de tout pays. La reconnaissance d'un principe d'épuisement international dans l'Accord sur les ADPIC peut être considérée comme le reflet logique de la mondialisation de l'économie, elle peut contribuer à assurer la compétitivité des entreprises locales, qui pourrait être mise en péril si elles étaient tenues d'acheter des intrants pour leurs productions exclusivement auprès d'un distributeur local qui facturait des prix plus élevés que sur les marchés étrangers. De même, le consommateur ne devrait pas se voir refuser le droit d'acheter des produits légitimes de sources étrangères à des prix inférieurs, sauf lorsque les produits importés présentent des différences substantielles de qualité ou d'autres caractéristiques essentielles par rapport à ceux disponibles localement ».

⁷⁸⁵ En 2001, pour justifier la négociation d'accords bilatéraux de réduction du coût des antirétroviraux avec les firmes pharmaceutiques au Gabon, les autorités du Ministère de la santé ont évoqué « le fait que le Gabon ait signé la Convention de Bangui révisé portant sur les brevets et licences en général. Et que du fait de la signature de cette convention, il devient impossible d'importer, sous leur forme générique, les ARV et les médicaments récents pour les infections opportunistes comme le fluconazole, qui sont déjà sous brevet dans le pays ». Elles regrettent qu'à l'occasion de la révision de l'Accord de Bangui, le pays ne se soit pas réservé le choix de l'importation des médicaments sous forme de spécialité ou sous forme générique. Analysant cette prise de position, M. Paulin EDOU EDOU souligne qu'elle traduit la réalité « qu'une véritable concertation nationale n'a pas eu lieu au Gabon et probablement dans les autres Etats membres en vue de l'adoption de l'Accord de Bangui révisé ». V. P. EDOU EDOU, *Les incidences de l'Accord ADPIC sur la protection de la propriété industrielle au sein de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI)*, thèse de Doctorat en droit privé, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2005, p. 418. Ce constat nous conforte dans l'opinion que l'élaboration du droit OAPI des brevets s'est bâtie sur des fondements théoriques ne reflétant pas les aspirations socio-économiques réelles des Etats membres de l'espace communautaire.

Royaume Uni,⁷⁸⁶ du Japon,⁷⁸⁷ d'Israël et de la Nouvelle Zélande.⁷⁸⁸ Un plus grand nombre encore de PED l'ont consacré.⁷⁸⁹ *C'est le cas en Afrique, de l'Afrique du Sud,*⁷⁹⁰ *du Kenya,*⁷⁹¹ *de la Tunisie,*⁷⁹² *en Amérique Latine, l'on citera par exemple le Groupe Andin*⁷⁹³, *l'Argentine*⁷⁹⁴, *le Brésil*⁷⁹⁵, *le Nicaragua*⁷⁹⁶ *et le Panama*⁷⁹⁷. *En Asie, l'on a par exemple l'Inde*⁷⁹⁸, *la Malaisie*⁷⁹⁹ *et la Thaïlande*⁸⁰⁰. Dans l'ensemble, que les Etats aient choisi le régime de l'épuisement national, régional ou international, les dispositions de l'OMC ne permettent pas à priori de déduire une violation des règles internationales du commerce, tant son approche est flexible.

3 - Les limites de l'épuisement de droit

429. Des motifs légitimes peuvent justifier que des titulaires de droit s'opposent à la commercialisation de produits après leur mise en circulation. Ce qui implique que l'effet d'épuisement soit écarté. En d'autres termes, il y a des hypothèses où des circonstances vont justifier qu'on fasse exception à la règle de l'épuisement. L'épuisement de droit tend à développer la libre circulation des marchandises en favorisant les importations parallèles. Ce qui permet d'encourager la concurrence et la recherche d'un abaissement des prix. Encore faut-il que

⁷⁸⁶ Sous l'autorité de la Common Law anglaise, les importations parallèles sont admises lorsque le brevet a été commercialisé avec le consentement du titulaire local du brevet, à moins que ce dernier ait clairement stipulé des restrictions C. HEATH, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁸⁷ La jurisprudence japonaise (Cour Suprême du Japon, BBS Wheels III, 1^{er} juillet 1997, 29 1IC 331 (1998)) a clairement établi que le principe au Japon est celui de l'épuisement international du brevet, sauf stipulations contraires explicitement exprimées dans des dispositions contractuelles ou si dans le pays d'exportation le produit breveté fait l'objet d'une réglementation de prix. V. K.E. MASKUS and Y. CHEN, "Vertical Price Control and Parallel Imports: Theory and Evidence", World Bank, Policy Research Working Paper 2461, 2000; NAKO NANA O, KOYAMA TAKAHIRO and SUDO HIROMI, "Decisions on Parallel Imports of patented goods", JLT. Vol. 36. No 4 1996, pp. 567-588; Third World Network (TVN), Manual on Good Practices in Public-Health-Sensitive Policy Measures and Patent Laws, Third World Network, Penang, 2003, p. 42.

⁷⁸⁸ J. PUSTEJOVSKY, *op. cit.*,

⁷⁸⁹ S.F. MUSUNGU et C. OH, *op. cit.*, pp. 52 et ss.

⁷⁹⁰ Ainsi que nous l'avons souligné plus haut, ce fut l'une des pommes de discorde qui donna lieu au conflit entre le gouvernement sud-africain et les industries pharmaceutiques en 1997, Section 15C of the Medicines and Related Substances Control Act No. 90 as Amended in 1997.

⁷⁹¹ Article 58 alinéa 2 de la loi Kényane de la propriété intellectuelle de 2001, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2002.

⁷⁹² Article 47 de la loi Tunisienne n°2000/84 du 24 août 2000 sur les brevets.

⁷⁹³ Article 54 du Régime commun concernant la propriété industrielle de l'accord de Carthagène/Communauté Andine. Décision 486 du 14 septembre 2000. Notons que l'accord de Carthagène est une convention d'intégration sous régionale regroupant 5 pays d'Amérique Latine : la Bolivie, la Colombie, l'Equateur, le Pérou et le Venezuela.

⁷⁹⁴ Article 36 (c) de la loi argentine des brevets du 30 mars 1995.

⁷⁹⁵ Article 68 alinéa 4 du code brésilien de la propriété industrielle de 1996.

⁷⁹⁶ Article 47 de la loi nicaraguayenne n°354 du 19 septembre 2000 sur les brevets d'invention, les modèles d'utilité et les dessins et modèles industriels.

⁷⁹⁷ Article 19 alinéa 3 de la loi panaméenne n° 35 du 10 mai 1996 portant réglementation de la propriété industrielle.

⁷⁹⁸ Section 58A of the Malaysian Patent Act of 1983 amended in 2000.

⁷⁹⁹ Section 107 A (b) of the Indian patent law amended in 2005.

⁸⁰⁰ The Patent Act dated 2000. For more explanations, see K. BOONFUENG, "Parallel Imports in Pharmaceuticals: Increase Access to HIV Drugs", Thailand Law Forum, Volume 9, Issue 2, 2006.

la mise en œuvre de cet objectif se concilie avec la protection des intérêts légitimes des titulaires de droits et avec ceux des clients. Lorsqu'un produit marqué est mis en circulation avec l'accord du propriétaire de la marque par exemple, et fait ensuite l'objet d'un reconditionnement, la Cour de justice, à propos d'importations parallèles de médicaments reconditionnés, admet que l'importateur puisse reconditionner les produits et réapposer la marque d'autrui sans avoir besoin de son autorisation. Ce qui s'explique par la volonté d'empêcher les restrictions déguisées à la libre circulation⁸⁰¹. Encore faut-il qu'il en avertisse le titulaire de la marque préalablement à toute commercialisation et qu'il précise sur les produits, l'identité de celui qui a procédé à ce reconditionnement.⁸⁰²

B- Le mécanisme des importations parallèles

430. La reconnaissance du mécanisme des importations parallèles dépend largement de celle de la théorie de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle (1). Il conviendrait donc d'analyser le mécanisme des importations parallèles dans la perspective de l'accès aux médicaments dans l'espace OAPI (2).

1- Les importations parallèles et la théorie de l'épuisement des droits

431. La reconnaissance des importations parallèles répond à un besoin en matière de santé publique, c'est-à-dire l'accès aux médicaments à des prix abordables (a). Cependant, l'étendue de sa mise en application dépend largement de la théorie de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle pour laquelle le droit de l'OMC a voulu adopter une approche souple (b).

a- Un mécanisme favorisant l'accès aux médicaments à des prix abordables

432. L'importation parallèle renvoie à une importation effectuée sans l'autorisation du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, d'un produit protégé, commercialisé à l'étranger par le titulaire du brevet lui-même ou par une personne dûment autorisée. Le titulaire du droit de brevet

⁸⁰¹ CJCE, 23 mai 1978, « Hoffmann-Laroche », Aff. 102/77, Recueil p.1139 ; CJCE, 10 octobre 1978, « Centrafarm », Aff. 3/78, Recueil, p.1823 ; CJCE, 3 décembre 1981, « Pfizer », Aff. 1/81, Recueil p.2913, *RTDE*, 1982, p.166, obs.

⁸⁰² CJCE, 22 décembre 2008, « The wellcome foundation c. Paranova » Aff. C. 276/05, Rec. I, p.10479, *PIBD* 2009, n°895-III-10005.

a le droit exclusif d'exploiter et de commercialiser son produit. Le mécanisme des importations parallèles renvoie donc à l'importation de produits en dehors des réseaux de distribution dûment négociés par le titulaire du brevet ou celui que celui-ci autorise. Concrètement, par ce mécanisme une société peut acheter une machine brevetée vendue en France, puis la revendre au Cameroun où le même brevet est en vigueur sans l'autorisation du titulaire du brevet. Ou encore, supposons qu'une société 'A' commercialise un médicament breveté 'B' au Gabon et en Belgique, mais que le même produit soit moins cher en Belgique qu'au Gabon ; si une société 'C' achète le médicament breveté 'B' en Belgique pour l'importer et le commercialiser au Gabon à un prix moins élevé, l'on parlera dans ce cas d'importation parallèle.

433 La possibilité d'admettre les importations parallèles est d'une importance capitale pour la plupart des pays, développés ou en développement, qui ne cessent de faire face à l'augmentation des dépenses dans le domaine de la santé. La capacité d'un pays à développer des produits pharmaceutiques dépendant largement du degré de développement économique, l'on comprend que les Pays en Voie de Développement n'aient le plus souvent pas les capacités technologiques suffisantes pour produire des médicaments brevetés. A cet égard, l'utilisation du mécanisme des licences est limitée. L'achat de médicaments dans des pays où le prix est le moins élevé possible grâce au mécanisme des importations parallèles constitue donc un instrument privilégié pour satisfaire la demande des patients des PED. En effet, bien que la commercialisation des médicaments obéisse sur le plan international à des standards rigoureux et presque parfaits⁸⁰³, il y a toujours des différences de prix significatives d'un pays à un autre. Même dans un espace aussi industrialisé que celui des communautés européennes, les prix peuvent être fondamentalement différents de sorte que les grossistes de médicaments effectuent d'énormes bénéfices en les exportant dans des pays où ils sont moins chers vers ceux où ils sont à des prix plus élevés⁸⁰⁴. Ces différences de prix sont dues à divers facteurs tels que les conditions du marché local, les règles nationales de propriété intellectuelle, les niveaux de revenus prévalent ou le niveau de concurrence entre les producteurs⁸⁰⁵. Lorsque la concurrence est faible, les niveaux de revenus ne peuvent influencer les prix pratiqués. En autorisant les importations parallèles, il devient possible d'acquérir des produits pharmaceutiques à un prix plus

⁸⁰³ M. GÜNTHER, *Parallel Imports of Pharmaceutical Products into Switzerland*, Diploma Thesis, Master in IP, ETH Zurich, The Berkeley Electronic Press (bepress); Paper 28, 2006, p. 5.

⁸⁰⁴ *Ibid.*

⁸⁰⁵ S.F. MUSUNGU et C. OH, « Recours aux flexibilités de l'accord sur les ADPIC dans les Pays en développement : Peuvent-elles promouvoir l'accès aux médicaments ? », Centre Sud/OMS, 2006, p. 57.

avantageux⁸⁰⁶.

434. Le mécanisme apparaît en outre comme un instrument bénéfique qui va dans l'intérêt du consommateur de médicament et peut être utilisé par les gouvernements pour assurer un accès large et équitable aux produits de santé⁸⁰⁷. L'on fait souvent référence aux produits issus des importations parallèles comme des produits du « *marché gris* »⁸⁰⁸. Cette appellation traduit sans doute la crainte d'un glissement vers la violation des droits de brevet, une hantise justifiée des titulaires de ces droits. C'est que, la nature complexe du mécanisme rassure et/ou inquiète d'une part, les importations parallèles suivent les lois du marché d'autre part et les lois du marché ne sont pas les seules à régir les activités qui en découlent⁸⁰⁹. L'importateur parallèle, à certains égards « *passager clandestin* »⁸¹⁰, mais nous dirons simplement commerçant opportuniste qui tire profit de la différence de prix en achetant le produit là où il est meilleur marché en vue de le remettre sur un marché où il peut le vendre plus cher, mais à un prix inférieur à celui pratiqué par le distributeur officiel. Cette concurrence mal venue n'est pas toujours du goût des titulaires de brevets qui invoquent généralement plusieurs raisons pour justifier l'inopportunité d'admettre les importations parallèles. L'on a pu faire valoir que les importations parallèles remettraient en cause la validité même du système des brevets découlant de l'Accord sur les ADPIC⁸¹¹. Elles affaibliraient leur composante d'encouragement à la recherche et constitueraient un premier pas vers le démantèlement du système des brevets⁸¹². Elles favoriseraient le détournement des produits ou l'importation de produits piratés et contrefaisants et constitueraient une distorsion de la concurrence⁸¹³.

435. Les partisans d'un régime rigoureux de protection des droits de propriété intellectuelle soutiennent une politique générale d'interdiction des importations parallèles, considérant que l'accessibilité au niveau des prix serait sacrifiée à l'autel de l'innovation pharmaceutique⁸¹⁴ pour

⁸⁰⁶ *Ibidem*.

⁸⁰⁷ D. MATTHEWS and V. MUNOZ-TELLEZ, « Parallel Trade : A User's Guide », in A. KRATTIGER, R.T. MAHONEY, L. NELSON et al. (eds), *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices*, MIHR: Oxford, U.K., and PIPRA; Davis, USA., 2007, p. 1430.

⁸⁰⁸ « Grey market » en anglais.

⁸⁰⁹ C. HEATH, « Parallel Imports and International Trade, WIPO Report », Document ATRIP/GVA/99/6, 1999, p.1.

⁸¹⁰ D.E. KRAUS, « Les importations parallèles de produits brevetés », Schulthess Media Juridique, Geneva, 2004, *op. cit*, p.64.

⁸¹¹ D.E. KRAUS, « Les importations parallèles de produits brevetés », Schulthess Media Juridique, Geneva, 2004, *op. cit*, p.64.

⁸¹² *Ibidem*.

⁸¹³ Sur les arguments contre les importations parallèles, V. notamment D.E. KRAUS, *op. cit*, pp. 75-82.

⁸¹⁴ J. PUSTFJOVSKY, « Parallel Importation of Pharmaceuticals: When is International Exhaustion an Effective Policy Choice? » Boston University, 2002, p. 5.

réaliser un équilibre satisfaisant. Un argument important tient également au revers que l'on a pu attribuer à l'admission des importations parallèles, à savoir que si elles étaient autorisées partout dans le monde, les sociétés auraient tendance à pratiquer le même prix dans le monde entier. Ce qui entraînerait une augmentation du prix qui serait autrement appliqué dans les pays à faibles revenus⁸¹⁵. Cependant, les différents arguments à l'encontre de l'utilisation des importations parallèles, au moins en ce qui concerne les pays en développement, n'échappent pas à la critique.

436 En premier lieu, l'on notera que les importations parallèles n'ont rien à voir avec la violation des droits de propriété intellectuelle. De fait, la piraterie et la contrefaçon et toutes les opérations portant sur des produits issus de ces actes frauduleux constituent des violations graves des droits du titulaire du brevet et sont en tant que telles sanctionnées par la loi⁸¹⁶. Par définition, l'importation parallèle porte sur des produits originaux et non sur des produits contrefaisants ou piratés. Si elle est permise, il s'agit d'une opération commerciale légale et légitime. Elle porte sur des produits vendus, par le breveté lui-même ou par une personne dûment autorisée, un preneur de licence ou simplement un distributeur dans un marché déterminé, qui sont achetés et ensuite revendus par un tiers. Ainsi que le note Monsieur HEATH, *"the term "parallel importation" refers to goods produced and sold legally, and subsequently exported. In that sense, there is nothing "grey" about them (...) Grey and mysterious may only be the distribution channels by which these goods find their way to the importing country. In the importing country, such goods may create havoc particularly for entrepreneurs who sell the same goods, obtained via different distribution channels and perhaps more expensively"*.⁸¹⁷ Par ailleurs, l'argument relatif à l'acceptation d'un prix élevé du médicament en contrepartie de l'apport social de l'innovation pharmaceutique doit faire face à l'obstacle de la pauvreté des PED. Le CIPIH a eu ainsi à relever que : « *les brevets ne constituent pas un facteur pertinent ni un moyen de stimuler la R&D et d'amener de nouveaux produits sur le marché là où le pouvoir d'achat est très faible, comme c'est le cas des pays en développement où des maladies touchent des millions de gens pauvres. De plus, parce que, dans ces pays, la plupart des pauvres doivent payer les traitements avec le*

⁸¹⁵ C. CORREA, 2001, *op. cit.*, pp. 82-83. L'auteur relève que le niveau des prix dans les différents pays est généralement fixé en fonction du pouvoir d'achat des consommateurs alors comment arriverait-on à convenir d'un prix unique à l'échelle mondiale ? De notre point de vue une telle idée ne nous paraît donc pas une hypothèse économique très réaliste.

⁸¹⁶ L'Accord de Bangui, acte de 1999 consacre le Titre V (Article 58 à 67) de l'annexe I à la question « *de la contrefaçon, des poursuites et des peines* ».

⁸¹⁷ C. HEATH, *op. cit.*, p. 1. V. la transcription en langue française de ce passage de l'auteur "Le terme "importation parallèle" fait référence aux marchandises produites et vendues légalement, puis exportées. En ce sens, il n'y a rien de "gris" à leur sujet (...) Gris et mystérieux ne sont peut-être que les canaux de distribution par lesquels ces marchandises se dirigent vers le pays importateur. Dans le pays importateur, ces produits peuvent créer des ravages, en particulier pour les entrepreneurs qui vendent les mêmes produits, obtenus via différents canaux de distribution et peut-être plus cher".

*minimum de revenus dont ils disposent, contrairement à ce qui se passe dans la plupart des pays développés, où l'Etat ainsi que des régimes privés ou publics d'assurance-maladie jouent un rôle majeur, il faut envisager soigneusement les répercussions que peuvent avoir les brevets ou d'autres mesures sur les prix payés par les consommateurs ».*⁸¹⁸

437. Il faut relever en outre que l'admission des importations parallèles repose sur l'idée que les titulaires de droit qui ont déjà été récompensé par la première vente ou distribution de son produit, n'ont plus le droit de contrôler la circulation ultérieure du produit initialement effectuée avec son autorisation. « *La propension des titulaires de brevets à vouloir contrôler toutes les opérations portant, sur les produits brevetés traduit une assimilation, répandue dans les pays industrialisés*⁸¹⁹, *entre le droit des brevets, droit de propriété immatérielle, et les droits réels, qui portent sur des choses matérielles* ». En effet, la protection conférée par le brevet ne porte pas sur le médicament lui-même, bien matériel, mais sur *la paternité de l'invention*, c'est-à-dire le droit moral de l'inventeur, et les intérêts matériels découlant de toute production scientifique⁸²⁰. Dès qu'il perd la maîtrise de la chose, il peut avoir un intérêt distinct de celui de l'acquéreur du droit réel, car les pouvoirs sont dissociés. Le titulaire du brevet dispose des mêmes attributs que ceux reconnus à tous les titulaires d'un droit de propriété⁸²¹. C'est l'objet de l'appropriation qui diffère, matériel dans un cas, et immatériel dans l'autre. En raison de cet objet spécifique du brevet, la première vente du produit (notamment le médicament) entraîne « *la perte de tout droit de suite* »⁸²².

438. Le titulaire du brevet a « *l'usus, le fructus et l'abusus de la valeur que représente l'invention*⁸²³ ». L'assimilation du droit des brevets aux droits de propriété matérielle a été critiquée par Monsieur BOTOY ITUKU⁸²⁴ qui relève que le phénomène est particulièrement visible dans les rapports Nord-Sud: « *Par rapport aux importations parallèles exclusivement, les brevets sont assimilés, dans les rapports Nord-Sud, aux droits de propriété matérielle puisque les Etats industrialisés, propriétaires de 97% des brevets d'invention, revendiquent non seulement la*

⁸¹⁸ CIPIH 2006, « Santé publique, innovation et droit de propriété intellectuelle, l'innovation et la santé publique » (CIPIH), avril 2006, p. 22. *op. cit.*

⁸¹⁹ I. ROUDARD, *Droit européen des licences exclusives de brevets*, Nouvelles éditions fiduciaire, 1989, pp. 39-41.

⁸²⁰ En vertu de l'Article 27 alinéa 2 de la Déclaration Universelles des Droits de l'Homme.

⁸²¹ I. BOTOY ITUKU, *Propriété intellectuelle et droits de l'homme : l'impact des brevets pharmaceutiques sur le droit à la santé dans le contexte du VIH/SIDA en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p.550.

⁸²² G. CROIZE, « La liberté de circulation du médicament face à la propriété intellectuelle », *RDS*, n° 27, Janvier 2009, p.11.

⁸²³ JM. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges André BRETON et Fernand DERRIDA*, D., 1991, p. 47.

⁸²⁴ E. BOTOY ITUKU, *op. cit.*, pp. 375 et ss.

paternité de celle-ci, mais aussi le contrôle de la circulation ultérieure des choses qui en sont l'objet, c'est-à-dire les médicaments en tant que tels. Le fait pour les Etats industrialisés de bloquer (...) l'entrée des médicaments brevetés que leurs ressortissants ont déjà vendus ailleurs signifie qu'ils s'arrogent un droit privé sur la substance même de ces médicaments. Or, c'est le domaine de la propriété matérielle, et non celui de la propriété immatérielle, qui accorde un droit de maîtrise sur la chose »⁸²⁵. Ce point de vue mérite l'approbation. Si une telle confusion était généralisée, aboutissant à l'interdiction des importations parallèles corrélativement avec le cloisonnement du marché des pays économiquement pauvres par les sociétés détentrices de monopoles conférés par le brevet, l'accès aux médicaments à des prix abordables serait gravement compromis. Pour le moins, le choix des Etats serait plus restreint qu'il ne l'est en l'état actuel où ils sont libres de déterminer l'étendue des importations parallèles qu'ils autoriseraient en fonction du régime de l'épuisement des droits consacrés.

b- Un processus assoupli dans le cadre du droit multilatéral de l'OMC

439. La question clé de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle fut l'une des plus discutées durant les négociations du cycle d'Uruguay. Les négociateurs européens notamment essayaient de faire inclure dans l'Accord sur les ADPIC un principe d'épuisement national des droits, synonyme d'interdiction des importations parallèles⁸²⁶. Cependant, les parties ne parvinrent pas à s'entendre sur ce point en raison des divergences sur les bénéfices qu'apporterait l'admission des importations parallèles. Finalement, la formule consacrée par l'article 6 de l'Accord sur les ADPIC fut énoncé comme suit : « Aux fins du règlement des différends dans le cadre du présent accord, sous réserve des dispositions des articles 3 et 4, aucune disposition du présent accord ne sera utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle ». En somme, le compromis consiste à exclure la question de l'épuisement de tout recours en violation de l'Accord sur les ADPIC devant l'Organe de Règlement des Différends (ORD) de l'OMC. Les seules réserves sont relatives aux atteintes à l'article 3 de l'Accord sur les ADPIC sur le principe de non-discrimination entre nationaux et étrangers en matière de protection des droits de propriété intellectuelle, et à l'article 4 dudit Accord sur le traitement de la Nation la Plus Favorisée (NPF). L'article 6 de l'Accord sur les ADPIC a donné lieu à diverses interprétations, D'aucuns ont soutenu que cette disposition avait pour but d'empêcher les Etats

⁸²⁵ E. BOTOY ITUKU, *op. cit.*, pp. 375 et ss.

⁸²⁶ D. GERVAIS, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 2nd Edition, London Sweet and Maxwell, 2003, p. 112.

d'adopter un régime d'épuisement international, qui serait en violation avec le droit exclusif d'importation du titulaire du brevet tel que prévu par l'article 28.

440. Nous partageons tout à fait cette dernière analyse. D'une part, dans une note de bas de page sous l'article 28, l'Accord sur les ADPIC prévoit à propos du droit d'importation que : « *Ce droit, comme tous les autres droits conférés en vertu du présent accord en ce qui concerne l'utilisation, la vente, l'importation ou d'autres formes de distribution de marchandise, est subordonné aux dispositions de l'article 6* »⁸²⁷. Ce faisant, l'Accord subordonne l'exercice du droit exclusif d'importation de l'article 28 au respect du principe posé à l'article 6. Par conséquent, l'adoption d'un régime d'épuisement national, régional ou international ne saurait être contestée sur la base du droit d'importation de l'article 28. D'autre part, la liberté des Etats en la matière ne souffre pas de contestation et toute analyse tendant à démontrer que l'Accord sur les ADPIC a entendu exclure la possibilité d'adopter d'un régime d'épuisement international est pour le *moins fausse*⁸²⁸.

441. D'ailleurs, l'OMC a clairement eu à exprimer sa réserve quant à une telle interprétation : « *L'Accord sur les ADPIC dit simplement qu'aucune de ses dispositions, sauf celles qui se rapportent à la non-discrimination ("traitement national" et "traitement de la nation la plus favorisée"), ne peut, être utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle dans un différend porté devant l'OMC. Autrement dit, même si un pays autorise des importations parallèles selon des modalités qui pourraient enfreindre l'Accord sur les ADPIC, l'affaire ne peut pas faire l'objet d'un différend dans le cadre de l'OMC à moins que les principes fondamentaux de la non-discrimination ne soient en cause* ».⁸²⁹ Dans le même sens, la reconnaissance que chaque pays a le droit de choisir librement son régime d'épuisement des droits a été clairement exprimée par la déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique de 2001 : « *L'effet des dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui se rapportent à l'épuisement des droits de propriété intellectuelle est de laisser à chaque Membre la liberté d'établir son propre régime en ce qui concerne cet épuisement sans contestation, sous réserve des dispositions en matière de traitement NPF et de traitement national des articles 3 et 4* ».⁸³⁰

⁸²⁷ Note 6, sous Article 28 de l'accord sur les ADPIC.

⁸²⁸ C. HEATH, *op. cit.*, p. 9.

⁸²⁹ OMC, l'Accord sur les ADPIC et les brevets pharmaceutiques, Fiche récapitulative, septembre 2006.

⁸³⁰ Paragraphe 5 d) de la Déclaration de Doha.

442 D'un autre côté, la position passive de l'OMC en ce qui concerne la question de l'épuisement des droits présente un risque : elle renvoie les parties aux rapports de force qui peuvent influencer les Etats membres de l'OMC dans leur choix sans qu'il soit possible de recourir à une voie de droit pour se défendre. Or, dans les rapports de force les PED, disposant malheureusement d'un pouvoir de négociation faible, subissent presque toujours un écrasement par les pays développés.⁸³¹ Par conséquent, un Etat membre peut recourir à des sanctions commerciales à l'encontre d'un autre Etat⁸³² pour réprimer son choix de l'épuisement sans que ce dernier puisse se défendre devant l'ORD.⁸³³ C'est dire que la liberté laissée aux PED est très fragile. C'est en vain que l'on évoquera le principe de bonne foi dans les relations commerciales internationales pour obliger les Etats industrialisés à respecter le choix des PED quant à l'épuisement des droits⁸³⁴. Dès lors qu'aucun mécanisme juridique ne garantit cette bonne foi, elle ne peut être valablement invoquée par aucune partie à un litige. Il n'en demeure pas moins que l'approche flexible adoptée dans le cadre de l'OMC ouvre la voie à une importante facilité d'accès aux médicaments abordables par le mécanisme des importations parallèles. Analysons à présent l'usage qu'en a fait le législateur OAPI.

3- Le mécanisme des importations parallèles dans l'espace OAPI quant à l'accès aux médicaments

443 Le législateur OAPI en optant pour un régime d'épuisement régional des droits (a) a limité la portée des importations parallèles pour les Etats membres et par conséquent, les facilités d'accès aux médicaments brevetés (b).

a- Le choix du législateur OAPI en faveur du régime de l'épuisement régional des brevets

444 En vertu de l'article 8 al. 1 a) de l'Accord de Bangui révisé de 1999, « *Les droits découlant du brevet ne s'étendent pas aux actes relatifs à des objets mis dans le commerce sur le territoire d'un Etat membre par le titulaire du brevet ou avec son consentement* ». L'on peut dire au

⁸³¹ Sur la question, V. les analyses de P. DRAHOS, "When the Weak Bargain with the Strong: Negotiations in the World Trade Organization", *International Negotiation* S, 2003, pp. 79-109.

⁸³² L'utilisation de sanctions commerciales unilatérales constitue une arme redoutable que les Etats-Unis n'hésitent pas à pointer contre les Etats qui adoptent des politiques commerciales contraires à leurs intérêts. Leur fameuse Watch List ou leurs listes noires dans lesquelles ils citent les pays considérés comme des délinquants économiques a une influence négative non négligeable sur l'image de ces derniers et leur propension à accueillir des investissements étrangers.

⁸³³ D. KRAUS, *op. cit.*, p. 121.

⁸³⁴ E. BOTOY ITUKU, *op. cit.*, p. 63.

regard de ce texte que le législateur OAPI a opté pour un régime d'épuisement régional du droit des brevets. Dès lors qu'un produit est mis en circulation dans l'un des quelconque Etats membres de l'OAPI par le titulaire d'un brevet ou avec son consentement, le droit de contrôler la vente, revente ou l'importation est épuisé. Le produit pourra donc être importé par n'importe quel autre Etat membre sans requérir le consentement du titulaire du brevet. En limitant les droits conférés par le brevet aux actes relatifs à *des objets mis dans le commerce sur le territoire d'un Etat membre par le titulaire du brevet ou avec son consentement*, le législateur OAPI adopte une position restrictive⁸³⁵ similaire à celle adoptée par les communautés européennes, excluant le principe de l'épuisement international des droits. Un produit breveté mis sur le marché d'un pays non membre de l'espace OAPI n'épuise pas les droits du titulaire du brevet. Par conséquent, l'importation parallèle d'un tel produit constituerait une violation des droits du titulaire du brevet. Le choix du législateur OAPI présente un avantage indéniable dans la perspective d'un meilleur accès aux médicaments brevetés. Il permet aux Etats membres d'importer les médicaments commercialisés dans un autre pays de la région lorsque les prix qui y sont pratiqués sont plus favorables. Ce choix s'inscrit en outre dans une logique justifiée par la nature intrinsèque de l'OAPI. En effet, l'OAPI opère une uniformisation du régime de la propriété intellectuelle. Les règles qu'elle a édictées constituent le droit national des Etats membres. Il n'est nécessaire ni de faire des demandes de brevet multiples, ni de désigner un Etat où le titulaire désirerait exploiter son brevet comme c'est le cas dans le cadre du PCT.

445. Le brevet délivré par l'office, qu'il ait été déposé directement à l'OAPI ou transmis à la suite du dépôt effectué dans un Etat membre, s'applique automatiquement dans tous les 17 Etats membres de l'OAPI. Par conséquent, interdire les importations parallèles entre les Etats membres de l'OAPI étant donné que, par hypothèse, le brevet est valable même dans un pays membre où il n'aurait pas l'intention de commercialiser son produit signifierait l'octroi au titulaire des pouvoirs dont il ne se plaindrait certes pas, mais qu'il n'aurait jamais demandé. L'on ajoutera que l'Accord de Bangui révisé de 1999 opère une importante clarification par rapport au texte de 1977 où le régime des importations parallèles n'était pas apparent. Il pouvait même sembler plus restrictif. Mais était-il moins avantageux ? Le doute est permis et les nombreuses critiques invoquées à l'encontre du choix restrictif du législateur OAPI de 1999 le confortent.

⁸³⁵ S.F. MUSUNGU et C. OH, *op. cit.*, p. 54.

b - La portée limitée du choix du législateur OAPI

446 Sous l'égide de l'annexe I de l'Accord de Bangui de 1977, le titulaire pouvait sans limitation explicite, interdire l'importation sans son autorisation du produit breveté. Il y a lieu de penser que dans ce cas, l'on se trouvait en présence d'une exclusion du principe de l'épuisement régional du brevet. Dans une certaine mesure, l'on peut encore envisager que le principe de l'épuisement régional était fortement restreint, et dépendait du consentement du titulaire du brevet. Cependant, ces droits étaient contrebalancés par des obligations fermes. Ainsi, « *aucune action en contrefaçon d'une invention brevetée* » n'était recevable si, à l'expiration d'un délai de cinq (05) ans à compter de la délivrance du brevet en cause, l'invention protégée par ledit brevet ne faisait pas l'objet d'une exploitation industrielle sur le territoire de l'un des Etats membres, sauf l'existence d'une excuse légitime pour le défaut d'exploitation⁸³⁶. De même, le renouvellement de la durée de protection du brevet était soumis à la preuve, *à la satisfaction de l'Organisation, que l'invention protégée par ledit brevet est l'objet d'une exploitation industrielle sur le territoire de l'un des Etats membres, à la date de la requête, ou bien qu'il y a des excuses légitimes au défaut d'une telle exploitation ; l'importation ne constituant pas une excuse légitime*⁸³⁷. En substance, faute d'exploitation locale de l'invention brevetée le titulaire perdrait ses droits exclusifs sur l'invention brevetée. Ces dispositions étaient d'une importance particulière dans le secteur pharmaceutique où l'approvisionnement en médicaments dans la région est souvent réalisé par le biais de l'importation⁸³⁸. Le non-respect de ces exigences aurait rendu possible l'importation parallèle de médicaments sans être dans l'illégalité. Ces obligations ont disparu avec la révision de 1999. Par conséquent, *la non exploitation locale du produit breveté ne dispenserait pas de requérir le consentement du titulaire du brevet pour toute importation*.

447. Ce renforcement des droits du breveté présente manifestement un risque non seulement en ce qui concerne l'accès aux médicaments moins chers sur le marché international, mais également en ce qui concerne l'amélioration des capacités locales de production industrielle. En ce qui concerne précisément la faiblesse des capacités de production des pays membres de

⁸³⁶ Article 58 alinéa 2 de l'Accord de Bangui, acte de 1977.

⁸³⁷ Article 6 alinéa 2 de l'Accord de Bangui, acte de 1977.

⁸³⁸ R. JOURDAIN, « Les DPI et la santé publique dans l'Accord de Bangui révisé : défis majeurs en santé publique pour les pays africains », in R. MELENDEZ-ORTIZ, C. BELMANN, A. CHETAILLE, T. BEN ABDALLAH, (dir.), *Commerce, propriété intellectuelle et développement durable vus de l'Afrique*, ICTSD, ENDA, Tiers Monde et Solagral, 2002, p. 107.

l'OAPI, elle justifierait largement le choix d'un régime international d'épuisement.⁸³⁹ En effet, il n'est pas établi que les différences de prix entre les différents pays de l'OAPI soient suffisamment pertinentes pour justifier des importations parallèles au niveau régional. Au contraire, une comparaison des prix démontre que certains Etats tireraient plus d'avantages à importer des médicaments de l'extérieur de la région plutôt que d'un autre pays membre de l'OAPI. Par exemple, le Combivir qui a été créé par la firme pharmaceutique GlaxoSmithkline est une pilule combinant à la fois les deux anti-rétroviraux AZT et 3TC. Il est vendu à 1.96 US \$ au Togo et 0.94 US \$ au Sénégal.⁸⁴⁰

448. Cependant, en Côte d'Ivoire, les médicaments antirétroviraux sont subventionnés. Il faut noter que les malades sont pris en charge dès la constatation de leur statut sérologique, c'est-à-dire des examens à la prise des antirétroviraux. La Côte d'Ivoire apparaît donc comme l'un des rares pays de l'espace UEMOA à prendre en charge entièrement les malades du VIH SIDA. On s'accorde à reconnaître que ce dernier prix est le plus bas dans les Etats membres de l'OAPI. Par contre en Inde, on peut s'en procurer à un coût nettement moindre, à savoir 0.65 US \$. Si l'OAPI avait adopté l'épuisement international des droits, ces membres auraient eu plus intérêt à l'importer de l'Inde afin de le rendre disponible aux patients à un prix plus abordable, c'est-à-dire par exemple 45% moins élevé que le Combivir vendu au Sénégal. Naturellement, la marge bénéficiaire nette ne serait pas nécessairement de 45% puisqu'il faut en déduire les coûts de transaction ; mais, il semble bien que l'avantage comparatif à importer de l'Inde soit plus élevé. Etant entendu que la plupart des médicaments antirétroviraux sont tombés dans le domaine public depuis 2010,⁸⁴¹ l'on comprend qu'il aurait été beaucoup plus réaliste pour l'OAPI d'opter certes pour un régime d'épuisement international des brevets mais mieux encore, mettre tout en œuvre pour améliorer la capacité intrinsèque de ses Etats membres à produire leurs propres médicaments. Le choix du législateur OAPI a pu être considéré comme contraire à la fonction

⁸³⁹ A. TANKOANO, « Les importations parallèles et les licences non volontaires dans le nouveau droit des brevets des Etats membres de l'OAPI », in R. MELENDEZ-ORTIZ, C. BELLMANN, A. CHETAÏLLE, T. BEN ABDALLAH (dir.), *Commerce, propriété intellectuelle et développement durable vis de l'Afrique*, ICTSD, 1-ND A Tiers Monde et Solagral, 2002, pp. 116-117.

⁸⁴⁰ F. SAMB, « La Déclaration de Doha sur les ADPIC et les médicaments : Quelles leçons pour le réexamen de l'Accord sur les ADPIC et le processus de négociations à Genève ? », in R. MELENDEZ-ORTIZ, C. BELLMANN, A. CHETAÏLLE, T. BEN ABDALLAH, (dir.), *Commerce, propriété intellectuelle et développement durable vis de l'Afrique*, ICTSD, ENDA Tiers Monde et Solagral, 2002, p. 94.

⁸⁴¹ Les premiers ARV sont tombés dans le domaine public en 2007, Cependant, les patients malades du VIH ont besoin des traitements de 2^e et 3^e lignes qui coûtent 2 à 12 fois plus chères que les médicaments ARV de première ligne. Or, ces médicaments de 2^{ème} et 3^{ème} lignes sont couverts par des brevets. KRIKORIAN (G.), « *L'Accès aux génériques : Enjeux actuels et propriété intellectuelle* » AIDES 0508, 2005, *op. cit.*, pp. 2 et ss.

sociale du droit des brevets⁸⁴².

449. Il fragilise le droit à la santé des populations vulnérables en restreignant la possibilité d'accès à des médicaments peu coûteux⁸⁴³ alors même que les dispositions légales de l'OMC en faisant preuve de flexibilité ont entendu favoriser cet élément important du bien-être social qu'est la santé. Il nous semble que l'introduction d'un régime d'épuisement international dans le droit OAPI soit la plus favorable et la plus réaliste des mesures du point de vue de la santé publique. De plus, cela ne serait pas contradictoire avec les principes de l'OMC et contribuerait à l'élaboration d'un commerce plus ouvert⁸⁴⁴.

Il faut tout de même noter que depuis le 15 décembre 2015 à Bamako, l'Accord de Bangui a fait l'objet d'une révision en consacrant le choix de l'OAPI sur le nouveau régime d'épuisement de droit. Ainsi, l'OAPI opterait désormais pour un régime international d'épuisement de droit qu'il ne peut pas mettre en œuvre pour l'instant parce que le nouvel accord n'est pas encore entré en vigueur en raison du fait qu'il n'a pas encore été ratifié par le tiers de ses membres comme l'exige les dispositions pertinentes de l'acte de 1977.⁸⁴⁵ Pour l'heure, il ne peut toujours recourir qu'à la règle en vigueur dans l'acte de 1999. En sus de la particularité de l'exception susvisée, le législateur OAPI a intégré d'autres exceptions qui peuvent produire également une incidence bénéfique pour l'accès aux médicaments en faveur de sa population.

Paragraphe 2 : Les autres dérogations exclusives aux droits du breveté

450. En vertu de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC, « *les Membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers* ». Nous avons souligné plus haut que l'on pouvait citer au nombre de ces exceptions le mécanisme des importations parallèles. L'approche originale du droit

⁸⁴² E. BOTOY ITUKU, *op. cit.*, pp. 117 et ss.

⁸⁴³ *Ibidem*.

⁸⁴⁴ OMC, Comprendre l'OMC, V. éd., OMC, 2007, pp. 13 et ss.

⁸⁴⁵ Accord de Bangui révisé, Acte du 02 Mars 1977 portant création de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI).

multilatéral de l'OMC sur cette question ne préjuge pas du respect des conditions générales du régime des exceptions aux droits conférés par le brevet, telles que posées par l'article 30 ci-dessus cité (A). L'OMC a eu en outre à se prononcer sur la validité de l'exception réglementaire ou *exception* « *Bolar* », sur laquelle le législateur OAPI a curieusement gardé le silence (B).

A- Le régime des exceptions aux droits exclusifs en vertu de l'Accord sur les ADPIC

451. Le recours aux exceptions aux droits exclusifs exige le respect de certaines conditions (1). Parmi ces exceptions, certaines sont davantage destinées à la protection des tiers (2).

1- Les conditions générales applicables aux exceptions aux droits exclusifs du breveté

452. Le rapport de l'OMC sur le différend UE-Canada⁸⁴⁶ a permis de mettre en évidence deux exigences formelles s'appliquant aux exceptions aux droits exclusifs en vertu de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC⁸⁴⁷. Il ressort dudit accord que ces exceptions doivent être limitées⁸⁴⁸ de sorte à ne pas porter atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet⁸⁴⁹ et ne pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet compte tenu de l'importance des intérêts légitimes⁸⁵⁰ des tiers⁸⁵¹ en jeu. Chacune de ces exigences est une prescription distincte et indépendante. De plus, il s'agit de *conditions cumulatives* qui doivent

⁸⁴⁶ WTO, Canada - Patent Protection of Pharmaceutical Products, Document WT/DS114/R, 17 March 2000, paragraph 7.20.

⁸⁴⁷ Pour un commentaire plus exhaustif de ces exigences, V. UNCTAD-ICTSD, *op. cit.*, pp. 432 et ss.

⁸⁴⁸ Sur le contenu de l'expression « exception limitée ». V. C. CORREA, 2001, *op. cit.* p.146.

⁸⁴⁹ *Ibid.* paragraph 7.55: "*The normal practice of exploitation by patent owners, as with owners of any other intellectual property right, is to exclude all forms of competition that could detract significantly from the economic returns anticipated from a patent's grant of market exclusivity*".

⁸⁵⁰ *La légitimité de l'intérêt ne correspond pas nécessairement à sa légalité. Ibid, paragraph 7.69: To make sense of the term "legitimate interests" In this context, that term must be defined in the way that it is often used in legal discourse-as a normative claim calling for protection of interests that are "justifiable" in the sense that they are supported by relevant public policies or other social norms*".

⁸⁵¹ La notion de tiers en l'espèce inclut non seulement les producteurs potentiels de médicaments, mais également la société tout entière (*Ibid.*, WT/DS114/R, 7.65 et ss.) Il s'agirait donc des producteurs de génériques, qui ont un intérêt légitime à entrer en concurrence sur le marché des produits pharmaceutiques après l'expiration du brevet ; des autres producteurs de produits innovants, qui ont intérêt à apprécier l'état pertinent de la technique pour mieux valoriser leurs médicaments nouveaux et jouir de manière optimale, le cas échéant, de leur droit du brevet ; des gouvernements et autres institutions publiques, qui ont un intérêt légitime dans les prix de médicaments qu'ils paient ou de manière générale dans les financements qu'ils effectuent dans le secteur des soins de santé, quel qu'en soit l'objet ; des consommateurs de produits pharmaceutiques, qui ont un intérêt légitime à ce que l'innovation et le développement de nouveaux médicaments aient lieu, et ainsi que la concurrence sur le marché pharmaceutique soit de nature à leur faciliter l'accès aux meilleurs produits à des prix aussi bas que possible.

être interprétées en rapport l'une avec l'autre.⁸⁵²

453 Un aperçu de ces exigences formelles susvisées permet de dégager les exemples d'exceptions suivants⁸⁵³ : les actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales ; les prescriptions individualisées, c'est-à-dire que le brevet ne couvre pas la préparation de médicaments par unité et sur ordonnance médicale dans les officines de pharmacie, ni les actes se rapportant aux médicaments ainsi préparés les actes accomplis à des fins expérimentales qui portent sur l'invention brevetée ; les actes posés par une personne qui de bonne foi était déjà en possession de l'invention objet du brevet (droit de possession personnelle antérieure) ; les tests effectués avant l'expiration du brevet en vue d'établir la bioéquivalence d'un médicament générique. Dans l'espace OAPI, l'Annexe I de l'Accord de Bangui de 1999 a admis l'exception d'utilisation expérimentale et le droit de possession personnelle antérieure qui sont des limitations apportées dans l'intérêt des tiers.

2- L'admission des exceptions tendant à la protection de l'intérêt des tiers

454 Ces exceptions profitent au premier chef aux tiers qu'elles visent à protéger par rapport au titulaire du brevet. Mais, leur contribution ne serait-ce qu'indirecte, peut être significative dans la perspective de l'accès aux soins de santé. Nous analyserons successivement, en appréciant leur pertinence par rapport à l'exercice du droit à la santé, ces mécanismes qui portent sur l'exception d'utilisation expérimentale **(a)** et le droit de possession personnelle antérieure **(b)**.

a- L'exception d'utilisation expérimentale

455 L'article 8 alinéa 1 c) de l'Accord de Bangui de 1999 dispose que « *les droits découlant du brevet ne s'étendent pas aux actes relatifs, à une invention brevetée accomplis à des fins expérimentales dans le cadre de la recherche scientifique et technique* ». ⁸⁵⁴ Cet article consacre

⁸⁵² *Ibid.* paragraphe 7, p. 20.

⁸⁵³ Nous ne citons ici que les exceptions qui peuvent avoir un rapport ou un intérêt pour la santé publique. Aussi avons-nous omis de présenter l'hypothèse prévue par l'Article 8 alinéa 1 b) de l'Annexe I de l'Accord de Bangui de 1999 (en conformité avec l'Article 5ter de la Convention de Paris) portant sur l'utilisation d'objets à bord d'aéronefs, de véhicules terrestres ou de navires étrangers qui pénètrent temporairement ou accidentellement dans l'espace aérien, sur le territoire ou dans les eaux d'un Etat membre.

⁸⁵⁴ V. par exemple l'Article 9 alinéa 1 (b), LBI ; Article L. 613-5 (b), CPI.

l'exception aux droits exclusifs conférés par le brevet, à des fins de recherche ou d'expérimentation. Il s'agit de l'une des exceptions les plus largement utilisées dans les législations nationales.⁸⁵⁵ Sa portée devrait être suffisamment large pour autoriser l'utilisation d'un brevet dans le cadre d'expérimentations à des fins de recherche scientifique et technique, sans le consentement du titulaire du brevet et sans avoir à verser de compensation à ce dernier. Une telle exception est intéressante à plus d'un titre dans la perspective d'un *accès à des médicaments diversifiés*.⁸⁵⁶

456. D'emblée, il faut souligner qu'elle échappe au domaine de la contrefaçon dans la mesure où c'est parce que l'exception est reconnue que l'acte de fabrication ou de copie n'est pas contrefaisant.⁸⁵⁷ Elle garantit le plein exercice de la liberté de recherche nécessaire à la mise sur pied de nouveaux produits ; elle s'inscrit dans la perspective de vérification de l'efficacité et de l'innocuité du médicament dans l'intérêt du consommateur final. De ce point de vue, cette exception peut être entendue comme couvrant les actes d'expérimentation effectués en vue de l'obtention d'une AMM dans un pays de l'espace OAPI.⁸⁵⁸

b- Le droit de possession personnelle antérieure

457. D'après l'article 8 alinéa 1 d) de l'Accord de Bangui de 1999, le titulaire ne peut pas faire valoir ses droits exclusifs à l'encontre « *des actes effectués par toute personne qui, de bonne foi à la date du dépôt ou, lorsqu'une priorité est revendiquée, à la date de priorité de la demande sur la base de laquelle le brevet est délivré et sur le territoire d'un Etat membre, utilisait l'invention ou faisait des préparatifs effectifs et sérieux pour l'utiliser* », dans la mesure où les actes ne diffèrent pas, dans leur nature ou leur finalité, de l'utilisation antérieure effective ou envisagée ». ⁸⁵⁹ Plusieurs conditions sont nécessaires pour établir le droit de possession antérieure. Il s'agit d'une véritable possession, dans la mesure où elle ne remet pas en cause le

⁸⁵⁵ WTO, Canada- Patent Protection of Pharmaceutical Products, *op. cit.*, paragraph 7.69.

⁸⁵⁶ C. JOURDAIN-PORTIER, *Santé et commerce international : contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, LexisNexis-, Paris, 2006, p.586.

⁸⁵⁷ J. AZEMA et J-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Paris, 2006, 6^{ème} éd. p. 394.

⁸⁵⁸ Cette hypothèse est consacrée comme une exception distincte en droit suisse, en vertu de l'Article 9 alinéa 1 (c), LBI selon lequel les effets du brevet ne s'étendent pas « *aux actes nécessaires à l'obtention d'une autorisation de mise sur le marché d'un médicament en Suisse ou dans un pays ayant institué un contrôle de médicament équivalent* ».

⁸⁵⁹ L'article 9 de l'Accord de Bangui de 1977 prévoyait déjà dans le même sens que : « *Le brevet ne produit pas d'effet à l'égard du tiers qui, au moment du dépôt de la demande, exploitait déjà l'invention sur le territoire de l'un des Etats membres, ou avait pris des mesures nécessaires pour cette exploitation. Ce tiers est autorisé à utiliser l'invention pour les besoins de son entreprise, dans ses ateliers propres ou dans ceux d'autrui. Ce droit ne peut être transmis qu'avec l'entreprise* ».

droit de propriété du titulaire du brevet. Le tiers doit avoir déjà commencé l'exploitation ou du moins avoir posé des actes matériels suffisamment explicites pour donner à croire qu'il entendait exploiter l'invention. Cette exploitation doit avoir eu lieu ou avoir été sérieusement envisagée au plus tard à la date de dépôt de la demande de brevet ou de priorité. C'est en cela que la possession doit être antérieure.

458 Les actes matériels ci-dessus cités doivent avoir été accomplis sur le territoire d'un Etat membre. La nature et l'objet de la possession doivent être identiques à ceux de l'invention.⁸⁶⁰ La possession antérieure doit être une possession de bonne foi. Il revient à son titulaire d'apporter la preuve de l'existence de son droit. L'alinéa 2 de l'annexe I de l'Accord de Bangui de 1999 précise que ce droit ne peut être transféré ou dévolu qu'avec l'entreprise ou la société ou la partie de l'entreprise ou de la société dans laquelle ont eu lieu l'utilisation ou les préparatifs en vue de l'utilisation⁸⁶¹.

459 Il faut noter que nonobstant cette limitation, nous pensons que le droit de possession personnelle antérieure présenterait un intérêt non négligeable notamment en ce qui concerne la protection des médicaments traditionnels. En effet, il permettrait de ne pas faire valoir à l'encontre des tradipraticiens un médicament breveté sur la base des ressources naturelles qui ont été l'objet d'un bio piratage. Ces tradipraticiens continueraient donc à prescrire ces médicaments à leurs patients sans pouvoir se voir opposer le droit du titulaire du brevet, ce qui est intéressant du point de vue de l'accès aux soins de santé publique dans l'espace OAPI. Ce qui aurait été davantage intéressant si l'*exception Bolar* avait été expressément consacrée par le législateur OAPI.

B - L'exception Bolar

460 Nous soulignerons dans ce paragraphe la genèse et l'importance de la règle de l'exception Bolar dans le droit positif de l'OAPI (1) tout en s'interrogeant sur le paradoxe de son absence qui serait injustifiée (2) alors même que celle-ci lui permettrait de résoudre le problème de l'accès rapide aux médicaments génériques.

⁸⁶⁰ La jurisprudence française considère que l'objet de la possession et celui de l'invention peuvent cependant porter sur un simple équivalent. TGI de Paris, 2 juillet 1976, D. 1978, p. 256, obs. MOUSSERON et LE STANC.

⁸⁶¹ Article 8 alinéa 2 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui de 1999.

1- L'historique de l'exception *Bolar*

461. Au début des années 80 aux Etats-Unis, la Cour d'Appel du Circuit Fédéral (CAFC) saisi par les Laboratoires ROCHE aux fins d'une procédure en contrefaçon dirigée contre un fabricant de médicaments génériques du nom de Bolar rendait sa décision en date du 23 Avril 1984 en prenant soin de la nommer du nom de l'une des parties au conflit : Bolar d'où l'appellation actuelle «*Exception Bolar* »⁸⁶². Dans la teneur de la décision, la CAFC refusait d'appliquer l'exception d'usage expérimental à des essais de bioéquivalence réalisés sur un générique d'un médicament protégé par un brevet, au motif que les essais étaient réalisés dans un but commercial et non scientifique. Ainsi, par cette décision, la CAFC édictait la règle selon laquelle les essais cliniques destinés à montrer la bioéquivalence ne constituent pas des actes d'usage expérimental et que par conséquent, ils ne peuvent donc pas être exonérés.

462. Dans l'optique de faciliter l'introduction rapide des médicaments génériques sur le marché⁸⁶³, le législateur américain est intervenu en 1984 avec le *Drug Price Competition and Patent Restoration Act*, connu sous le nom de *Hatch-WAXMAN Act*, dont le paragraphe 202 est codifié sous le §271 (e) (1) 35 USC. Cette loi américaine autorise les essais en vue de l'obtention d'une autorisation de mise sur le marché pour un générique⁸⁶⁴. Pour les mêmes raisons économiques, la France et, de façon plus générale, l'Union européenne ont ressenti, dans les

⁸⁶² Court of Appeals for the Federal Circuit, 23 avril 1984, Roche Products vs Bolar Pharmaceutical. En effet, l'exception a été nommée « *Bolar* » suite à un cas jugé par des cours américaines en 1984 dans une affaire (Roche Products inc vs Bolar Pharmaceutical Co.) dans laquelle le problème de l'exception était traité. Dans cette affaire, Bolar avait exploité une invention brevetée pour des essais de sa version et une demande d'autorisation de commercialisation d'un médicament brevet. Le tribunal avait décidé que l'utilisation à des fins expérimentales en vertu de la Common Law ne couvrait que l'expérimentation à des fins scientifiques et non commerciales et que les activités du fabricant de génériques constituaient une contrefaçon des brevets pertinents. Le tribunal refusa de reconnaître à la même année, les Etats-Unis, convaincus de la nécessité de favoriser l'exception réglementaire pour le développement du domaine pharmaceutique, ont introduit une loi qui favorise ladite exception, d'où le nom exception Bolar ». V. aussi B. COGGIO et F.D. CERRITO « Immunity for Drug-Approval Process : No Patent Infringement Under Certain Circumstances », publié au New York Law Journal, 9 mars 1998.

⁸⁶³ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, p. 312 : « *C'est la volonté de promouvoir les médicaments génériques et de réduire le contentieux suscité jusqu'alors par de telles actes qui explique cette exception instituée par la loi n°2007-248 du 26 février 2007* », JORF du 27 février 2007, V. JC GALLOUX, *RTD Com.* 2007, p. 58 et 518 ; J. PEIGNE, *RDSS*, 2007, p.579. La Cour suprême du Japon s'est aussi prononcée le 16 avril 1999 sur la validité des expériences réalisées avant la date d'expiration du brevet, afin d'obtenir une autorisation de mise sur le marché du produit concerné. La Cour a estimé « *que l'un des principes fondamentaux du système des brevets était de permettre à quiconque d'exploiter librement une nouvelle technologie après l'expiration de la durée de protection conférée par le brevet, créant ainsi un bénéfice pour la société* ». Compte tenu de la nécessité de réaliser des essais cliniques pour obtenir l'autorisation de mise sur le marché d'un produit générique, la Cour a estimé que la fabrication du produit breveté à cette fin ne constituait pas une violation des droits de brevet, car, dans le cas contraire, « *les tiers ne seraient pas en mesure d'exploiter librement l'invention brevetée avant un certain temps, une fois le brevet venu à expiration, ce qui irait à l'encontre des principes fondamentaux du système des brevets* ».

⁸⁶⁴ OMS, « Rapport de la Commission sur les droits de propriété intellectuelle, l'innovation et la santé publique : Santé publique, innovation et droit de propriété intellectuelle », glossaire, p. 193.

années 90, le besoin d'étendre le champ des exceptions à l'exclusivité accordée au brevet⁸⁶⁵. Cette initiative européenne a permis la mise sur le marché le plus rapidement possible des médicaments génériques par le biais de la directive 2001/83/CE du 31 mars 2004 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, tel que modifié par la directive 2004/27/CE du 31 mars 2004⁸⁶⁶. Qu'en est-il, à ce jour, de la position des législateurs des Etats membres des PMA en général et particulièrement de l'OAPI sur l'adoption urgentissime de la règle de l'exception Bolar quand on leur connaît un niveau de dégradation sanitaire très avancé?

2- L'absence injustifiée de l'exception Bolar dans le droit positif de l'OAPI

463. *L'exception Bolar* ou encore exception d'exploitation anticipée autorise les fabricants de médicaments génériques à effectuer les tests cliniques pour démontrer la bioéquivalence avec le médicament original avant l'expiration du brevet de ce dernier. Ceci permet au producteur de génériques de gagner du temps en préparant son produit et le dossier qui lui sera demandé par l'agence du médicament lors de sa demande d'Autorisation de Mise sur le Marché. L'objectif de l'exception Bolar est donc d'accroître la production de médicaments génériques tout en facilitant leur entrée sur le marché pharmaceutique immédiatement après l'expiration du brevet.⁸⁶⁷ Ceci pourrait également prévenir toute rupture brutale concernant l'approvisionnement du médicament dont le brevet est en train d'expirer sur le marché.

464. Etant donné que la concurrence des génériques fait baisser les prix des médicaments, cette exception contribue à un meilleur accès aux médicaments dans la mesure où ces derniers sont rapidement disponibles à des prix abordables aussitôt après l'expiration du brevet.⁸⁶⁸ L'OMC a eu à se prononcer sur l'entière compatibilité de l'exception Bolar avec les dispositions de l'article 30 de l'accord sur les ADPIC dans le cadre du litige opposant le Canada à l'Union européenne.⁸⁶⁹ En l'espèce, la loi canadienne sur les brevets⁸⁷⁰ prévoyait une exception de type « *Bolar* »

⁸⁶⁵ Dans de nombreux pays européens, elle a été reconnue dans la jurisprudence comme une variante de l'exception pour l'utilisation à des fins expérimentales. Cette affirmation trouve son fondement dans la jurisprudence suivante : *Ono Pharmaceuticals Co. Ltd. V. Kyoto Pharmaceutical Co. Ltd.*, Case No. Heisei 10 (Ju) 153, 1998.

⁸⁶⁶ Directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, tel que modifié par la Directive 2004/27/CE du 31 mars 2004.

⁸⁶⁷ OMS 1999, *op. cit.*, p.44.

⁸⁶⁸ C. CORREA, 2001, *op. cit.*, p. 17.

⁸⁶⁹ WTO, Canada - Patent Protection of Pharmaceutical Products, Document WT/DS114/R, 17 March 2000, précité.

⁸⁷⁰ Article 55.2 de la Loi canadienne sur les brevets de 1993: (1) it is not an infringement of a patent for any person to make construct use or sell the patented invention solely for uses reasonably related to the development and submission of information required under any law of Canada, a province or a country other the Canada that regulates the manufacture, construction, use or sale of any product. (2) It is not an infringement of a patent for any person

permettant non seulement de faire des expérimentations avec l'invention, mais aussi de produire et de stocker le produit pour qu'il puisse être mis sur le marché immédiatement après l'expiration du brevet. L'Union européenne demanda rétablissement d'un groupe spécial contre le Canada dans le cadre du mécanisme du règlement des différends de l'OMC à propos de cette exception. Dans sa décision, le groupe spécial confirma que l'exception pour exploitation anticipée était *compatible* avec l'Accord sur les ADPIC même en l'absence d'une prolongation de la durée de protection conférée par le brevet⁸⁷¹. En revanche, le groupe estima que l'autorisation de fabriquer et de stocker ledit produit avant l'expiration du brevet n'était pas compatible avec l'accord. En dehors du Canada et des Etats-Unis, plusieurs autres pays développés consacrent l'exception Bolar de manière légale et surtout jurisprudentielle. C'est le cas de l'Allemagne,⁸⁷² de la France⁸⁷³, de l'Italie,⁸⁷⁴ d'Israël⁸⁷⁵ et du Japon⁸⁷⁶. Certains de ces pays intègrent l'exception Bolar comme une variante de l'exception pour l'utilisation à des fins expérimentales.

465 L'exception s'est davantage répandue dans les pays en développement. Ainsi est-elle consacrée par la législation en Argentine⁸⁷⁷, au Brésil⁸⁷⁸, au Costa Rica, en Egypte, au Kenya, à Madagascar, en Malaisie, au Nigeria et en Thaïlande⁸⁷⁹. L'OMS et l'ONUSIDA se sont déclarés favorables à l'inclusion de *l'exception pour exploitation anticipée dans les législations nationales afin de pouvoir produire rapidement des produits génériques pour favoriser la concurrence et réduire les dépenses pharmaceutiques*.⁸⁸⁰

who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with submission (1) to make, construct or use the invention, during the applicable period provided for by the regulations, for the manufacture and storage of Articles intended for sale after the date on which the term of the patent expires.

⁸⁷¹ Référence faite au *Drug Price. Competition and Patent Term Restoration Act* (1984) américaine qui en même temps qu'elle consacrait l'exception Bolar envisagea la possibilité d'étendre exceptionnellement la durée de protection du brevet de médicament au-delà des délais de droit commun.

⁸⁷² Boehringer Ingelheim Int. GmbH v. Dr. Rentschler Arzneimittel GmbH and others (11.7.95); *Klinische versuche* (clinical trials) II, 1998. R.C.P. 423. V. UNCTAD-ICTSD, *op. cit.*, p. 444.

⁸⁷³ Directive 2004/27/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 modifiant la Directive n°2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain. Décision du Conseil Constitutionnel n°99-422 D.C du 21 décembre 1999. ; *RTD Com.* 2000, n°4, obs. Galloux.

⁸⁷⁴ Tribunal de Milan, E.R Squibb & Sons Inc. V. Giovanna (A.), 12 juin 1995.

⁸⁷⁵ Article 54 A, Amendement n°3 de la loi sur les brevets de 1998.

⁸⁷⁶ Otsuka Pharmaceutical Co, Ltd. Vs Towa Yakuhin K.K., Tokyo High Court, Civil 6th Division, Case n° 3498 (ne), 31 March 1998; confirmed by the Second Petty Bench of the Supreme Court, Case n°1998 (ju) 153, 16 April 1999.

⁸⁷⁷ Article 8 de la loi argentine n°24.766 de décembre 1996. Cet article prévoit que lorsqu'un produit ou un procédé est protégé par un brevet, toute tierce partie pourra utiliser l'invention avant l'expiration du brevet à des fins expérimentale* et pour rassembler les informations nécessaires à l'approbation d'un produit ou d'un procédé par l'autorité compétente, en vue de sa commercialisation après l'expiration du brevet.

⁸⁷⁸ Article 43 du code brésilien de la propriété intellectuelle du 14 février 2001.

⁸⁷⁹ S.F. MUSUNGU et C. OH, *op. cit.*, pp. 61-62.

⁸⁸⁰ OMS, Trade and public health, Déclaration de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) à la Troisième Conférence ministérielle de l'OMC, Seattle, 30 novembre-3 décembre 1999 ONUSIDA, Statement of UNAIDS at the Third WTO Ministerial Conference, Seattle, 30 novembre-3 décembre 1999.

466. Au regard du contexte international, de la pratique des Etats, de la jurisprudence de l'OMC et surtout, vu la situation sanitaire et le niveau de développement de l'industrie pharmaceutique locale dans les pays membres de l'OAPI, il est regrettable que le législateur OAPI ait ignoré d'intégrer l'exception Bolar dans les dispositions de l'Accord de Bangui révisé de 1999. Alors que les importations parallèles sont limitées, nous pensons que l'introduction de la clause pourrait servir comme une incitation pertinente à l'implantation d'industries pharmaceutiques du générique dans la région. Une telle implantation ne pourrait qu'être profitable dans la mesure où elle concourrait au renforcement des capacités pharmaceutiques locales et pourrait servir de base au développement de la recherche médicale adaptée aux maladies de la région. L'opportunité de restreindre les importations parallèles et en même temps d'ignorer une exception aussi importante que la clause Bolar est de nature à laisser planer le doute sur la volonté du législateur OAPI à promouvoir la fonction sociale du droit des brevets, notamment le bien-être des populations sur le plan sanitaire.

467. Il semble que le législateur OAPI ait sur ce point privilégié une conception absolue de la propriété intellectuelle⁸⁸¹ au détriment de l'intérêt de la santé publique, en réduisant au maximum les risques pour les titulaires de brevets de faire face à la concurrence des génériques. En l'absence de jurisprudence en la matière, il semble difficile de dire si le législateur OAPI a entendu étendre l'exception d'utilisation expérimentale à l'exception Bolar. Les choix du législateur OAPI sont d'autant plus étonnants que des pays aussi fortement industrialisés que le Japon admettent non seulement un régime d'épuisement international des droits, mais aussi l'exception Bolar. Il y a donc lieu de souhaiter que le législateur OAPI se montre plus incisif, car le développement économique ardemment désiré et convoité dans les Etats membres passe nécessairement par l'adoption de règles qui favorisent *le meilleur niveau de santé susceptible d'être atteint par les populations*. Cette attitude peut être interprétée comme une consécration d'un régime de propriété intellectuelle *ADPIC-Plus*, c'est-à-dire plus rigoureux que ne l'exige l'Accord sur les ADPIC. Une telle rigueur ne semble pas être appropriée à la mauvaise situation sanitaire qui prévaut dans les Etats membres de l'OAPI et encore moins l'attitude la plus favorable pour promouvoir la santé dans les pays membres de l'OMC et de leurs ressortissants.

⁸⁸¹ F. BOTOY ITUKU, *op. cit.*, p. 363 et ss.

Section 2 : Les exceptions autoritaires de restriction : les licences obligatoires

468. Les exceptions indirectes sont celles qui ne peuvent s'appliquer sans une autorisation donnée par une autorité judiciaire ou administrative à un tiers⁸⁸² d'utiliser une invention brevetée pour divers motifs d'intérêt général. Elles peuvent être différemment nommées. Ainsi, on parle de licence obligatoire ou encore de *licence non volontaire* ou de *licence autoritaire* ou de *licence imposée*. Elle se distingue clairement de la *licence volontaire* ou *licence contractuelle*. Dans ce dernier cas, le titulaire du brevet concède par contrat à titre gratuit ou onéreux à un tiers, en tout ou partie, la jouissance du droit d'exploitation de son invention. Le régime de la licence volontaire est organisé par les articles 36 à 38 de l'annexe I de l'Accord de Bangui de 1999. Il s'agit d'un contrat écrit dont la durée de validité ne saurait excéder celle du brevet. Il doit être inscrit au registre spécial des brevets. Son opposabilité aux tiers dépend de cette inscription et de la publicité faite selon les formes prescrites par l'OAPI.

469. La licence n'est pas exclusive, sauf stipulation contraire du contrat de licence. La concession d'un contrat de licence ne pose pas de problème aussi longtemps que les parties au contrat de même que les tiers ne subissent pas de préjudice illégitime. L'on peut présumer, si le brevet objet de la licence volontaire porte sur un produit de santé, que les patients ne souffrent pas de manière injustifiée de l'exploitation du brevet. Cependant, il peut arriver que pour diverses raisons le brevet fasse l'objet d'une exploitation sans l'autorisation et parfois contre le gré du titulaire du brevet. L'utilisation de ce mécanisme autoritaire constitue une flexibilité importante en matière de santé publique, particulièrement pour l'accès aux médicaments brevetés. Parce qu'il s'agit d'une mesure imposée, la loi l'a à juste titre réglementée de manière rigoureuse afin d'éviter que cela aboutisse finalement à une négation des droits du breveté. Quand bien même, l'exploitation des licences obligatoires est prévue dans les principaux instruments internationaux qui régissent le droit matériel des brevets, notamment, la Convention de Paris, nous nous en tiendrons ici aux textes adoptés dans le cadre de l'accord sur les ADPIC de l'OMC. Une analyse du régime des licences obligatoires dans l'accord sur les ADPIC (**paragraphe 1**) et leur mise en œuvre par le droit OAPI subséquente (**paragraphe 2**) dans la perspective de faciliter l'accès aux médicaments nous semble important dans la mesure où les Etats membres de cet espace ont fondé beaucoup d'espoir.

⁸⁸² C. CORREA, *op. cit.*, 2001, p. 72.

Paragraphe 1 : Le régime juridique des licences obligatoires dans le cadre du droit multilatérale de l'OMC

470. Au premier chef des règles relatives au droit des brevets se trouve l'Accord sur les ADPIC qui organise le régime initial des licences obligatoires dans le cadre de l'OMC (A). Des problèmes récurrents liés à la santé publique ont poussé les Etats membres à faire évoluer de manière significative la mise en œuvre de cette flexibilité dans le cadre du processus de Doha (B).

A- Le régime des licences obligatoires dans l'Accord sur les ADPIC

471. L'Accord sur les ADPIC n'utilise pas l'expression « *licences obligatoires* ». Mais, l'on s'accorde unanimement à reconnaître que les « *autres utilisations sans autorisation du détenteur dudit droit* » envisagées par l'article 31 de l'Accord renvoient en substance aux licences obligatoires. Il s'agissait pour l'Accord sur les ADPIC de limiter, précisément, ces utilisations, en imposant des conditions minimales aux Etats membres de l'OMC.⁸⁸³ Aussi l'article 31 prévoit que « *dans les cas de la législation d'un Membre permet d'autres utilisations de l'objet d'un brevet sans l'autorisation du détenteur du droit, y compris l'utilisation par les pouvoirs publics ou des tiers autorisés par ceux-ci, les dispositions suivantes seront respectées...* ». L'Accord sur les ADPIC précise à son l'article 31⁸⁸⁴ qu'il faut entendre par « *autres utilisations* » les utilisations autres que celles qui sont autorisées en vertu de l'article 30. Quoiqu'il en soit, l'Accord sur les ADPIC laisse entrevoir les motifs qui peuvent être invoqués pour l'octroi des licences obligatoires (1) ainsi que les conditions à respecter (2).

1- Les motifs d'octroi des licences obligatoires : une liste non exhaustive justifiée par la nécessité de protéger la santé publique

472. Il résulte de l'article 31 *in fine* de l'Accord sur les ADPIC un certain nombre de motifs justifiant l'octroi de licences obligatoires. Il faut dire d'emblée que ces motifs ne sont pas les seules hypothèses autorisées et l'Accord sur les ADPIC n'a pas entendu limiter la latitude des Etats membres en ce qui concerne les fondements sur lesquels ils décident d'accorder une licence obligatoire.

⁸⁸³ OMS 1999, p. 35.

⁸⁸⁴ Note 7 de l'Accord sur les ADPIC.

473 D'ailleurs, l'octroi d'une licence sans l'autorisation du titulaire du brevet sera examiné sur la base des circonstances qui lui sont propres,⁸⁸⁵ c'est-à-dire que l'opportunité de délivrer une licence obligatoire est appréciée au cas par cas⁸⁸⁶. Les raisons qui peuvent être invoquées en vertu de l'Accord sur les ADPIC sont donc les suivantes :

- « *Les situations d'urgence nationales ou autres situations d'extrême urgence*, l'Accord sur les ADPIC ne précise pas les critères de « *l'urgence nationale* » ni des « *circonstances d'extrême urgence* ».

474 Il peut s'agir d'une situation de guerre, d'épidémie, de famine ou de catastrophe naturelle. Le Zimbabwe (2002), la Zambie, le Mozambique (2004)⁸⁸⁷ et le Rwanda⁸⁸⁸ ont invoqué des dispositions d'urgence pour justifier l'octroi de licences obligatoires et permettre la production locale d'ARV pour une utilisation publique à des fins non commerciales. Une licence obligatoire peut être octroyée aux fins d'utilisation du brevet par les pouvoirs publics, par exemple pour assurer des soins de santé aux populations les plus démunies. Ladite licence pourra être utilisée

⁸⁸⁵ Art 31 a), Accord sur les ADPIC.

⁸⁸⁶ Cette disposition doit également être interprétée en sens inverse. Ainsi, l'octroi d'une licence obligatoire ne doit pas être fondé sur des motifs vagues ou généraux, par exemple tendant à une utilisation systématique du mécanisme dans certains secteurs particuliers de la technologie ou de l'industrie. L'Accord vise ainsi à assurer que toutes les conditions requises sont remplies dans chaque cas spécifié préalablement à l'octroi de la licence obligatoire. V. dans le même sens D. GERVAIS, *op. cit.*, p. 250 : UNCTAD-ICTSD, *op. cit.* p. 468.

⁸⁸⁷ En 2002, le Ministre de la Justice et des Affaires juridiques et parlementaires a publié une notification par laquelle il déclare une situation d'urgence relative au VTH/SIDA, autorisant ainsi l'Entêt ou toute personne au bénéfice d'une autorisation écrite du ministre de fabriquer ou d'exploiter tout médicament breveté, y compris des médicaments antirétroviraux, utilisé dans le traitement des personnes atteintes du VIH/SIDA ou de maladies liées au VIH/SIDA, ou d'importer tout médicament générique utilisé dans le traitement des personnes atteintes du VIH/SIDA ou de maladies liées au VIH/SIDA. Cette déclaration a été publiée en application des articles 34 et 35 de la loi zimbabwéenne des brevets. La déclaration annonçait une période d'urgence initiale de six mois, qui a été prolongée de 5 ans, de janvier 2003 à décembre 2008. En avril 2003, Varichem Pharmaceuticals [Pvt] Ltd., une société de droit zimbabwéen, a été autorisée à « fabriquer, utiliser ou exploiter toute invention divulguée dans une description déposée à l'Office des brevets aux fins de réaliser les objectifs de l'acte réglementaire 32 de 2003 ». En vertu de cette autorisation, Varichem est appelé à produire des ARV ou d'autres médicaments liés au VIH/SIDA et à fournir les trois quarts des médicaments qu'il produira aux établissements de santé publics. La société Varichem aurait produit son premier ARV en octobre 2003 et a introduit à ce jour plusieurs autres versions génériques d'ARV sur le marché. S'il est difficile d'évaluer précisément les incidences de la déclaration ministérielle sur la production locale d'ARV, le moins que l'on puisse dire est que cette mesure a permis de réduire le poids de la prise en charge des patients malades du VIH/SIDA, les prix de médicaments étant trop élevés pour l'immense majorité des patients zimbabwéens. A titre d'exemple, le prix de l'ARV Zerit (stavudine) est passé de 22 000 dollars zimbabwéens par patient et par mois (400 dollars aux taux de change officiels alors en vigueur) en 2001 à 1800 dollars zimbabwéens par mois (30 dollars) en 2002. V. S.F. MUSUNGU et C. OH, *op. cit.*, pp. 35 et ss.

⁸⁸⁸ En 2007, le Rwanda est devenu le premier pays du monde à recourir à une décision de l'OMC permettant d'importer des médicaments génériques contre le sida, près de quatre ans après l'adoption de cette dérogation au droit des brevets. Cette décision permet au Rwanda d'obtenir des copies génériques de traitements à bas prix plutôt que d'acheter des médicaments plus chers et protégés par des brevets. En juillet 2007, le gouvernement Rwandais a informé l'Organisation mondiale du commerce de son intention d'importer du Canada sur deux ans 260 000 boîtes de TriAvir, un anti-rétroviral produit par la société Apotex. Le Rwanda est ainsi devenu le premier des 150 États membres de l'OMC à utiliser la dérogation légale au droit des brevets du 30 août 2003.

par le gouvernement lui-même à travers des institutions publiques ou par des tiers autorisés par le gouvernement à agir pour son compte ;

- *Les pratiques anticoncurrentielles.* Elles peuvent consister à utiliser le monopole conféré par le brevet pour pratiquer des prix excessifs ou d'autres pratiques abusives nuisibles au bien-être collectif⁸⁸⁹.

475 Les licences obligatoires sont un moyen de remédier à une telle situation, si elle survenait, dans l'intérêt du consommateur du marché pharmaceutique ou de l'économie. Elles peuvent en outre être interprétées comme s'inscrivant dans la logique des principes énoncés à l'article 8 al. 2 de l'Accord sur les ADPIC qui prescrit la prise de *mesures appropriées pour éviter l'usage abusif* des droits de propriété intellectuelle⁸⁹⁰. Les Etats-Unis sont probablement le pays au monde qui a la plus grande expérience de l'octroi de licences obligatoires pour contrecarrer les pratiques anticoncurrentielles ou pour permettre l'exploitation de brevets par le gouvernement⁸⁹¹.

⁸⁸⁹ Au titre d'exemples historiques de blocage pour brevet (blocking patents). L'on peut citer James Watt, inventeur du moteur à vapeur, qui a utilisé son brevet pour empêcher le développement de moteurs plus performants, ou les frères Wright, au début du développement de l'aéronautique, ou encore Alexander Graham Bell, au début de l'ère de la téléphonie. L'exercice des prérogatives rattachées au brevet retarde ou empêche alors le cumul des apparences, ce qui constitue la perte d'une chance du point de vue du bien-être collectif. V. E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 284.

⁸⁹⁰ Article 8 alinéa 2 « *Des mesures appropriées, à condition qu'elles soient compatibles avec les dispositions du présent accord, pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie* ».

⁸⁹¹ Plus d'une centaine de licences obligatoires ont été accordées pour des brevets présents ou futurs pour remédier aux pratiques anticoncurrentielles aux Etats-Unis. En pratique, alors même qu'elles se sont élevées contre l'octroi de telles licences dans plusieurs pays en développement, les autorités américaines continuent à adopter une politique d'utilisation des licences obligatoires pour favoriser la concurrence. Ainsi, la Commission fédérale du commerce (Fédéral Trade Commission - FTC) des Etats-Unis a publié le 24 mars 1997 une décision concernant la fusion entre les sociétés suisses Ciba-Geigy et Sandoz pour former Novartis. La nouvelle société allait prendre le contrôle de Chiron, société de *biotechnologie*. La FTC a conclu que la fusion violait les lois antitrust américaines, parce que les sociétés fusionnées étaient potentiellement ou dans les faits des concurrents pour plusieurs produits. La FTC a demandé le dessaisissement de plusieurs produits et a ordonné des licences obligatoires sur les droits de propriété intellectuelle pour un certain nombre d'autres inventions médicales. Par exemple, il a été exigé de Ciba-Geigy, de Sandoz et de Chiron d'octroyer à Rhône-Poulenc Rorer des licences pour une large gamme de brevets, de données et de savoir-faire relatifs aux produits de la HSV-tk, aux gènes de l'hémophilie et à d'autres produits. Il a été également demandé à la nouvelle société et à Chiron d'octroyer licences non exclusives à toute partie intéressée par les brevets et autres droits relatifs aux cytokines. Dans le cas des licences non-exclusives pour les cytokines (impliquant les thérapies géniques) et du brevet couvrant la thérapie génique Anderson, la FTC a précisé que les redevances ne devaient pas dépasser 3 % du prix net à la vente. Il est généralement demandé aux preneurs de licences de verser au titulaire du brevet une redevance d'un montant raisonnable, mais des licences obligatoires ont parfois été octroyées à titre gratuit. V. C. CORREA,

2002b, pp. 14-16.

- *Les brevets dépendants.* Le brevet dépendant est celui qui ne peut être exploité sans utiliser un autre brevet et l'Accord sur les ADPIC autorise, sous réserve de certaines conditions, l'octroi des *licences autoritaires pour brevet de dépendance*.

476 A ces divers motifs qui ressortent de l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC, l'on peut ajouter la *licence obligatoire pour défaut ou insuffisance d'exploitation* prévue dans le cadre de la Convention de Paris. C'est que, les dispositions de l'Accord sur les ADPIC ne doivent pas être prises isolément. En vertu de l'article 2 de l'Accord, en ce qui concerne les *conventions relatives à la propriété intellectuelle*, les Etats membres de l'OMC doivent se conformer aux dispositions de la Convention de Paris, notamment l'article 5 qui envisage l'utilisation d'une telle licence⁸⁹². Il y a donc lieu de penser que cette hypothèse est envisagée par l'Accord sur les ADPIC. La question pendante reste cependant celle de savoir si l'absence d'exploitation locale⁸⁹³ peut justifier l'octroi d'une licence obligatoire dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question tout en l'appréciant par rapport au droit OAPI des brevets. Par ailleurs, *l'intérêt public* peut également justifier l'octroi d'une licence obligatoire. Dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, un tel motif reposerait sur l'article 8 alinéa 1 qui accorde aux Etats membres de l'OMC la possibilité d'adopter « *les mesures nécessaires pour protéger la santé publique et la nutrition et pour promouvoir l'intérêt public dans des secteurs, d'une importance vitale pour leur développement socio-économique et technologique* ». Dans le sillage de cette disposition, les licences d'office, en particulier dans l'intérêt de la santé publique peuvent être envisagées. La plupart des législations sur les brevets des pays développés⁸⁹⁴ que des pays en développement reconnaissent que des raisons d'intérêt public peuvent justifier la délivrance d'une licence obligatoire, même si la notion d'*intérêt public* n'est pas souvent définie. Les législations renvoient alors à une liste non exhaustive ou illustrative de ce qui peut être considéré comme une raison d'intérêt public pour l'octroi d'une telle licence, tout en laissant au juge ou à toute autre autorité compétente le soin de préciser la notion en cas

⁸⁹² Article 2 alinéa 1 de l'Accord sur les ADPIC : « *Pour ce qui est des Parties I, III et IV du présent accord, les Membres se conformeront aux articles premier à 12 et à l'article 19 de la Convention de Paris (1967)* ». Article 2 alinéa 2 : « *Aucune disposition des Parties I à IV du présent accord ne dérogera aux obligations que les Membres peuvent avoir les uns à l'égard des autres en vertu de la Convention de Paris...* ».

⁸⁹³ L'exploitation locale est celle qui est effectuée sur le territoire de l'Etat où le brevet a été délivré. Rappelons que dans l'espace OAPI, l'Accord de Bangui de 1977 prévoyait que l'importation ne constitue pas à elle seule une excuse légitime du défaut d'exploitation.

⁸⁹⁴ Loi d'urgence n°2020-290 du 23 mars 2020 pour faire face à l'épidémie de covid-19 a introduit dans le code de santé publique français un nouvel article L.3131-15. V. aussi, la Loi n°68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention en France. V. enfin le règlement (CE) n° 816/2006 du 17 mai 2006 adopté afin de se conformer à l'article 31 bis de l'Accord sur les ADPIC. Ce règlement concerne l'octroi des licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique.

de besoin⁸⁹⁵.

Mais, quelle que soit l'interprétation donnée, les conditions posées par l'accord devront être respectées.

1- Les conditions d'octroi des licences obligatoires : l'aménagement des droits fondamentaux du breveté

477. L'Accord sur les ADPIC a prévu des conditions strictes afin que l'atteinte portée aux droits du brevet par les licences obligatoires reste raisonnable. Plusieurs conditions sont requises pour la validité d'une licence obligatoire. Nous analyserons respectivement l'exigence du consentement préalable du titulaire du brevet **(a)**, La rémunération due au breveté **(b)** La limitation de la durée et de l'objet des licences obligatoires **(c)** La non exclusivité et l'incessibilité des licences obligatoires **(d)** et l'encadrement des licences obligatoires pour brevet dépendant **(e)**.

a- L'exigence du consentement préalable du titulaire du brevet

478. Une licence obligatoire ne peut être admise que si au préalable, le candidat utilisateur s'est efforcé d'obtenir l'autorisation du détenteur du droit, suivant *des conditions et modalités commerciales raisonnables*, et que si ses efforts n'ont pas abouti dans un délai raisonnable.⁸⁹⁶ Ce n'est donc qu'à l'issue de négociations infructueuses avec le titulaire du brevet qu'une licence

⁸⁹⁵ La loi allemande sur les brevets autorise l'octroi de licences obligatoires quand « elles sont indispensables pour l'intérêt public ». L'Office Fédéral des Brevets allemand a octroyé une seule licence obligatoire, le 7 juin 1991. Le requérant (Bioferon) fabriquait un produit pharmaceutique (polyféron) pour le traitement des polyarthrites chroniques et avait obtenu, conformément à la loi sur les produits pharmaceutiques, son homologation. Le requérant détenait également des brevets dépendants pour des applications particulières de l'interféron humain. La juridiction fédérale compétente en matière de brevets a estimé qu'il était de l'intérêt public *d'utiliser* à des fins médicales le prolyféron qui était dépendant du brevet relatif à l'interféron humain. Cependant, la Cour Suprême fédérale, en désaccord avec la juridiction fédérale compétente en matière de brevets, a décidé en décembre 1995 que : « une licence obligatoire ne peut être octroyée pour un produit pharmaceutique si l'intérêt public peut être satisfait par d'autres préparations plus ou moins équivalentes ». Le droit brésilien prévoit qu'en cas d'urgence nationale ou pour des considérations d'intérêt public reconnues par les autorités exécutives fédérales, une licence obligatoire non exclusive peut être accordée d'office à titre temporaire si cela est nécessaire. L'intérêt public est défini comme comprenant la protection de la santé publique, la satisfaction des besoins nutritionnels, la protection de l'environnement et d'autres domaines d'importance fondamentale pour le développement technologique, social et économique du Brésil. V. C. CORREA 2001, *op. cit.*, p. 107; C. CORREA, 2002, *op. cit.*, pp. 13-14.

⁸⁹⁶ Article 31 b), Accord sur les ADPIC. V. aussi l'article 46 alinéa 1 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui de 1999 qui dispose que : « Sur requête de quiconque, présentée après expiration d'un délai de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande de brevet ou de trois ans à compter de la date de délivrance de la demande de brevet, le délai qui expire le plus tard devant être appliqué, une licence non volontaire peut être accordée si... ».

obligatoire peut être délivrée. L'Accord sur les ADPIC ne définit pas ce qu'il faut entendre par *délai raisonnable*.⁸⁹⁷ Il y a lieu de penser que les Etats membres disposent d'un certain pouvoir d'appréciation en la matière, en fonction du domaine technologique en question, de la pratique généralement observée et des besoins particuliers de l'Etat où la licence est délivrée.

479. Deux exceptions à l'exigence du consentement préalable du breveté sont envisagées. La première exception concerne les situations *d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence* ou les *cas d'utilisation publique à des fins non commerciales*⁸⁹⁸. Le détenteur du droit de brevet devra néanmoins être avisé de l'existence de la mesure autoritaire *aussitôt qu'il sera raisonnablement possible*. Dans le cas particulier de l'utilisation publique à des fins non commerciales, l'exigence est précédée de la précision que la licence obligatoire pourra être délivrée si les pouvoirs publics ou l'entreprise contractante, sans faire de recherche de brevet, savent ou ont des raisons démontrables de savoir qu'un brevet valide est ou sera utilisé par les pouvoirs publics ou pour leur compte. La seconde exception concerne l'hypothèse où la licence obligatoire est délivrée *pour remédier à une pratique jugée anticoncurrentielle à l'issue d'une procédure judiciaire ou administrative*.⁸⁹⁹ La rémunération due au breveté pourrait pâtir de cette dernière situation, mais elle ne semble pas pouvoir être totalement remise en cause.

a- La rémunération due au breveté

480. Le détenteur du droit recevra une *rémunération adéquate* selon le cas d'espèce, compte tenu de la valeur économique de la licence obligatoire⁹⁰⁰. Le calcul de la *rémunération adéquate* n'est pas standardisé. L'exigence s'inscrit assurément dans la volonté clairement affichée dans l'Accord sur les ADPIC d'éviter que le détenteur du brevet ne souffre de manière injustifiée de l'octroi d'une licence non volontaire. La rémunération adéquate peut renvoyer à une rémunération *suffisante, qui obéit aux standards minimums dans le domaine ethnologique ou industriel concerné*⁹⁰¹. Cela peut renvoyer au prix qu'aurait coûté une licence volontaire délivrée par ce

⁸⁹⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, p.337 « Pour qu'une licence obligatoire puisse être demandée, il faut établir que le titulaire du brevet ou son ayant cause n'a pas entrepris l'exploitation de l'invention dans les trois ans qui suivent la délivrance du brevet ou les quatre ans du dépôt de la demande. C'est le délai le plus long donc le plus favorable au breveté que l'on doit retenir ». Il précise en outre que « la loi peut envisager aussi l'hypothèse dans laquelle l'invention a bien été exploitée dans ces délais mais où elle été abandonnée depuis plus de trois ans ».

⁸⁹⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, p. 337.

⁸⁹⁹ Article 31 k), Accord sur les ADPIC.

⁹⁰⁰ Article 31 h), Accord sur les ADPIC.

⁹⁰¹ Sur les diverses interprétations possibles, V. IJUNCTAD-ICTSD, *op. cit.*, pp. 475 et ss.

titulaire du brevet dans les conditions normales du marché.⁹⁰²

b- La limitation de la durée et de l'objet des licences obligatoires

481. La portée et la durée d'une licence obligatoire seront limitées aux fins auxquelles celle-ci a été autorisée⁹⁰³. La validité juridique de toute décision concernant l'autorisation d'une licence obligatoire pourra faire l'objet d'une révision judiciaire ou autre révision indépendante par une autorité supérieure distincte de l'Etat membre qui l'a autorisé (article 31i)), Accord sur les ADPIC). Quoique, l'autorisation d'une telle licence sera susceptible d'être rapportée, sous réserve que les intérêts légitimes des personnes ainsi autorisées soient protégés de façon adéquate, si et lorsque les circonstances y ayant conduit cessent d'exister et ne se reproduiront vraisemblablement pas (article 31g)). L'autorité compétente sera habilitée à réexaminer, sur demande motivée, si ces circonstances continuent d'exister. Elle garde la possibilité de *refuser de rapporter la licence si et lorsque les circonstances ayant conduit à cette autorisation risquent de se reproduire* (article 31k)) in fine. Une telle licence sera autorisée principalement pour l'approvisionnement du marché intérieur du Membre qui a autorisé cette utilisation (article 31f)). En d'autres termes, l'octroi de la licence obligatoire ne doit pas être orienté vers l'exportation du produit sous licence, du moins pas à titre principal. Le terme « *principalement* » signifie que certaines exportations peuvent être acceptées, mais que ces opérations ne doivent pas constituer la principale raison de la licence obligatoire. Cependant, l'article 31 f) ne doit pas être compris comme excluant que l'approvisionnement du marché puisse être effectué via l'importation du produit breveté⁹⁰⁴. En effet, si le titulaire de la licence obligatoire importe dans des conditions normales le produit breveté d'un marché étranger pour approvisionner le marché intérieur, cette exploitation est licite. Il faut seulement qu'aux fins de cette importation, l'Etat exportateur n'ait pas octroyé également une licence obligatoire, car c'est ce qui est interdit par l'Accord sur les ADPIC. Cependant, cette interprétation est limitée par le fait que le titulaire du brevet peut bloquer dans la pratique toute possibilité de se procurer ses produits par l'importation (par exemple, en interdisant par contrat à ses concessionnaires et à ses distributeurs d'exporter). Cette condition était un obstacle majeur à l'accès aux médicaments des pays sans capacité de production locale suffisante. Ne pouvant fabriquer par eux-mêmes les médicaments sous licence obligatoire et ne pouvant en pratique les importer d'un autre pays ayant des capacités productives plus appropriées, ces pays se retrouvaient dans une situation où

⁹⁰² D. GERVAIS, *op. cit.*, p. 252.

⁹⁰³ Article 3 1 c), Accord sur les ADPIC.

⁹⁰⁴ V. dans le même sens C. CORREA, 2001, *op. cit.*, pp. 112-113.

l'utilisation de la licence obligatoire s'avérait être plus un piège qu'une véritable flexibilité. L'utilisation de l'imparfait tient à ce que, comme nous le verrons par la suite, les négociations du cycle de Doha ont abouti à une profonde amélioration de la situation.

c- La non exclusivité et l'incessibilité des licences obligatoires

482 La licence obligatoire sera non exclusive (article 31 d), Accord sur les ADPIC) et incessible, sauf avec la partie de l'entreprise ou du fonds de commerce qui en a la jouissance (article 31 e)). Le titulaire du brevet ne perd pas son droit à l'exploitation par l'effet d'une licence obligatoire ; il reste le seul à pouvoir céder ce droit à des personnes autres que le bénéficiaire de la licence obligatoire.

d- L'encadrement des licences obligatoires pour brevet dépendant

483 Dans les cas où la licence est autorisée pour permettre l'exploitation d'un brevet (le second brevet) qui ne peut pas être exploité sans porter atteinte à un autre brevet (le premier brevet), c'est-à-dire dans le cas d'un *brevet dépendant*, l'accord sur les ADPIC prévoit des conditions supplémentaires : l'invention revendiquée dans le second brevet supposera un progrès technique important, d'un intérêt économique considérable, par rapport à l'invention revendiquée dans le premier brevet. Le titulaire du premier brevet aura droit à une licence réciproque à des conditions raisonnables pour utiliser l'invention revendiquée dans le second brevet ; la licence autorisée en rapport avec le premier brevet sera incessible sauf si le second brevet est également cédé.

484 Dans l'ensemble, l'Accord sur les ADPIC procède à une uniformisation des conditions d'octroi des licences obligatoires quels qu'en soient les motifs et qu'il s'agisse de licences obligatoires au sens strict de la convention de Paris ou de licences d'office. Il renforce tout en le durcissant le régime des licences obligatoires par rapport à ce qui était prévu dans le cadre de la Convention de Paris, notamment en ce qui concerne l'exigence du consentement préalable du breveté, sa rémunération, la possibilité de révision judiciaire et les conditions de la licence obligatoire pour brevet dépendant. Dans un souci de prise en compte des inquiétudes particulières de santé publique, l'accord de Doha a fourni le cadre propice à une évolution du système des licences obligatoires vers un meilleur accès aux soins de santé publique.

B- L'évolution du régime des licences obligatoires dans le cadre de Doha

485. La Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique marque un tournant décisif dans l'utilisation des licences obligatoires pour faciliter l'accès aux soins de santé (1). Elle a servi de tremplin pour l'évolution du mécanisme des licences obligatoires par un accord adopté à l'OMC le 30 août 2003 (2) et pour l'amendement permanent de l'Accord sur les ADPIC par la décision du 6 décembre 2005 (3).

1- Les différentes tentatives de clarifications des licences obligatoires selon la déclaration de DOHA de 2001

486. La Déclaration de Doha fait suite aux préoccupations suscitées au sein des pays en développement quant au conflit manifeste qui pourrait exister entre la protection des droits de propriété intellectuelle et les objectifs de santé publique. L'initiative de ce processus fut prise par le Groupe africain et d'autres pays en développement à l'OMC⁹⁰⁵. Ce qui est fortement symbolique de l'ampleur des problèmes de santé dans ces parties du monde⁹⁰⁶. Il s'agissait donc de trouver une parade juridique aux pressions que subissaient les PED quant à la mise en œuvre dans le domaine de la santé publique des flexibilités octroyées par l'Accord sur les ADPIC.

487. La Déclaration de Doha est donc apparue comme une réponse pertinente et un succès remarquable de la stratégie des pays en développement dans le domaine⁹⁰⁷, même si sa valeur juridique a pu susciter quelque débat⁹⁰⁸.

⁹⁰⁵ V. notamment sur la question le Document IP/C/W/296, soumis au Conseil des ADPIC par le Groupe Africain, la Barbade, la Bolivie, le Cuba, la République Dominicaine, l'Equateur, le Honduras, l'Inde, l'Indonésie, la Jamaïque, le Pakistan, le Paraguay, les Philippines, le Pérou, le Sri Lanka, la Thaïlande et le Venezuela.

⁹⁰⁶ Il faut dire que ces inquiétudes se sont manifestées de la manière la plus perceptible à la suite du conflit sud-africain.

⁹⁰⁷ P. DRAHOS, "Developing Countries and International Intellectual Property Standard- Setting", The Journal of World Intellectual Property, Study prepare for the UK Commission on Intellectual Property Rights, 2002, p. 26 et ss.

⁹⁰⁸ Suite à l'adoption de la Déclaration de Doha, M. Robert ZOELLICK alors représentant des Etats-Unis auprès de l'OMC affirmait le caractère interprétatif du texte tout en précisant la valeur essentiellement politique (United States Trade Representative (USTR) Press Release 01-100, 14 November 2001, entitled « USTR Zoellick Says World has Chosen Path of Hope. Openness. Development and Growth »). La doctrine divisée sur la question était partagée entre la considération que la Déclaration de Doha constituait un texte dépourvu de portée juridique et celle qu'il s'agit d'un texte juridique important. Cependant, s'appuyant sur les règles de droit international public général, l'on a fait valoir que la Déclaration de Doha s'inscrivait dans la logique de l'Article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités du 23 mai 1969 qui prescrit : « I. Un traité doit être interprété de bonne foi

488. Sur le débat relatif à la valeur juridique de la Déclaration de Doha, nous sommes d'avis que sa pertinence sur le plan juridique ne saurait être contestée même si les avis divergent sur ce point. En effet, le Professeur CORREA relève qu'en principe, une Déclaration n'a pas à proprement parler de valeur juridique au regard des règles de l'OMC. Cependant, compte tenu de son contenu et de son mode d'adoption, la Déclaration de Doha produit les mêmes effets qu'une norme impérative et doit être regardée comme telle. Selon lui, elle transcende la dimension politique pour s'affirmer comme un instrument juridique qui lie les Etats membres⁹⁰⁹ dans la mesure où la Déclaration de Doha a été adoptée en vertu des prescriptions même de l'OMC telles que prévues à l'article III al. 2⁹¹⁰. Cela étant, plusieurs dispositions de la Déclaration de Doha renvoient à la mise en œuvre des licences obligatoires dans l'intérêt de la santé publique, en particulier pour faciliter l'accès aux médicaments. Considérant que l'Accord sur les ADPIC

suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes dit traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. 2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité : h) tout instrument était par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité. 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions : h) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ; c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. 4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties ». En outre, la valeur juridique de la Déclaration ne saurait être remise en cause au regard de l'article IX (2) de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC, en vertu duquel la Conférence ministérielle et le Conseil général ont le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations de l'accord instituant l'OMC et des accords commerciaux multilatéraux dont l'Accord sur les ADPIC. Par ailleurs, la Déclaration de Doha a été adoptée en vertu des prescriptions même de l'OMC telles que prévues à l'article III al. 2 qui dispose : « *L'OMC sera l'enceinte pour les négociations entre ses membres au sujet de leurs relations commerciales multilatérales concernant des questions visées par les accords figurant aux annexes du présent accord. L'OMC pourra aussi servir d'enceinte pour d'autres négociations entre ses Membres au sujet de leurs relations commerciales multilatérales, et de cadre pour la mise en œuvre des résultats de ces négociations, selon ce que la conférence ministérielle pourra décider* ». L'on notera que la Conférence ministérielle, à la suite de la Déclaration de Doha, a adopté des décisions qui emportent des effets juridiques importants. Comme la modification de l'Article 66 de l'Accord sur les ADPIC relatif à l'extension des délais de transition et l'exemption de tous les PMA de leurs obligations en vertu de l'Accord sur les ADPIC jusqu'au 1^{er} juillet 2013, sur lesquels nous reviendrons. Le Professeur CORREA relève qu'en principe, une Déclaration n'a pas à proprement parler de valeur juridique au regard des règles de l'OMC. Cependant, compte tenu de son contenu et de son mode d'adoption, la Déclaration de Doha produit les mêmes effets qu'une norme impérative et doit être regardée comme telle. Elle transcende la dimension politique pour s'affirmer comme un instrument juridique qui lie les Etats membres: "The Doha Declaration is a strong political statement that can make it easier for developing countries to adopt measures necessary to ensure access to health care without the fear of being dragged into a legal battle. The Declaration is also a Ministerial decision with legal effects on the Member States and on the WTO bodies, particularly the Dispute Settlement Body and the Council for TRIPS. It states the purpose of the TRIPS Agreement in the area of public health, interprets the TRIPS Agreement with regard to some important aspects, instructs the Council for TRIPS to take action, and decides on the implementation of the transitional provisions for LDCs". {C. CORREA 2002, *op. cit.*, p. 44). Sur l'ensemble de la question, V. par exemple C. CORREA, *Ibid.*, pp. 44-45, J.T. GATHII, "The Doha Declaration on TRIPS and Public Health under the Vienna Convention of the Law of Treaties", *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 15, Number 2, 2002, pp. 292-318.

⁹⁰⁹ C. CORREA, 2002 *op. cit.* ; J.T. GATHII, *op. cit.*, pp. 292-293.

⁹¹⁰ Article III al. 2 de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC dispose que : « *L'OMC sera l'enceinte pour les négociations entre ses membres au sujet de leurs relations commerciales multilatérales concernant des questions visées par les accords figurant aux annexes du présent accord. L'OMC pourra aussi servir d'enceinte pour d'autres négociations entre ses Membres au sujet de leurs relations commerciales multilatérales, et de cadre pour la mise en œuvre des résultats de ces négociations, selon ce que la conférence ministérielle pourra décider* ».

n'empêche pas et ne devrait pas empêcher les Membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique, la Déclaration de Doha affirme en son paragraphe 4 que « *ledit accord peut et devrait être interprété et mis en œuvre d'une manière qui appuie le droit des membres de l'OMC de protéger la santé publique et, en particulier, de promouvoir l'accès de tous aux médicaments* ». Par conséquent, elle reconnaît à chaque membre le droit d'accorder des licences obligatoires et la liberté de déterminer les motifs pour lesquels de telles licences sont accordées⁹¹¹. Le droit d'accorder des licences obligatoires compte tenu des motifs librement déterminés par les Etats membres ne devrait donc donner lieu à des pressions ni sanctions d'aucune sorte, dès lors que les conditions prévues à l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC ont été respectées.

489. Plus particulièrement, en ce qui concerne l'article 31 b) de l'Accord sur les ADPIC, la Déclaration de Doha affirme clairement que les Etats membres sont libres d'apprécier lorsque tel est le motif de l'octroi d'une licence obligatoire, ce qui constitue *une situation d'urgence nationale ou d'extrême urgence*. Selon cette déclaration de Doha : « *Chaque membre a le droit de déterminer ce qui constitue une situation d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence, étant entendu que les crises dans le domaine de la santé publique, y compris celles qui sont liées au VIH/SIDA, à la tuberculose, au paludisme et à d'autres épidémies, peuvent représenter une situation d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence* ».⁹¹²

490. La Déclaration de Doha représente une percée politique majeure, puisqu'elle octroie le droit aux Etats membres d'interpréter l'Accord sur les ADPIC à la lumière de leurs problèmes sanitaires spécifiques et d'exploiter pleinement les flexibilités afin de promouvoir l'accès aux médicaments pour tous. En effet, l'utilisation des licences obligatoires n'est qu'un leurre pour de nombreux PED sous le régime initial de l'Accord sur les ADPIC, puisque l'une des conditions étant qu'elles doivent n'être octroyées que pour l'approvisionnement du marché intérieur, les PED qui sont dans l'impossibilité totale ou partielle de produire localement des médicaments se retrouvent coincés. La Déclaration ministérielle de Doha a donc entendu prendre la mesure du problème et rechercher des solutions en affirmant au paragraphe 6 que « (...) *les membres de l'OMC ayant des capacités de fabrication insuffisantes ou n'en disposant pas dans le secteur pharmaceutique pourraient avoir des difficultés à recourir de manière effective aux licences obligatoires dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. Nous donnons pour instruction au*

⁹¹¹ Paragraphe 5 b) de la Déclaration de Doha.

⁹¹² Paragraphe 5 c) de la Déclaration de Doha.

Conseil des ADPIC de trouver une solution rapide à ce problème et défaire rapport au Conseil général avant la fin de 2002 ». L'échéance fixée à décembre 2002 dans la Déclaration de Doha ne fut pas respectée par les membres de l'OMC. C'est finalement le 30 août 2003 qu'une solution au problème visé au paragraphe 6 a été adoptée à l'issue d'intenses négociations.

2- Les licences obligatoires selon la Décision du 30 août 2003 relative à la mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha

491. Les négociations relatives au paragraphe 6 de la Déclaration de Doha qui enjoignait aux membres de l'OMC de trouver « *une solution rapide* » aux problèmes que rencontrent les pays qui ont des capacités de fabrication insuffisantes dans le secteur pharmaceutique ou qui n'en disposent pas pour utiliser efficacement les licences obligatoires, ont abouti à l'adoption le 30 août 2003 d'une décision intitulée « *Mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique* »⁹¹³. En substance, cette décision prévoit la possibilité de délivrer des licences obligatoires à des fins d'exportation de produits pharmaceutiques vers les pays sans ou avec de faibles capacités de production, en dérogation de l'article 31 f) de l'Accord sur les ADPIC. Elle aménage également les modalités de l'obligation prévue à l'article 31 h) de rémunérer le titulaire du brevet dont le produit est sous licence obligatoire.

492. La décision du 30 août 2003 met en présence deux catégories d'Etats pouvant utiliser le mécanisme à des fins de santé publique en leur imposant des conditions à respecter. D'une part, on a les *membres importateurs admissibles* qui sont les pays bénéficiaires des mesures organisées par la décision. Il s'agit d'abord de tous les PMA membres de l'OMC⁹¹⁴. Il s'agit également de tout autre membre qui a notifié au Conseil des ADPIC son intention d'utiliser le système en tant qu'importateur étant entendu que la notification n'a pas à être approuvée par un organe de l'OMC pour que le système décrit dans la présente décision puisse être utilisé⁹¹⁵. Dans ce dernier cas, un membre peut notifier qu'il utilisera le système *en totalité ou d'une manière limitée*, par exemple uniquement dans des situations d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence ou en cas d'utilisation publique à des fins non commerciales⁹¹⁶.

⁹¹³ Décision du Conseil Général du 30 août 2003, WT/L/540.

⁹¹⁴ Au rang desquels il faut compter les 14 PMA membres de l'OAPI.

⁹¹⁵ Note 2, paragraphe 1 b) de la décision du 30 août 2003.

⁹¹⁶ Paragraphe 1 b) de la décision du 30 août 2003.

Certains pays sont exclus de l'utilisation du mécanisme en tant que *membres importateurs*⁹¹⁷; certains autres *pays importateurs* ont déclaré que, s'ils utilisent le système, ce serait uniquement dans *des situations d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence*.⁹¹⁸ Les critères de détermination des pays ayant peu ou pas de capacité de fabrication des produits pharmaceutiques sont précisés en annexe de la décision du 30 août. Ainsi, les PMA sont réputés avoir des capacités de fabrication insuffisantes dans le secteur pharmaceutique ou ne pas en disposer. Ils bénéficient donc d'une présomption qui les dispense d'avoir à fournir une quelconque preuve de leur incapacité. Pour tout autre membre importateur admissible, il est nécessaire de prouver l'insuffisance ou l'inexistence de capacités de production pour le(s) produit(s) objet de la licence obligatoire soit en établissant qu'il ne dispose pas de capacité de fabrication dans le secteur pharmaceutique, soit, dans les cas où le membre a une certaine capacité de fabrication dans ce secteur, en établissant qu'il a examiné cette capacité et constaté qu'en excluant toute capacité appartenant au titulaire du brevet ou contrôlée par lui, elle est actuellement insuffisante pour répondre à ses besoins. Dès lors qu'il sera établi que cette capacité est devenue suffisante pour répondre aux besoins du membre, le système ne s'appliquera plus. Dans tous les cas, les gouvernements des pays importateurs admissibles qui souhaitent bénéficier des dispositions de la décision du 30 août 2003 devront présenter au Conseil des ADPIC *une notification*⁹¹⁹ qui spécifie les noms et les quantités attendues du (des) produit(s) nécessaire(s)⁹²⁰, confirme que le membre importateur admissible en question, autre qu'un pays moins avancé membre⁹²¹, a établi qu'il avait des capacités de fabrication insuffisantes ou n'en disposait pas dans le secteur pharmaceutique pour le(s) produit(s) en question ; et confirme que, dans les cas où un produit pharmaceutique est breveté sur son territoire, il a accordé ou entend accorder une licence obligatoire conformément à l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC et aux dispositions de la décision.⁹²² Outre ces conditions, le paragraphe 4 de la décision ajoute au titre des obligations des Etats importateurs afin de bien s'assurer que le nouveau système de licence obligatoire est utilisé aux fins de santé publique, de prendre, dans la limite de leurs moyens, des mesures raisonnables proportionnées à leurs

⁹¹⁷ Il s'agit en vertu de la décision du 30 août 2003 (Note 3, § 1 b)) des pays suivants : Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, États Unis d'Amérique, Finlande, France, Grèce, Irlande, Islande, Italie, Japon, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays Bas, Portugal, Royaume Uni, Suède et Suisse.

⁹¹⁸ WT/GC/M/S2, 13 novembre 2003, Déclaration du Président du Conseil général, Extrait du Compte rendu de la session du Conseil général du 30 août 2003 (paragraphe 29). Il s'agit des pays suivants : Corée, Emirats Arabes Unis, Hong Kong, Chine, Israël, Koweït, Macao, Mexique, Qatar, Singapour, Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen, Matsuo, Turquie.

⁹¹⁹ Paragraphe 2 a), décision du 30 août 2003.

⁹²⁰ Paragraphe 2 a) i).

⁹²¹ Etant entendu que les PMA sont exemptés de fournir la preuve de leur incapacité à produire des médicaments.

⁹²² Paragraphe 2 a) iii).

capacités administratives et au risque de détournement des échanges pour empêcher la réexportation des produits qui ont été effectivement importés sur leurs territoires dans le cadre du système. Lorsque le pays importateur est un PED ou un PMA qui a des difficultés à mettre en œuvre cette exigence, les pays développés membres offriront, sur demande et selon des modalités et à des conditions mutuellement convenues, une coopération technique et financière afin d'en faciliter la mise en œuvre. En tout cas, la décision rappelle que les pays développés membres s'engagent à offrir une coopération technique conformément à l'article 67 de l'Accord sur les ADPIC, conjointement avec d'autres organisations inter-gouvernementales pertinentes⁹²³. Si malgré tout un Etat membre estime que les mesures prises dans ce dernier cas sont insuffisantes, la question pourra être examinée au Conseil des ADPIC à la demande de ce Membre.⁹²⁴ Cependant une exception est prévue à cette interdiction de réexporter le produit importé sous licence obligatoire, dans le cas où la réexportation est effectuée en direction d'un autre PED ou PMA, avec lequel le pays bénéficiaire est partie à un accord commercial régional, à condition que toutes les parties à l'opération partagent le même problème de santé publique⁹²⁵.

493. D'autre part, l'on a les *membres exportateurs*. Il s'agit de tout membre utilisant le système de licences obligatoires décrit dans la décision du 30 août 2003 pour produire des produits pharmaceutiques à l'intention d'un membre importateur admissible et les exporter vers ce membre⁹²⁶. La licence obligatoire qu'un tel membre exportateur délivre doit respecter les conditions fixées par le Paragraphe 2 b). Premièrement, seul le volume nécessaire pour répondre aux besoins du (des) membre(s) importateur(s) admissible(s) pourra être fabriqué dans le cadre de la licence et la totalité de cette production sera exportée vers le(s) membre(s) qui a (ont) notifié ses (leurs) besoins au Conseil des ADPIC. Deuxièmement, les produits fabriqués dans le cadre de la licence seront clairement identifiés comme étant produits dans le cadre du système au moyen d'un étiquetage ou d'un marquage spécifique. Les fournisseurs devraient distinguer ces produits au moyen d'un emballage spécial et/ou d'une coloration mise en forme spéciale des produits eux-mêmes, à condition que cette distinction soit matériellement possible et n'ait pas une incidence importante sur le prix. Troisièmement enfin, avant que l'expédition commence, le titulaire de la licence affichera les renseignements relatifs aux quantités fournies à chaque destination et les caractéristiques distinctives du (des) produit(s) sous licence obligatoire. Le

⁹²³ Paragraphe 6 ii).

⁹²⁴ Paragraphe 5.

⁹²⁵ Paragraphe 6 i).

⁹²⁶ Paragraphe 1 c), décision du 30 août 2003.

paragraphe 2 c) de la Décision dispose que le membre exportateur devra notifier au Conseil des ADPIC l'octroi de la licence, y compris les conditions qui y sont attachées. Les renseignements fournis comprendront le nom et l'adresse du titulaire de la licence, le produit pour lequel la licence a été accordée, le pays auquel le produit doit être fourni et la durée de la licence.

494. Qu'il s'agisse de pays importateurs admissibles ou des pays exportateurs, on relèvera que les notifications effectuées dans le cadre de la mise en œuvre du système de licence obligatoire de la décision du 30 août 2003 n'ont pas à être approuvées par un organe de l'OMC avant toute utilisation. La notification a été rendue publique par le Secrétariat de l'OMC par affichage sur une page du site Internet de l'OMC consacrée à la décision obligatoire de fournir les informations relatives à l'exportation des produits pharmaceutiques sur son propre site internet. Le système doit être mis en œuvre de façon à promouvoir le transfert de technologie et le renforcement des capacités des pays importateurs admissibles dans le secteur pharmaceutique.⁹²⁷ Dans le cas où une licence obligatoire est accordée par un pays exportateur dans le cadre du système, une rémunération adéquate au titre de l'article 31 h) de l'accord sur les ADPIC sera versée dans ce pays membre compte tenu de la valeur économique que représente pour le membre importateur l'utilisation qui a été autorisée dans le pays exportateur⁹²⁸. Dans le cas où une licence obligatoire est accordée pour les mêmes produits dans le pays importateur admissible, il sera dérogé à l'obligation de ce membre au titre de l'article 31 h) en ce qui concerne les produits pour lesquels une rémunération au titre de la prescription ci-dessus est versée par le membre exportateur. Cette mesure nous paraît logique si l'on veut éviter les doubles et un enrichissement contraire aux objectifs de la Décision, à défaut d'être sans cause. Manifestement, la décision du 30 août 2003 constitue une avancée significative dans la recherche des solutions aux problèmes d'accès aux médicaments des pays les plus démunis. Il conviendrait de rappeler que les médicaments produits sous licence obligatoire sont des génériques. Une conséquence majeure de la Décision de 2003 est donc d'avoir modifié le statut juridique des médicaments génériques sous licences obligatoires. En effet, sous le régime initial de l'Accord sur les ADPIC, ces génériques étaient exclus de toute forme d'exportation. L'opération est désormais possible. En fait, la production de certains génériques sous licences obligatoires est désormais exclusivement destinée à l'exportation. Certes, il faut tenir compte également de la déclaration formulée par le Président du Conseil général de l'OMC⁹²⁹ à laquelle

⁹²⁷ Paragraphe 7.

⁹²⁸ Paragraphe 3.

⁹²⁹ WT/GC/M/82, 13 novembre 2003, Déclaration du Président du Conseil général, précité.

les membres ont également souscrit en adoptant la Décision de 2003. Il y est précisé que les membres devraient utiliser le système prévu par la Décision de bonne foi pour la protection de la santé publique et ne pas en faire un instrument visant la réalisation d'objectifs de la politique industrielle ou commerciale⁹³⁰. Tout en considérant que ce texte ne crée pas d'obligations nouvelles à l'égard des parties⁹³¹, nous pensons que l'on peut cependant admettre qu'il traduit l'esprit de compromis qui a guidé la conduite des négociations à l'aboutissement d'un accord, en l'occurrence la Décision du 30 août 2003. La mise en œuvre de la Décision nécessite une révision des lois nationales des brevets existant dans les pays membres en vue de tirer profit de l'exportation des médicaments sous licence obligatoire⁹³². Le Canada est le premier pays à avoir engagé une réforme législative à cet effet.⁹³³

⁹³⁰ *Ibidem*.

⁹³¹ S.F. MUSUNGU et C. OH., *op. cit.*, p. 76.

⁹³² Sur les options possibles pour la mise en œuvre aux plans nationaux de la Décision, V. par exemple F.M. ABBOTT and R.V. VAN PUymbroeck, "Compulsory licensing for public health - a guide and model documents for implementation of the Doha Declaration Paragraph 6 Decision", World Bank Working Paper series, no. 61, 2005, p. 80.

⁹³³ Une loi a été adoptée au Canada en mai 2004 en vue de permettre à des fabricants canadiens de médicaments génériques de produire et d'exporter des versions plus abordables de médicaments brevetés vers des FED. La loi canadienne détermine ce qui doit être considéré comme une période raisonnable pour que les producteurs de génériques demandent l'octroi d'une licence obligatoire en vertu du système prévu par la Décision du 30 août 2003, compte tenu de l'intérêt légitime des titulaires de brevets. Ainsi, l'exigence est remplie lorsque aucun arrangement en vue d'obtenir une licence volontaire n'a été obtenu au terme d'un délai de 30 jours (Article 21.04 3) c)). Le 20 septembre 2007, le Commissaire aux brevets a annoncé l'octroi de la première licence obligatoire en vertu du Régime canadien d'accès aux médicaments à des fins humanitaires, pour autoriser la fabrication au Canada d'un médicament anti-VIH/sida en vue de son exportation au Rwanda. La licence obligatoire a été accordée au fabricant générique Apotex Inc. et t'autorise à produire Apo-Triavir, un médicament de combinaison à dose unique fixe pour le traitement du VIH/sida. Apo-Triavir combine trois médicaments brevetés : la lamivudine et la névirapine. Cette annonce a été faite après que le Rwanda ait avisé l'OMC de son intention d'importer du Canada 260 000 paquets d'Apo-Triavir au cours des deux prochaines années. Le Rwanda était devenu le premier pays à notifier, le 17 juillet 2007, son intention d'utiliser le mécanisme du nouveau système de licences obligatoires. Sur l'ensemble de la question, V. par exemple, OMC, « Brevets et santé ; l'OMC reçoit la première notification au titre du système découlant du paragraphe 6 », 20 juillet 2007, disponible sur http://www.wto.org/french/ncws_f/news07_f/public_health_july07_f.htm ; OMC, « Le Canada est le premier à notifier une licence obligatoire pour l'exportation d'un médicament générique », 04 octobre 2007, disponible sur http://www.w.org/frcnch/news_f/ncws07_ftrips_health_notif_oct07_f.htm, Réseau juridique canadien VIH/SIDA, « Protéger la santé mondiale et les droits humains : Pourquoi et comment amender la Loi sur les brevets pour permettre l'exportation de médicaments génériques à des pays en développement », Octobre 2003 ; Réseau juridique canadien VIH/sida, « Une toute première licence obligatoire octroyée en vertu du régime canadien d'accès aux médicaments », Communiqué du 21 septembre 2007, www.aidslaw.ca; South Centre/CIEL (Center for International Environmental Law), "Rwanda and Canada: Leading the Implementation of the August 2003 Decision for Import/Export of Pharmaceuticals Produced Under Compulsory License", Intellectual Property Quarterly Update, Third Quarter 2007, pp. 1-9.

495 Le mérite de la Décision de 2003⁹³⁴ est néanmoins teinté d'un certain scepticisme de la part de certains auteurs⁹³⁵. En l'occurrence, il lui est reproché *son caractère trop formaliste*. En effet, la mise en œuvre du système *n'est pas automatique, et nécessite l'octroi de licences obligatoires simultanées aussi bien dans l'Etat importateur que dans l'Etat exportateur*. La décision d'un importateur serait donc sans effet si un Etat exportateur ne consentait pas à fournir des génériques sous licence. Par ailleurs, les exigences de quotas de médicaments et de la notification à l'OMC sont considérées comme des exigences qui outrepassent le cadre ordinaire d'exercice des compétences de l'OMC, dans la mesure où la fabrication de médicaments sous licence relève de contrats entre les gouvernements et les personnes de droit privé.⁹³⁶ A cet égard, ce régime se montre plus restrictif à l'égard de la liberté des Etats que la Convention de Paris ou l'Accord sur les ADPIC. Il conviendrait de noter que la Décision de 2003 n'entend d'ailleurs pas se substituer à l'accord sur les ADPIC.

496 Les conditions générales exigées pour l'octroi de licences obligatoires demeurent intactes, sauf la levée de la restriction contenue à l'article 31 f) de l'accord sur les ADPIC. A l'analyse, ces critiques sont toutes fondées, n'altèrent pas l'avancée opérée grâce à la Décision du 30 août 2003⁹³⁷. Il serait souhaitable que le formalisme dont est entouré le système soit allégé dans le cadre d'une réflexion périodique en vue d'envisager, le cas échéant, les changements nécessaires pour parvenir à une solution pratique⁹³⁸. Nous aurons l'occasion de revenir de manière spécifique sur la portée des licences obligatoires, y compris le nouveau système, dans la section suivante. Il conviendrait néanmoins de noter déjà que c'est la Décision de 2003 qui a conduit, en application de son paragraphe 11⁹³⁹, à un amendement de l'Accord sur les ADPIC en 2005.

⁹³⁴ F.M. ABBOTT and L.H. REICHMAN, "The Doha Round's Public Health Legacy: Strategies for the Production and Diffusion of Patented Medicines under the Amended TRIPS Provisions", *Journal of International Economic Law* (JIEL). Vol. 10. 2007. pp. 921-987.

⁹³⁵ V. E. BOTOY ITUKU, *op. cit.*, pp. 442-447; S. GENNIF, "La licence obligatoire : un outil emblématique de la protection de la santé publique", *Revue de la regulation*, 2015.

⁹³⁶ *Ibid*, p. 445.

⁹³⁷ CIPIH 2006. *op. cit.*, p. 181.

⁹³⁸ Le paragraphe 11 de la décision de 2003 prévoit : « *La présente décision, y compris les dérogations qui y sont accordées, viendra à expiration pour chaque Membre à la date à laquelle un amendement de l'Accord sur les ADPIC remplaçant ses dispositions prendra effet pour ce Membre. Le Conseil des ADPIC engagera d'ici à la fin de 2003 des travaux visant à élaborer un tel amendement en vue de son adoption dans un délai de six mois, étant entendu que l'amendement sera fondé, dans les cas où elle sera appropriée, sur la présente décision...* ».

⁹³⁹ OMC, Amendement de l'accord sur les ADPIC, Décision du 6 décembre 2005, Document WT/L/64L 8 décembre 2005.

2 - L'amendement de l'Accord sur les ADPIC par la décision du 6 décembre 2005

497. Les membres de l'OMC ont approuvé, le 6 décembre 2005, des modifications à l'Accord sur la propriété intellectuelle qui donnent un caractère permanent à la décision sur les brevets et la santé publique initialement adoptée le 30 août 2003⁹⁴⁰. En fait, la décision *transforme* simplement et directement la *dérogation* du 30 août 2003 en un *amendement permanent* de l'Accord sur les ADPIC. Il n'est donc pas nécessaire de rentrer dans une analyse du fond de la décision de 2005, celle faite de la décision de 2003 devant s'appliquer à elle. Il est important de relever que la décision du Conseil général signifie que, pour la première fois, un accord fondamental de l'OMC va être amendé. Le fait qu'un tel amendement porte sur une matière relayant des rapports entre droit des brevets et santé publique démontre à quel point ces rapports peuvent être difficiles, s'il n'y est pas accordé une attention particulière. Il est prévu dans la décision que l'article 31bis sera inséré après l'article 31 et l'Annexe de l'Accord sur les ADPIC après l'article 73. Cette décision du 6 décembre 2005 est basée sur la proposition du Conseil des ADPIC relative à la « *mise en œuvre du paragraphe II de la décision dit conseil général du 30 août 2003 sur la mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique* ». La mesure sera formellement incorporée dans l'Accord sur les ADPIC lorsque les deux tiers des membres de l'OMC auront accepté la modification. Les membres s'étaient initialement donnés jusqu'au 1^{er} décembre 2007⁹⁴¹ pour la ratifier, mais ce délai a été prorogé jusqu'au 31 décembre 2009, puis jusqu'au 31 décembre 2011 par des décisions prises par le Conseil général le 18 décembre 2007⁹⁴² et le 17 décembre 2009.⁹⁴³

⁹⁴⁰ V. Protocole portant amendement de l'Accord sur les ADPIC, IP/C/4.

⁹⁴¹ *Ibid.*

⁹⁴² OMC, Document WT/L/711. V. aussi OMC, Rapport annuel 2009, pp. 45 et ss.

⁹⁴³ OMC, Document WT/L/785.

498. A la date du 23 janvier 2017, l'amendement de l'Accord de l'OMC sur les ADPIC est entré en vigueur. Les notifications de cinq (05) membres de l'OMC dont le Burkina Faso, le Nigéria, les Emirats Arabe Unis, le Liechtenstein et le Viet Nam ont porté à 2/3 le nombre de membres de l'OMC qui ont maintenant ratifié l'amendement. Ce seuil était nécessaire pour que l'amendement soit officiellement intégré à l'Accord sur les ADPIC⁹⁴⁴. Parmi les pays qui ont déposé leur instrument d'acceptation, onze (11) sont membres de l'espace OAPI⁹⁴⁵. En dépit du nombre élevé de signataires dudit Accord, doit-on pour autant dire que le système OAPI des licences obligatoires soit en conformité avec les règles internationales pertinentes en la matière ? Il conviendrait à présent d'en analyser le contenu à l'aune de ces règles internationales.

Paragraphe 2 : Le mécanisme des licences obligatoires et le droit OAPI des brevets

499. Il faut rappeler que l'Accord de Bangui du 24 février 1999 est le texte qui régit les Etats membres de l'OAPI en matière de propriété intellectuelle. Cependant, depuis le 15 décembre 2015, il a fait l'objet d'une révision à Bamako au Mali, mais est entré en vigueur depuis le 14 novembre 2020, seulement pour les Annexes VI (les indications géographiques), VII (la propriété littéraire et artistique), VIII (la protection contre la concurrence déloyale) et X (la protection des obtentions végétales). A ce titre, une partie de l'Accord de Bangui de 1999 demeure encore en vigueur et continue de régir les autres Annexes qui n'ont pas expressément été visés par la décision du Président du Conseil d'Administration de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle.⁹⁴⁶ Ainsi, l'Accord de Bangui de 1999 continue d'organiser le régime de licences obligatoires à la lumière de l'Accord sur les ADPIC en aménageant une variété (A) dont il conviendrait d'analyser la portée juridique (B).

⁹⁴⁴ OMC, « Modification des règles de l'OMC en matière de propriété intellectuelle afin de faciliter l'accès des pays pauvres à des médicaments abordables », 23 janvier 2017. Disponible sur le site internet suivant : https://www.wto.org/french/news_f/news17_f/trip_23jan17_f.htm

⁹⁴⁵ OMC, « Amendement à l'Accord sur les ADPIC, 23 janvier 2017 ». Disponible sur le site internet suivant : https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/amendment_f.htm#:~:text=Amendement%20%C3%A0%20l'Accord%20sur,public%20initialement%20adopt%C3%A9%20en%202003.

⁹⁴⁶ Décision n°003/OAPI/PCA portant date d'entrée en vigueur de certaines Annexes de l'Accord de Bangui, Acte du 14 décembre 2015 précité.

A- La diversité des licences obligatoires dans l'Accord de Bangui

500. L'Accord de Bangui de 1999 utilise l'expression « *licences non volontaires* » au titre IV de son annexe I pour se référer aux licences obligatoires. Nous avons procédé lors de l'étude du système de licences obligatoires sous l'égide de la Convention de Paris à une comparaison de quelques aspects du système tel qu'organisé par l'Accord de Bangui, Acte de 1977. L'on ajoutera que comme ce dernier⁹⁴⁷, l'Accord de Bangui de 1999 prévoit la possibilité d'octroi de *licences de plein droit*⁹⁴⁸. En réalité, ces licences revêtent un caractère obligatoire du seul fait que les conditions d'exploitation en sont déterminées par le tribunal à défaut d'entente entre les parties. Mais, à la base se trouve la volonté du titulaire du brevet à l'initiative de qui la « *mention licence de plein droit* » est inscrite au registre des brevets de l'OAPI. Pour le reste, l'on verra que dans le cadre de la mise en conformité du droit OAPI avec l'Accord sur les ADPIC, on assiste à une uniformisation du régime d'octroi des licences obligatoires pour défaut d'exploitation et pour brevet de dépendance (1), et à l'organisation d'une spécificité contestable de la licence d'office (2).

1- L'uniformisation du régime d'octroi des licences obligatoires pour défaut d'exploitation et pour brevet de dépendance

501. Au sens strict, l'Accord de Bangui de 1999 ne modifie pas les motifs d'octroi d'une licence obligatoire. Il prévoit toujours les licences pour défaut d'exploitation. Il prévoit également les licences pour brevet de dépendance lorsqu'une invention protégée par un brevet ne peut être exploitée sans qu'il soit porté atteinte aux droits attachés à un brevet antérieur dont le titulaire refuse l'autorisation d'utilisation à des conditions et modalités commerciales raisonnables⁹⁴⁹. Dans ce dernier cas, trois conditions sont requises : l'invention revendiquée dans le brevet ultérieur représente un progrès technique important, d'un intérêt économique considérable, par rapport à l'invention revendiquée dans le brevet antérieur. Le titulaire du brevet antérieur a droit à une licence réciproque à des conditions raisonnables pour utiliser l'invention revendiquée dans le brevet ultérieur et l'utilisation autorisée en rapport avec le brevet antérieur est incessible sauf si le brevet ultérieur est également cédé. Ces conditions sont additionnelles à des conditions plus générales admises pour les licences pour défaut

⁹⁴⁷ Article 54 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui de 1977.

⁹⁴⁸ Article 57 alinéa 2 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui de 1999.

⁹⁴⁹ Article 47 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui de 1999.

d'exploitation. En raison de cette spécificité uniquement, l'uniformisation du régime d'octroi des licences obligatoires n'est pas achevée. D'ailleurs, cette quasi-uniformisation laisse persister l'inquiétude relative à l'interprétation du défaut d'exploitation (a) et consacre un durcissement du régime des licences obligatoires par le législateur OAPI (b).

a- L'inquiétude relative à l'interprétation du défaut d'exploitation

502 En vertu de l'article 46 de l'Accord de Bangui de 1999, une licence obligatoire peut être octroyée pour défaut d'exploitation si l'une ou plusieurs des conditions suivantes sont remplies, ce sont : l'invention brevetée n'est pas exploitée sur le territoire de l'un des Etats membres au moment où la requête est présentée. L'exploitation, sur le territoire susvisé, de l'invention brevetée, ne satisfait pas à des conditions raisonnables de la demande du produit protégé ; en raison du refus du titulaire du brevet d'accorder des licences à des conditions et modalités commerciales raisonnables. L'établissement ou le développement d'activités industrielles ou commerciales, sur le territoire susvisé, subissent injustement et substantiellement un préjudice. Il est bien précisé que la licence ne peut être accordée si le titulaire du brevet justifie d'excuses légitimes du défaut d'exploitation (article 46 al. 2). Sous la plume du législateur de 1977, l'article 44 al. 2 ajoutait que « *l'importation ne constitue pas une excuse légitime* ». Par conséquent, *l'absence d'exploitation locale pouvait à elle seule justifier l'octroi d'une licence obligatoire*. Le législateur de Bangui a supprimé cette disposition. Dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC, une telle suppression était-elle nécessaire ?

503 L'Accord sur les ADPIC ne contient aucune disposition interdisant l'octroi d'une licence obligatoire sur le fondement de l'absence d'exploitation locale. Puisqu'il revient à chaque Etat de déterminer librement les conditions d'octroi des licences obligatoires, l'on pourrait penser que *le défaut d'exploitation locale est compris dans les motifs qui peuvent être invoqués à cet effet*. Certains auteurs suggèrent que du point de vue de l'Accord sur les ADPIC et au regard des dispositions de la Déclaration de Doha, il n'y aurait aucun obstacle à la mise en œuvre de cette possibilité pour peu que les conditions exigées soient respectées.⁹⁵⁰

⁹⁵⁰ C. CORREA, "Trade Related Aspects of intellectual Property Rights: Commentary on the TRIPS Agreement", New York, Oxford University Press, 2007, pp, 314-315. V. aussi S.F. MUSUNGU et C. OH, *op. cit.*, pp. 33-34.

504. D'un autre côté, l'article 27.1 de l'Accord sur les ADPIC prévoit qu'il est possible « *de jouir de droits de brevet sans discrimination quant (...) au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale* ». Cet article a pu servir de fondement pour interpréter que l'Accord sur les ADPIC interdit d'invoquer le défaut d'exploitation locale pour accorder une licence obligatoire⁹⁵¹. Si l'on considère que cet article peut intervenir dans la solution au problème, il faut également noter qu'elle pourrait entrer en contradiction avec l'article 5A de la Convention de Paris en vertu duquel le défaut d'exploitation locale peut servir de motif pour l'octroi d'une licence obligatoire.

505. En l'absence d'une décision de l'OMC sur la question, il nous revient de donner une interprétation des dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Tout d'abord, il conviendrait de préciser ce qu'il faut entendre par *exploitation locale*. Dans le cadre de la Convention de Paris, la question ne se pose pas puisque l'exploitation locale peut être entendue, à la guise des Etats membres, comme l'exploitation sur le territoire national. Dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, la pratique des Etats semble suggérer une autre compréhension de *la notion d'exploitation locale*. Ainsi par exemple, les droits français⁹⁵² et espagnol⁹⁵³ prévoient que l'exploitation de l'invention brevetée qui prend la forme d'importations en provenance d'un Etat membre de l'OMC a le même effet que l'exploitation de l'invention sur le territoire national. Ces Etats semblent donc adopter une approche large de la notion pour considérer les pays membres de l'OMC comme faisant partie, ne serait-ce que par l'effet de leur droit national, d'un même territoire national. A l'analyse, ces dispositions sont une reconnaissance de la possibilité d'octroyer une licence obligatoire pour défaut d'exploitation locale, si l'on en déduit comme elles le suggèrent, que l'importation en provenance d'un Etat non membre de l'OMC peut être constitutive d'un défaut d'exploitation donnant lieu le cas échéant à l'octroi d'une licence obligatoire, quand bien même un brevet y serait en vigueur. En effet, l'OMC n'établit pas à notre connaissance un territoire national à l'exclusion des Etats non membres, en tout cas pas dans le domaine du droit de brevets. Si certains Etats peuvent librement choisir

⁹⁵¹ Les États-Unis ont déposé en 2000 une plainte contre la loi brésilienne sur les brevets, qui établit une prescription d'exploitation locale pour les inventions brevetées, considérant qu'elle violait l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis ont finalement retiré leur plainte, mettant fin à la procédure engagée. Les deux pays sont convenus que le Brésil consulterait au préalable les États-Unis s'il jugeait nécessaire d'appliquer la prescription d'exploitation locale. Cette plainte se fondait précisément sur l'argument selon lequel les prescriptions en matière d'exploitation locale sont contraires aux dispositions de l'article 27.1 de l'accord sur les ADPIC dès lors qu'elles sont utilisées pour permettre l'octroi d'une licence obligatoire.

⁹⁵² Article L. 613-11, CPI.

⁹⁵³ V. C. CORREA, 2002a, *op. cit.*, p. 12.

de considérer pour certaines questions les Etats membres de l'OMC comme faisant partie d'un même territoire pour expliquer la notion d'exploitation locale, rien n'empêche que d'autres aient une vision plus minimale de la notion au point de la restreindre aux limites de l'exploitation effectuée dans un Etat.

506. Il en ressort que l'exploitation locale dudit brevet peut aussi bien renvoyer à l'importation de produits fabriqués même en dehors d'un Etat membre. Au regard de la notion d'exploitation locale, nous pensons donc que l'on peut envisager son défaut comme un motif d'octroi de licences obligatoires. Cela étant, nous pensons qu'il ne serait pas nécessaire d'avoir recours au mécanisme si non seulement l'importation satisfait les besoins du marché local, mais aussi et surtout, permet de réaliser un transfert de technologie pertinent notamment au bénéfice des pays en voie de développement (PED) et pays les moins avancés (PMA). Si ces critères sont respectés, il nous semble que l'octroi d'une licence pour défaut d'exploitation locale serait manifestement une sanction injuste à l'égard du titulaire du brevet.

507. Dans le cadre de l'Accord de Bangui de 1999, le législateur en supprimant l'exigence d'une exploitation industrielle locale aussi bien pour maintenir le brevet que comme motif d'octroi d'une licence obligatoire a sans doute voulu se conformer à l'Accord sur les ADPIC. Comme on vient de le souligner, une telle suppression est incertaine. Néanmoins, il faut croire que le législateur OAPI a désiré de bonne foi l'opérer⁹⁵⁴ pour se mettre en conformité avec les exigences de l'Accord sur les ADPIC de l'OMC. Naturellement, le marché national ou le territoire local doit être entendu comme l'ensemble des pays de l'espace OAPI. C'est le lieu de revenir, pour le regretter, sur le choix restrictif du régime des importations parallèles par le législateur OAPI à travers l'adoption d'un principe d'épuisement régional des droits. En effet, même si tel avait été le désir des membres de l'OMC d'interdire les licences obligatoires pour défaut d'exploitation locale des brevets, la possibilité de choisir un régime d'épuisement international ménageait une flexibilité qui permette de se consoler de la perte de l'avantage précédent, pour favoriser les perspectives d'accès aux médicaments. Sur ce point, le législateur OAPI se ferme ainsi de manière injustifiée une voie légale privilégiée pour l'accès aux médicaments. A l'analyse, l'on peut penser, si besoin est, que le recours aux licences obligatoires pour défaut d'exploitation locale reste possible pour peu que les autres conditions soient respectées.

⁹⁵⁴ A. TANKOANO, *op. cit.*, p. 118.

b- Le durcissement du régime général d'octroi des licences obligatoires

508 Les conditions prévues à l'article 46 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui relatives à l'octroi des licences pour défaut d'exploitation sont également valables pour les licences pour brevet de dépendance⁹⁵⁵, sous réserve des conditions additionnelles que nous avons citées plus haut⁹⁵⁶. La qualité pour présenter une requête en octroi d'une licence obligatoire est reconnue à *quiconque* justifie d'un intérêt légitime et digne de protection. Il peut s'agir du requérant d'un brevet ultérieur dans le cas du brevet de dépendance ou du requérant qui n'a pas obtenu du titulaire du brevet une licence contractuelle à des conditions raisonnables. Dans tous les cas, la requête doit être présentée après expiration d'un délai de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande de brevet ou de trois ans à compter de la date de la délivrance du brevet, le délai qui expire le plus tard devant être appliqué⁹⁵⁷. Nous noterons que le législateur OAPI généralise l'exigence de délais pour agir au-delà de la seule licence pour défaut d'exploitation, contrairement à ce que prévoit la Convention de Paris, et nonobstant le silence de l'Accord sur les ADPIC. C'est dire que le législateur OAPI est allé au-delà des exigences minimales posées par ces textes internationaux.

509 Selon l'article 48 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui, la requête en octroi d'une licence non volontaire est présentée au tribunal civil du domicile du breveté ou, si celui-ci est domicilié à l'étranger, auprès du tribunal civil du lieu où il a élu domicile ou a constitué mandataire aux fins du dépôt. Seules sont admises les requêtes présentées par des personnes domiciliées sur le territoire de l'un des Etats membres. Le titulaire du brevet ou son mandataire devra en être avisé dans les meilleurs délais. La requête doit contenir : le nom et l'adresse du requérant ; le titre de l'invention brevetée et le numéro du brevet dont la licence non volontaire est demandée ; la preuve que l'exploitation industrielle, sur le territoire susvisé, de l'invention brevetée ne satisfait pas à des conditions raisonnables de la demande du produit protégé ; en cas de licence non volontaire requise pour défaut d'exploitation, une déclaration du requérant, aux termes de laquelle il s'engage à exploiter industriellement, sur l'un des territoires des Etats membres, l'invention brevetée de manière à satisfaire les besoins du marché. Le requérant doit rapporter la preuve de l'échec de sa tentative d'obtenir une

⁹⁵⁵ Article 47 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui.

⁹⁵⁶ V. supra n°477.

⁹⁵⁷ Article 46 alinéa 1 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui, Acte du 24 février 1999.

licence contractuelle à des conditions raisonnables et de sa capacité à exploiter industriellement l'invention brevetée⁹⁵⁸. Les licences obligatoires pour défaut d'exploitation et pour brevet de dépendance sont *des licences judiciaires*. Il relève de la compétence du tribunal civil de rejeter ou d'accorder la licence obligatoire. Pour cela, il devra vérifier avant de rendre sa décision que toutes les exigences de fond et de forme, notamment celles prévues à l'article 48 sont respectées. Si la demande ne satisfait pas aux conditions, le tribunal la refuse. Avant de réaliser la requête, il informe le requérant du défaut présenté par sa requête en lui permettant d'y apporter la correction nécessaire.

510. Lorsque la requête en octroi de licence non volontaire satisfait aux conditions, le tribunal civil la notifie au titulaire du brevet concerné ainsi qu'à tout bénéficiaire d'une licence dont le nom figure au registre des brevets, en les invitant à présenter, par écrit, dans un délai de trois mois, leurs observations sur ladite requête. Ces observations sont communiquées au requérant. Le Tribunal notifie également la requête à toute autorité gouvernementale concernée. Il tient une audience sur la requête et sur les observations reçues ; le requérant, le titulaire du brevet, tout bénéficiaire d'une licence dont le nom figure au registre des brevets et toute autorité gouvernementale concernée sont invités à cette audience. Dans tous les cas, la décision du tribunal doit être motivée⁹⁵⁹. Il prendra en outre le soin de communiquer la décision à l'OAPI, de la publier et de la notifier au requérant et au titulaire du brevet. De son côté, l'OAPI notifie cette décision à tout bénéficiaire d'une licence dont le nom figure au registre spécial des brevets. L'octroi d'une licence obligatoire autorise son bénéficiaire à exploiter l'invention brevetée, conformément aux conditions fixées dans la décision du tribunal civil ou dans la décision prise sur recours et l'oblige à verser la compensation fixée au profit du breveté⁹⁶⁰. Il n'affecte ni les contrats de licence en vigueur ni les licences non volontaires en vigueur et n'exclut ni la conclusion d'autres contrats de licence ni l'octroi d'autres licences non volontaires. Toutefois, le breveté ne peut consentir à d'autres licenciés des conditions plus avantageuses que celles de la licence non volontaire. Les droits du bénéficiaire de la licence non volontaire sont limités en application de l'article 51 de l'annexe I. Il ne peut, sans le consentement du titulaire du brevet, donner à un tiers l'autorisation d'accomplir les actes qu'il est autorisé à accomplir en vertu de ladite licence. Néanmoins, la licence peut être transmise avec l'établissement du bénéficiaire de la licence ou avec la partie de cet établissement qui exploite l'invention brevetée. Une telle

⁹⁵⁸ Art 48 al.3, Annexe I, de l'Accord de Bangui, Acte du 24 février 1999.

⁹⁵⁹ Article 49 al. 5 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui, Acte du 24 février 1999.

⁹⁶⁰ Article 50 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui, Acte du 24 février 1999.

transmission n'est pas valable sans l'autorisation du Tribunal Civil. Avant d'accorder l'autorisation, le Tribunal Civil met le titulaire du brevet en mesure de se faire entendre. Le Tribunal Civil communique l'autorisation à l'Organisation qui l'enregistre et la publie. Toute transmission autorisée a pour effet que le nouveau bénéficiaire de la licence accepte les mêmes obligations que celles qui incombaient à l'ancien bénéficiaire de la licence. Si le Tribunal Civil accorde la licence, il devra fixer de manière équitable compte tenu des circonstances de l'espèce le montant de la compensation due par le bénéficiaire de la licence au titulaire du brevet, en l'absence d'accord entre les parties.

511. La décision du Tribunal Civil détermine également le champ d'application de la licence, en précisant notamment les actes auxquels elle s'étend et la période pour laquelle elle est accordée, étant entendu qu'une licence non volontaire accordée pour défaut d'exploitation ou pour brevet de dépendance ne peut s'étendre à l'acte d'importer⁹⁶¹. La pertinence de cette dernière précision nous paraît incertaine. Le législateur OAPI semble en effet exiger que l'exploitation d'un produit breveté sous licence obligatoire ne puisse être effectuée que localement. En effet, comment pourrait-on exiger du bénéficiaire d'une licence obligatoire qui, rappelons-le, doit nécessairement être domicilié sur le territoire d'un pays de l'OAPI, d'exploiter localement le produit sous licence tandis qu'une telle exigence ne s'applique pas au titulaire du brevet ? Si le législateur avait voulu inclure dans la notion d'exploitation locale les actes d'importation comme nous l'avons souligné plus haut, il n'y a pas de raison que cette inclusion ne profite pas au bénéficiaire d'une licence obligatoire. Mais, puisque tel semble le cas, le législateur OAPI a manifestement bloqué l'intérêt attaché à l'octroi d'une licence obligatoire. Le souci était-il de se mettre en conformité avec l'article 31 f) de l'Accord sur les ADPIC ? Dans ce cas, la position du législateur OAPI paraît excessive. L'article précité exige que les licences obligatoires soient octroyées *principalement pour l'approvisionnement du marché intérieur*. Ce qui excluait initialement les licences obligatoires aux fins d'exportation, mais n'excluait pas l'exploitation du brevet sous licence via l'importation du produit breveté, ainsi que nous l'avons démontré plus haut. L'obligation d'exploiter localement le produit sous licence obligatoire revient donc à paralyser la mise en œuvre effective de cette licence.

⁹⁶¹ Art 49 al.4 a) de l'Annexe I de l'Accord de Bangui, acte de 1999.

512 On pourrait encore penser que le souci du législateur est de favoriser la mise en place d'une industrie locale et fiable de médicaments. Dans ce cas, est-il nécessaire d'attendre l'indolence du titulaire du brevet pour réaliser cet objectif par le mécanisme des licences obligatoires ? La possibilité donnée au breveté d'exploiter son produit via l'importation contredit cet objectif. Le rappel doit être fait loin de la faiblesse du tissu industriel des pays membres de l'OAPI en matière pharmaceutique, rendant hypothétiques les possibilités de production locale même en présence d'une licence obligatoire. Or, les problèmes de santé publique constituant généralement une situation grave et d'urgence en Afrique subsaharienne, en présence d'un système restrictif d'importations parallèles, l'octroi de licences obligatoires aurait constitué la seule solution pour acquérir rapidement des médicaments au besoin par l'importation sur le marché international. S'il n'est ni possible d'importer parallèlement au niveau international ni possible de produire localement des médicaments sous licence, alors la présence de flexibilités dans le droit OAPI n'est qu'apparente et de portée peu pratique. Si à l'inverse, l'exploitation du brevet sous licence ne peut s'étendre à l'acte d'importer, nous voulons penser que le silence du législateur OAPI à l'article 46 alinéa 2 (peu précis sur ce point par rapport au droit antérieur) signifierait qu'une licence judiciaire peut être octroyée sur la seule base du défaut d'exploitation locale sur le territoire de l'un des Etats membres de l'OAPI. Mais, cette dernière interprétation ne nous semble pas significative de la volonté réelle du législateur OAPI de 1999⁹⁶². Nous sommes donc amenés à penser que ce dernier s'est plus préoccupé des intérêts des titulaires de brevets pharmaceutiques que de protéger le droit à la santé des millions d'habitants de l'espace OAPI. Sinon, comment expliquer une telle restriction du domaine des licences obligatoires ? La décision d'octroi de la licence obligatoire peut être modifiée en cas de besoin, lorsque des faits nouveaux le justifient.

513 Elle le sera alors sur requête du titulaire du brevet ou du bénéficiaire de la licence par le tribunal civil (article 52 alinéa 1). Le tribunal civil peut *retirer* la licence obligatoire sur requête du titulaire du brevet, dans trois hypothèses⁹⁶³:

- Si le motif de son octroi a cessé d'exister et dans ce cas, un délai raisonnable est accordé au bénéficiaire de la licence non volontaire pour cesser l'exploitation industrielle de l'invention au cas où une cessation immédiate

⁹⁶² Il faut préciser que le législateur OAPI de 1999 renvoie nécessairement à l'Accord de Bangui du 24 février 1999.

⁹⁶³ Article 52 alinéa 2 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui, acte de 1999.

entraînerait pour lui un grave dommage⁹⁶⁴;

- Si son bénéficiaire ne respecte pas le champ d'application fixé par la décision d'octroi ;
- Si son bénéficiaire est en retard dans le versement de la compensation due.

514 Cette dernière mesure nous semble trop rigoureuse à l'égard du bénéficiaire de la licence. Sanctionner directement le simple retard dans le versement de la compensation due au breveté par un retrait ne nous semble pas tenir compte de l'objectif de l'octroi de la licence obligatoire, en l'occurrence, remédier à une situation de crise sanitaire dans l'intérêt bien entendu des populations malades. Nous pensons que pour tenir compte de la bonne foi dans l'exécution de la licence qui pourrait avoir été octroyée en raison de la mauvaise foi du titulaire du brevet, il serait plus juste d'octroyer compte tenu des circonstances un certain délai pour s'exécuter au bénéficiaire de la licence préalablement au retrait, ou alors de prévoir une sanction plus douce. Quoique non consentie par le titulaire du brevet, la licence obligatoire peut être assimilée à un contrat⁹⁶⁵, fut-il forcé⁹⁶⁶, et le retrait s'assimiler à une sorte de résolution pour inexécution dont les règles sont régies par le droit commun⁹⁶⁷. Dès lors, il est de règle générale que la résolution du contrat soit précédée d'un certain formalisme, notamment une mise en demeure d'avoir à s'exécuter adressée préalablement au bénéficiaire de la licence⁹⁶⁸. Même si on considère qu'à mesure spéciale, il faut une sanction spéciale, l'on ne pourrait admettre sans se contredire qu'une sanction spéciale soit sans rapport avec l'objet de la mesure spéciale dont la violation en justifie l'attribution. L'attitude du législateur OAPI peut être interprétée comme une réticence, somme toute curieuse au regard de la situation sanitaire et du niveau de développement industriel des pays membres de l'espace OAPI, à accorder des exceptions aux droits exclusifs du titulaire du brevet. Alors que le retrait est sans formalité en cas de simple retard dans le paiement de la compensation due au titulaire du brevet, le législateur entoure ce qui pourrait être assimilé à l'action oblique d'un formalisme excessivement contraignant de nature à compromettre l'exploitation même du produit breveté sous licence obligatoire. En effet,

⁹⁶⁴ Article 52 alinéa 3 de l'Annexe I de l'Accord de Bangui, acte de 1999.

⁹⁶⁵ Le législateur OAPI met à la charge du bénéficiaire de la licence obligatoire et du titulaire du brevet des droits et obligations, qui doivent régir la vie de l'institution.

⁹⁶⁶ L'on notera toutefois que la licence n'est accordée qu'à défaut d'entente amiable avec le titulaire du brevet qui refuse d'accorder une licence volontaire à des conditions et modalités commerciales raisonnables.

⁹⁶⁷ Les règles de droit civil dans les pays de l'OAPI pour la plupart de tradition civiliste. V. par exemple pour la Côte d'Ivoire, article 1184 du Code civil.

⁹⁶⁸ V. par exemple sur ces règles, L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Droit civil*, T. II, 4^{ème}, éd. Dalloz, 1966 pp. 303 et ss.

l'article 54 de l'annexe 1 prévoit que : « 1) *Tout bénéficiaire d'une licence contractuelle ou non volontaire peut, par lettre recommandée, sommer le titulaire d'un brevet d'introduire les actions judiciaires nécessaires à l'obtention de sanctions civiles ou pénales pour toute violation des droits découlant du brevet, indiquée par ledit bénéficiaire.* 2) *Si, dans un délai de trois mois suivant la sommation prévue à l'alinéa 1) précédent, le titulaire du brevet refuse ou néglige d'introduire les actions visées audit alinéa précédent, le bénéficiaire de la licence qui a été enregistrée peut les intenter en son propre nom, sans préjudice, pour le titulaire du brevet, de son droit d'intervenir à l'action ».*

515. L'octroi d'un délai de trois mois après la sommation avant toute action du bénéficiaire de la licence est exonératoire du droit commun en matière d'action oblique⁹⁶⁹, puisqu'ordinairement le créancier agissant en action oblique n'a même pas besoin de mettre le débiteur en demeure d'agir lui-même⁹⁷⁰. Nous relevons encore ici avec regret que le législateur OAPI a organisé un régime de protection trop rigide du droit des brevets assimilables à des ADPIC plus, au détriment de l'intérêt de la santé publique. Pour revenir à la décision du Tribunal Civil, nous ajouterons qu'un recours auprès de la juridiction compétente supérieure peut être porté dans un délai *d'un mois* contre la décision de rejet, d'octroi, de retrait ou de modification de la licence obligatoire⁹⁷¹. Le recours a un effet suspensif. La décision sur le recours doit être communiquée à l'OAPI qui l'enregistre et la publie. Le recours aux autorités judiciaires est écarté en ce qui concerne les licences d'office dont il faut par ailleurs s'interroger sur la spécificité avec l'adoption de l'Accord de Bangui de 1999.

2 - La licence d'office : une spécificité contestable dans l'intérêt de la santé publique

516. L'article 56 alinéa 1 de l'Annexe I prévoit trois types de licences d'office : *la licence d'office dans l'intérêt de l'économie du pays, la licence d'office dans l'intérêt de la santé publique et la licence d'office dans l'intérêt de la défense nationale*. Ces différentes licences d'office obéissent au même régime, même si la licence d'office dans l'intérêt de l'économie concerne les secteurs autres que le secteur pharmaceutique⁹⁷². C'est seulement de façon

⁹⁶⁹ V. pour le droit ivoirien (comme pour le droit français) Article 1166 du Code Civil.

⁹⁷⁰ Requête 7 mars 1933, *D. Hebdomadaire* 1933, n° 218.

⁹⁷¹ Article 53 alinéa 1 de l'Annexe 1 de l'Accord de Bangui de 1999.

⁹⁷² L'Accord de Bangui de 1977 soumettait également ces deux types de licences d'office au même régime (Article 57), à la différence de la licence d'office dans l'intérêt de la défense nationale organisée par l'Article 56.

indirecte qu'elle pourrait affecter la santé publique. A la différence des licences obligatoires que nous avons étudiées précédemment, les licences d'office sont des *licences essentiellement administratives*. Nous reprendrons à cet égard l'explication du Doyen ROUBIER pour justifier la compétence administrative : « *Comme il s'agit d'une question intéressant la santé publique, l'autorité administrative est naturellement compétente* »⁹⁷³. Il s'agit pour les pouvoirs publics de s'attacher à ce que les produits de santé soient exploités de manière à satisfaire les besoins de la population.⁹⁷⁴

517. Un brevet qui présente un intérêt vital pour la santé publique peut être, par acte administratif du Ministre compétent de l'Etat membre en cause, soumis au régime de la licence d'office. Ledit acte détermine l'Administration ou l'Organisme bénéficiaire, les conditions de durée et le champ d'application de la licence non volontaire ainsi que le montant des redevances. Le Ministre compétent auquel il est fait référence ici est celui en charge de la propriété industrielle de l'Etat membre en question. Bien que l'octroi de la licence soit administratif, le recours au tribunal civil reste possible à défaut d'accord amiable entre le titulaire du brevet et l'Administration intéressée sur les conditions d'octroi de la licence.

518. Le législateur OAPI précise à l'article 56 alinéa 3 de l'annexe 1 que les licences d'office seront sujettes aux mêmes conditions que celles exigées pour les licences obligatoires pour défaut d'exploitation qui constituent en quelque sorte le régime commun des licences non volontaires. La licence d'office ne peut donc être octroyée même pour des raisons de santé publique avant l'expiration d'un délai de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande de brevet ou de trois ans à compter de la date de délivrance du brevet. De plus, elle ne peut être obtenue aux fins d'importation. Contrairement à ce que prévoyait l'Accord de Bangui, acte de 1977⁹⁷⁵, l'Accord de Bangui de 1999 supprime donc toute spécificité au

⁹⁷³ P. ROUBIER, *Le Droit de la propriété industrielle*, T. 2, Dalloz-Sirey, p. 333.

⁹⁷⁴ M. SABATIER, *L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique*, Litec 1976, p.217.

⁹⁷⁵ L'article 55 de l'annexe I de l'Accord de Bangui de 1977 prévoyait la possibilité d'octroyer une licence d'office en tout temps pour l'exploitation d'une invention brevetée d'une importance vitale pour la santé publique (Article 55 alinéa I b), laquelle licence pouvait être obtenue même aux fins d'importation (Article 55 alinéa 2). Le régime de la licence d'office dans l'intérêt de la santé publique était précisé à l' Article 57 dans les termes suivants : « 1) A la demanda des ministres compétents, le Ministre chargé de la propriété industrielle peut mettre en demeure les titulaires de brevets protégeant des inventions telles que visées à l'article 55.1) (...) d'exploiter lesdites inventions de manière à satisfaire aux besoins de la santé publique ou de d'économie nationale, 2) Si, dans un délai de 12 mois, il n'est pas donné d'effet à la mise en demeure susvisée, et si le défaut ou l'insuffisance en qualité ou en quantité de l'exploitation entreprise à la suite de la mise en demeure porte gravement préjudice à la santé publique ou à l'économie nationale, tes brevets en cause donnent lieu à des licences d'exploitation par

régime des licences d'office dans l'intérêt de la santé publique. Or, la capacité pharmaceutique dans la région n'ayant pas évolué, nous avons du mal à comprendre une telle rigueur alors que certains pays industrialisés comme la France n'ont pas modifié leur régime de licences d'office⁹⁷⁶, plutôt, le régime a été adapté, à l'Accord sur les ADPIC en prévoyant que la recherche d'un accord amiable n'est pas nécessaire en cas de pratique déclarée anticoncurrentielle ou de situation d'urgence, et en étendant le domaine des produits de santé pouvant faire l'objet de licences d'office⁹⁷⁷.

519. L'application du régime des licences obligatoires aux licences d'office dans l'Accord de Bangui de 1999 fait que ces licences n'ont plus rien « *d'office* ». Elles ne sont ni souples ni expéditives. Il aurait peut-être été plus simple pour le législateur de dire que « *les licences obligatoires* » peuvent être administratives lorsqu'elles sont octroyées dans l'intérêt de l'économie du pays, de la santé publique ou de la défense nationale, et judiciaires dans tous les autres cas. Le régime de droit commun des licences obligatoires auquel le législateur OAPI

un texte réglementaire pris par le ministre compétent du Gouvernement de l'Etat membre en cause et qui fixe les conditions de durée ainsi que le champ d'exploitation desdites licences. 3) Le délai visé à l'alinéa précédent peut être prolongé par le Ministre chargé de la propriété industrielle, à la demande du ministre compétent, et si, toutefois, le titulaire du brevet en cause justifie d'excuses légitimes. 4) La licence prend effet à la date à laquelle le texte réglementaire visé à l'alinéa 2) précédent est publié. Compter de cette date, l'Etat membre en cause peut soit exploiter pour son propre compte l'invention considérée ou la faire exploiter, 5) Les conditions de paiement dû pour les licences visées y. ar le présent article sont fixées, à défaut, d'accord amiable, par le tribunal ».

⁹⁷⁶ L'Article L. 613-16, CPI dispose : « Si l'intérêt de la santé publique l'exige et à défaut, d'accord amiable avec le titulaire du brevet, le ministre chargé de la propriété industrielle peut, sur la demande du ministre chargé de la santé publique, mettre par arrêté au régime de la licence d'office, dans les conditions prévues à l'article L. 613-17, tout brevet délivré pour :

- A) Un médicament, un dispositif médical, un dispositif médical de diagnostic in vitro, un produit thérapeutique annexe ;
- B) Leur procédé d'obtention, un produit nécessaire à leur obtention ou un procédé de fabrication d'un tel produit ;
- C) Une méthode de diagnostic ex vivo.

Les brevets de ces produits, procédés ou méthodes de diagnostic ne peuvent être soumis au régime de la licence d'office dans l'intérêt de la santé publique que lorsque ces produits, ou des produits issus de ces procédés, ou ces méthodes sont mis à la disposition du public en quantité ou qualité insuffisantes ou à des prix anormalement élevés, ou lorsque le brevet est exploité dans des conditions contraires à l'intérêt de la santé publique ou constitutives de pratiques déclarées anticoncurrentielles à la suite d'une décision administrative ou juridictionnelle devenue définitive. Lorsque la licence a pour but de remédier à une pratique déclarée anticoncurrentielle ou en cas d'urgence, le ministre chargé de la propriété industrielle n'est pas tenu de rechercher un accord amiable ». L'extension de l'objet de l'article L. 613-16 du CPI à d'autres produits de santé que le médicament, tels les dispositifs médicaux y compris ceux de diagnostic in vitro, les produits thérapeutiques annexes ainsi qu'aux procédés et produits nécessaires à leur obtention, résulte d'une modification apportée audit CPI par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004. L'Article L. 613-17 du même texte dispose : « Du jour de la publication de l'arrêté qui soumet le brevet au régime de la licence d'office, toute personne qualifiée peut demander au ministre chargé de la propriété industrielle l'octroi d'une licence d'exploitation. Cette licence est accordée par arrêté dudit ministre à des conditions déterminées, notamment quant à sa durée et son champ d'application, mais à l'exclusion des redevances auxquelles elle donne lieu. Elle prend effet à la date de la notification de l'arrêté aux parties. A défaut d'accord amiable approuvé par le ministre chargé de la propriété intellectuelle et le ministre chargé de la santé publique le montant des redevances est fixé par le tribunal de grande instance ».

⁹⁷⁷ Ibid., Article L. 613-16, CPI.

soumet la licence d'office est en pleine contradiction avec l'esprit qui a prévalu à la mise sur pied de ce dernier mécanisme. En effet, c'est l'insuffisance du régime de la licence obligatoire au regard de la santé publique qui avait guidé le législateur à l'époque de la création de la licence d'office dans l'intérêt de la santé publique: *«II était apparu qu'une procédure expéditive devait être organisée pour permettre aux pouvoirs publics de satisfaire aux besoins de la santé publique »*.⁹⁷⁸ Au demeurant, il y a lieu de s'interroger sur la portée de la licence d'office autant que celle des licences obligatoires au regard des limites ci-dessus évoquées.

B- La portée juridique des licences obligatoires

520. L'analyse précédente nous a permis de constater que des différences essentielles pouvaient exister entre le droit OAPI et des règles plus favorables du droit international. Pour gérer ces différences, l'Accord de Bangui a établi une règle de conflit qui reste pourtant inachevée (1). Cependant, l'utilisation de cette règle de conflit est hypothétique au regard de la mise en œuvre nuancée du bénéfice du recours aux licences obligatoires (2).

1- La solution inachevée de la règle de conflit de l'Accord de Bangui

521. En vertu de l'article 17 du texte de l'Accord de Bangui de 1999, *« 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 sont parties, ces dernières prévalent »*. La formule de l'Accord de Bangui montre bien le désir du législateur OAPI de s'arrimer aux règles internationales en la matière et, le cas échéant, de ne conférer à l'Accord de Bangui qu'une application subsidiaire. Le conflit de lois entre les dispositions dudit accord ou ses annexes et un texte de droit international en matière de brevet devra donc se solder par l'application de ce dernier. Le législateur a procédé à une adaptation de la règle en 1999. En effet, l'Accord de Bangui de 1977 faisait référence expresse à la primeur des textes internationaux administrés, par le Bureau international de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle⁹⁷⁹.

⁹⁷⁸ Exposé des motifs du décret n° 53-971 du 30 septembre 1953 introduisant en France (et donc aussi dans ses colonies dont la plupart des pays membres de l'OAPI) la licence d'office dans l'intérêt de la santé publique, cité par M. SABATIER, *op. cit.*, p. 216.

⁹⁷⁹ L'Article 14 de l'Accord de Bangui de 1977 disposait : *« 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 Etats membres sont parties et qui sont administrées par le Bureau international de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, ces dernières prévalent »*.

522 La nouvelle configuration internationale du droit des brevets a changé en 1994 avec l'adoption du traité de L'OMC. Désormais, l'OMPI n'est plus pratiquement la seule institution multilatérale à administrer des conventions internationales en matière de propriété intellectuelle. L'OMC en est une autre, presque au même titre que l'OMPI, puisqu'elle administre l'Accord sur les ADPIC qui s'impose aux Etats. Il est donc juste que le législateur OAPI de 1999 ait supprimé la référence explicite à la seule OMPI, ouvrant ainsi la voie à une solution uniforme au conflit de lois non seulement avec les dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC, mais également avec toute autre convention internationale qui prévoirait des règles en matière de droits de propriété intellectuelle, la précision n'est pas banale puisque, ainsi que nous le verrons par la suite, de nombreuses institutions bilatérales et multilatérales insèrent de plus en plus des règles relatives à la protection des droits de propriété intellectuelle dans les accords qu'elles concluent.

523 Nous pourrions nous demander si la référence faite par le législateur OAPI aux conventions internationales s'applique effectivement à toute convention ou uniquement à celles qui traitent directement des questions de propriété intellectuelle. Le choix d'étudier cette règle de conflit dans ce chapitre relatif aux licences obligatoires ne signifie pas que la règle s'applique uniquement à ce mécanisme. Elle est relative aux divergences qui pourraient surgir entre les dispositions de l'ensemble de l'Accord de Bangui et ses Annexes, et toute autre disposition issue des conventions internationales. En fait, en l'état actuel de l'évolution du droit des brevets, c'est essentiellement au niveau de la mise en œuvre des licences obligatoires accordées pour des raisons de santé publique que cette règle semble pouvoir être invoquée. Nous pensons précisément à la décision du Conseil des ADPIC du 30 août 2003 et à l'accord du 6 décembre 2005. Ces textes pourraient être invoqués par un Etat membre de l'OAPI pour octroyer une licence obligatoire selon le nouveau système qu'ils prévoient. Ils entrent de toute évidence en conflit avec l'Accord de Bangui de 1999. Par conséquent, si un Etat désire faire recours au mécanisme des licences obligatoires, il sera fondé à utiliser l'amendement de l'Accord sur les ADPIC par la décision du 6 décembre 2005 sur la base de la règle de conflit posée par l'article 17 de l'Accord de Bangui.

524 Le recours à la règle de conflit dans le contexte actuel est cependant limité malgré toutes les préoccupations énoncées jusqu'à présent. En effet, si l'Accord de Bangui ne favorise pas toujours l'accès aux soins de santé publique et particulièrement aux médicaments, s'il se montre souvent plus rigoureux et restrictif sur les textes internationaux dans l'intérêt privé des titulaires des brevets, l'on ne saurait pour cette raison affirmer que l'Accord de Bangui est en contradiction avec les règles contenues dans les conventions internationales. Les interprétations données par le législateur OAPI le sont en général dans la marge de manœuvre laissée par les textes internationaux, notamment l'Accord sur les ADPIC. Ce qui est dommage, c'est simplement que le législateur semble s'être moins préoccupé de l'intérêt général manifesté par la recherche de solutions aux problèmes de santé publique, que du renforcement des droits privatifs des titulaires de brevets. La présence de cette dernière préoccupation est constante même dans l'aménagement du régime des licences obligatoires, alors qu'une plus grande souplesse n'aurait pas nécessairement rendu automatique la mise en œuvre de ces licences.

2- La mise en œuvre nuancée du bénéfice du recours aux licences obligatoires

525 L'examen du registre spécial des brevets de l'OAPI montre que de 1962, date de création de l'Office⁹⁸⁰ jusqu'à nos jours, *aucune licence obligatoire ni aucune licence d'office n'y a jamais été inscrite*. Il y a donc lieu de s'interroger sur l'intérêt de prévoir une flexibilité relative au régime des licences obligatoires dans l'espace OAPI. Partant d'un jugement critique sur les licences obligatoires, d'aucuns, faisant le constat selon lequel, le nombre des licences obligatoires octroyées est faible⁹⁸¹, en sont arrivés à la conclusion que le système est inefficace et a peu de valeur. Cependant, il est quasi- unanimement admis au sein de la doctrine que l'importance de l'institution ne saurait se mesurer au nombre. L'importance pratique des dispositions de la loi sur les brevets concernant les licences obligatoires réside essentiellement dans le fait que la menace qu'elles représentent favorise l'octroi de licences contractuelles à des conditions raisonnables et permet ainsi d'obtenir une exploitation effective de l'invention.⁹⁸² Les Professeurs AZEMA et GALLOUX soulignent à juste titre que : « *La pratique montre que le recours aux licences obligatoires ou d'office est rare dans le domaine de la santé car il est de l'inféré, bien compris des brevetés de maximiser leur production mais*

⁹⁸⁰ L'OAPI actuelle était anciennement connu sous le nom de l'OAMPI en 1962.

⁹⁸¹ Le Canada, les Etats-Unis, et le Royaume Uni étant les pays où le plus grand nombre de licences obligatoires ont été délivrés. V. C. CORREA, 2002b, *op. cit.*, p. 21.

⁹⁸² *Ibidem.*, p. 22.

elles constituent des soupapes de sécurité dans un domaine sensible⁹⁸³.» Dans le même sens, les Professeurs MACKAAY et ROUSSEAU précisent que « l'ombre d'une telle licence imposée devrait normalement permettre à la négociation avec l'entreprise détentrice du brevet d'aboutir : un mauvais accord vaut souvent mieux qu'une solution imposée⁹⁸⁴ ». Nous partageons pleinement ces analyses faites par d'éminents spécialistes de la propriété intellectuelle. Il va sans dire que le développement de solutions négociées ne peut être que favorable à la baisse des prix de médicaments et par conséquent à l'accroissement du bien-être des consommateurs que sont les patients des pays pauvres, en particulier.

526 Dans certaines hypothèses, les licences obligatoires pourraient, en favorisant le développement d'une industrie pharmaceutique locale, servir de ressort pour des flux futurs d'innovation⁹⁸⁵. Il faut rappeler ici la philosophie qui anime le droit des brevets : si l'Etat consent à l'inventeur un droit exclusif d'exploitation, c'est à la condition que la société en tire profit. Si tel n'est pas le cas, la sanction peut en être l'octroi d'une licence obligatoire⁹⁸⁶. Et, si comme dans le cas de la licence obligatoire pour brevet de dépendance, l'intérêt privé est plus immédiat, c'est en définitive en vue de réaliser un *intérêt général* toujours « *sous-jacent* ». ⁹⁸⁷ L'exemple du Brésil démontre largement que la menace d'utiliser le mécanisme des licences obligatoires a récemment obligé les producteurs de médicaments à négocier avec les autorités et à consentir des baisses impressionnantes de prix des médicaments de leur fabrication⁹⁸⁸. C'est dire que l'efficacité des licences obligatoires se mesure moins à la multiplication des occasions de son utilisation qu'à sa valeur persuasive à l'égard du pouvoir monopolistique du titulaire du brevet. Cette valeur persuasive est fonction du danger que son utilisation effective représente pour ce dernier. Il nous semble que cette valeur persuasive est peu présente dans l'Accord de Bangui de 1999. Aussi n'est-il pas trop tôt pour que le législateur OAPI pense à reformer le système.

⁹⁸³ J. AZÉMA et J-C. GALLOUX, *op. cit.*, p. 287.

⁹⁸⁴ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^{ème} éd. Dalloz/Thémis, 2008, p. 286.

⁹⁸⁵ C. CORREA, 2007, *op. cit.*, p. 313.

⁹⁸⁶ J. AZÉMA et J-C. GALLOUX, *op. cit.*, p. 320.

⁹⁸⁷ *Ibidem.*, p. 323.

⁹⁸⁸ OMS, ONUSDA, MSF, « Tableaux sur les brevets sur les antirétroviraux dans différents pays. Tiré de « Déterminer le statut des brevets des médicaments essentiels dans les pays en développement » ; « Determining the patent status of essential medicines in developing countries », Health Economics and Drugs, EDM Series N°17, 2004. Par exemple, pour certains médicaments ci-après, le Brésil a, à plusieurs reprises, utilisé la menace de production locale sous « licences obligatoires » pour contraindre les multinationales à baisser leurs prix. Ainsi, au terme de plusieurs négociations, entre 2001 et 2004, le gouvernement brésilien est parvenu à faire réduire d'environ 72 % le prix du nelfinavir (de Roche), d'environ 77 % celui de l'efavirenz (de Merck Sharp & Dhome) et de l'atazanavir (Bristol-Myers Squibb), de 60 % celui du lopinavir/r (d'Abbott) et de 43% celui du tenofovir (de Gilead).

527. L'Accord sur les ADPIC a changé le visage des licences obligatoires en les rendant plus contraignantes que dans les législations nationales et internationales antérieures. Un tel régime rendait peu pratique l'utilisation de ce mécanisme, de sorte qu'il a fallu dans le cadre des négociations de Doha trouver des solutions plus réalistes pour améliorer l'accès aux soins de santé à travers l'aménagement d'un régime plus souple des flexibilités. Pourtant, des inquiétudes demeurent dans l'espace OAPI. En effet, le régime des licences obligatoires a été durci dans l'Accord de Bangui de 1999 au-delà des exigences minimales imposées par l'Accord sur les ADPIC et même plus que dans certains pays développés alors que le niveau de développement industriel pharmaceutique des Etats membres est resté très faible. Une telle situation ne peut être que défavorable pour l'accès aux médicaments dans l'espace OAPI, d'autant plus que la règle de conflit énoncée par le législateur dans l'Accord de Bangui est d'un secours minime. Finalement, le réaménagement du mécanisme des licences obligatoires s'affirme comme une nécessité au regard de son importance, et indépendamment de sa mise en œuvre effective.

C- Les obstacles à la mise en œuvre des mécanismes dérogatoires par les pays pauvres

528. Après l'entrée en vigueur de l'Accord ADPIC, de nombreux Etats ont bénéficié d'une période de transition afin d'harmoniser leurs législations nationales. Cette première période de transition, qui se terminait en 2016, s'est vue prorogée jusqu'en 2033 à la demande des pays les moins avancés au motif qu'ils n'avaient encore pu harmoniser leur législation nationale à celle des ADPIC. En réalité, les raisons de cet argument spécieux avancé par lesdits pays sont à rechercher dans la volonté des pays développés à vouloir coûte que coûte empêcher la mise en œuvre de ces flexibilités au profit des populations des pays les moins avancés et des pays en développement.

Ainsi, pendant que certaines législations privilégient la protection des brevets d'invention pharmaceutique (1), au détriment de leur position de PMA, d'autres plus industrialisés exercent sournoisement de nombreuses pressions sur ceux-ci afin qu'ils renoncent à mettre en œuvre les flexibilités de l'accord ADPIC (2).

1- La position mitigée de l'OAPI

529. Si la révision de l'Accord de Bangui du 24 février 1999 a permis à l'OAPI de mettre en conformité sa législation nationale sur celle de l'Accord sur les ADPIC, celle-ci ne s'est pas empêchée de se doter d'un régime juridique encore plus protecteur pour les titulaires de droit dans son espace géographique. En effet, selon l'article 7 alinéa 3 a) i) de l'annexe I de l'Accord de Bangui, les droits conférés par le brevet s'étendent désormais aux facultés de fabriquer, importer, offrir en vente, vendre et utiliser le produit. A l'analyse de l'Accord sur les ADPIC, l'extension des droits conférés par le brevet telle que susvisée, est obligatoire dans la mesure où il utilise dans son énumération, la conjonction « et », ce qui durcit vraisemblablement le champ de la protection.

530. En sus, concernant les licences non volontaire, l'Accord de Bangui a prévu une disposition dont les effets sont inquiétants. En effet, selon cet accord, le mécanisme dérogatoire ne peut s'étendre à l'acte d'importer (Article 49 alinéa 4 a)) alors même que l'article 7 alinéa 3 a) i) affirme le contraire comme sus-indiqué. Ainsi, en raison de cet autre choix, le caractère régional de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle fait par l'OAPI, suppose que ses membres ne peuvent pas recourir aux importations parallèles en dehors d'un des autres membres. La position de cette organisation régionale peut rendre difficile la mise en œuvre des licences obligatoires car en dépit du fait qu'elle regorge en son sein de plusieurs PMA, elle a opté tout de même pour une législation plus rigide que celle proposée par l'OMC.

531. La question qui pourrait découler du choix de l'OAPI et qui mériterait de notre point de vue d'être posée est la suivante : comment les principaux Pays les Moins Avancés et les Pays En Développement qui sont régulièrement confrontés à de graves problèmes d'accès aux médicaments choisissent la voie d'une protection rigide de la propriété industrielle ? Une déclaration particulièrement ironique émanant des représentants de l'OAPI illustre parfaitement sa position paradoxale en ces termes « *le brevet ne doit pas être perçu comme un obstacle majeur aux politiques de santé, ni la cause du coût élevé des médicaments* ». Il est clair qu'en optant pour une législation encore plus rigide que celle de l'OMC, consisterait à maintenir les populations de ces pays dans la précarité sanitaire et l'éloignement d'une solution durable à leurs problèmes graves d'accès aux médicaments.

2- Les obstacles internationaux

532. Les pays en développement et les pays les moins avancés subissent de manière sournoise diverses pressions **(b)** de la part des pays développés tels que les Etats-Unis et l'Union Européenne (USA et UE) afin de les obliger à opter pour le renforcement de leur système de protection des brevets pharmaceutiques ce qui impliquerait leur renoncement à recourir aux flexibilités de l'Accord sur les ADPIC **(a)**.

a- Les dispositions ADPIC-Plus

533. Selon une déclaration de l'ONG Oxfam, les Etats-Unis seraient initiateurs des obstacles limitant le recours aux flexibilités par les pays les moins avancés et les pays en développement en ce sens que « *bien que les Etats-Unis aient adopté la déclaration de Doha en 2001, leur politique commerciale n'a vraiment jamais changé. Au contraire, les USA ont choisi d'utiliser d'autres voies pour s'assurer que les niveaux les plus strictes de protection de la propriété intellectuelle soient imposés dans le monde entier* ».⁹⁸⁹ Ainsi, pour atteindre leurs objectifs qui consistent pour l'essentiel à l'affaiblissement ou à la suppression pure et simple des mécanismes de sauvegarde de la santé publique autorisés par l'Accord sur les ADPIC, les USA vont avoir recours aux Accords de Libre Echange « *ci- après ALE bilatéraux* » ou encore appelés '*ADPIC-PLUS*'. En effet, l'Accord de Libre Echange (ALE) est une entente entre deux (Accord Bilatéral) ou plusieurs (Accord Multilatéral) pays, pour faciliter les échanges commerciaux entre eux. Cette entente se caractérise

⁹⁸⁹ OXFAM, « Des brevets contre les patients : Cinq ans après la déclaration de Doha », novembre 2006, p.41.

généralement par une diminution ou la suppression des barrières à l'intérieur d'une zone ou entre plusieurs zones. Un ALE est généralement la première étape vers une intégration plus forte des marchés. Il peut porter soit sur des barrières tarifaires (BT) comme les droits de douane et autres taxes et barrières non-tarifaires (BNT) comme les formalités administratives, le contingentement, etc. Nous pourrions citer comme exemples les différents accords de libre-échange entre l'UE et l'Algérie ; UE et la Corée du Sud ; l'UE et la Tunisie, etc. Toutefois, les USA usant de leur hégémonie dans le monde vont, sous le prétexte de vouloir conclure des ALE, imposer aux pays les moins avancés des règles plus strictes en matière de propriété intellectuelle plus connues sous l'appellation de '*ADPIC-PLUS*', tout en sachant que cette situation qui leur est presque imposée, leur sera préjudiciable. Ainsi, sous le prétexte de vouloir négocier des accords de libre-échange bilatéraux et régionaux avec les pays les moins avancés et les pays en voie de développement, les Etats-Unis d'Amérique vont constamment brandir des règles de propriété intellectuelle plus renforcées que celles exigées par les Accords sur les ADPIC, telles que : la prolongation de la durée de l'exclusivité en cas de retard dans la procédure de délivrance du brevet⁹⁹⁰, l'agrément de mise sur le marché⁹⁹¹, l'interdiction des importations parallèles sans le consentement du titulaire du brevet⁹⁹², enfin, l'ALE confère au titulaire du brevet une exclusivité de cinq ans sur les données cliniques de son médicament⁹⁹³ et de trois ans en cas de nouvelles indications sur un produit déjà breveté⁹⁹⁴. Ces dispositions respectives offrent donc une plus grande protection que l'Accord ADPIC, bien que cela soit au détriment de l'accès aux médicaments. Monsieur ZOELLICK délégué américain au commerce déclarait que les ALE fixaient la protection à « *un niveau inédit et élevé pour la propriété intellectuelle* ».⁹⁹⁵ Ces ALE constituent un moyen indirect pour les Etats-Unis d'exercer des pressions sur d'autres Etats, car un éventuel refus de conclure un tel Accord peut entraîner de nombreuses conséquences commerciales. C'est le cas par exemple de l'ALE conclu entre les USA et le Maroc. En effet, le Maroc est le premier pays africain et le deuxième pays arabe à conclure ce type d'Accord avec les Etats-Unis parce qu'il possède la deuxième industrie pharmaceutique du Continent africain après l'Afrique du Sud.⁹⁹⁶

⁹⁹⁰ Article 15.9(7) des ALE.

⁹⁹¹ *Ibid.*, Article 15.10(3) des ALE.

⁹⁹² *Ibid.*, Article 15.9(4) des ALE.

⁹⁹³ *Ibid.*, Article 15.10(1) des ALE.

⁹⁹⁴ *Ibid.*, Article 15.10(2) des ALE.

⁹⁹⁵ Act UP-Paris, « Accord de Libre Echange Maroc/USA : premiers bilans », 15 mai 2004, disponible sur le site : <http://www.actupparis.org/article1628.html>.

⁹⁹⁶ Déclaration de Monsieur ZOELLICK cité par Monsieur MAGALI Ghislain, l'accès à des médicaments abordables : Après Doha, la réalité des ADPIC à travers l'accord de libre-échange Etats-Unis-Maroc, Université catholique de Louvain, Faculté de Droit, 2006, p.09, disponible à l'adresse Internet suivante : <http://cridho.cpdur.ucl.ac.be/documents/Working.Papers/CRIDHO.WP.2006.061.pdf>

534 Un autre exemple très représentatif, lui aussi, est celui de l’ALE signé avec le Chili le 6 juin 2003 qui a constitué pour les Etats-Unis le précédent sur lequel se sont appuyés les négociations avec différents pays d’Amérique du Sud et des Caraïbes.⁹⁹⁷ S’il est vrai au regard de tout ce qui précède que les Etats-Unis d’Amérique font pression sur les pays les moins avancés et les pays en voie de développement pour obtenir une meilleure protection des brevets de médicaments en les menaçant de sanctions commerciales et en exerçant des pressions dans le cadre du processus d’accession à l’OMC, il n’en demeure pas moins que ces menaces peuvent revêtir également la forme de représailles économique et politique.

b- Les mesures de rétorsions économiques et politiques

535 Le Brésil, présenté comme figure de proue dans le combat en faveur de l’accès aux médicaments génériques dit de ‘‘bon marché’’, quoique rien ne l’y oblige, dans la mesure où il jouit d’une certaine autonomie en matière de production de médicaments, s’est vu contraint à renoncer à la mise en œuvre des flexibilités de l’accord sur les ADPIC. En effet, si un pays comme le Brésil n’a pas pu résister à la détermination des Etats unis d’Amérique à vouloir imposer leur conception de la protection élevée de la propriété industrielle, qu’en serait-il des pays plus pauvres ? Lors d’un colloque organisé en novembre 2006, Monsieur Pedro CHEQUER, Directeur national du programme brésilien de lutte contre le Sida, déclarait à juste titre que « *En 2005, le Brésil était techniquement en mesure de produire des versions génériques, bon marché, de traitements antirétroviraux de deuxième génération brevetés, et la décision d’émettre une licence obligatoire était à un stade avancé. Cependant, à cause de pressions politiques et de menaces de représailles économiques par l’administration Bush, adoption d’une licence obligatoire fut abandonnée et remplacée par une négociation de prix. En dépit de l’ADPIC et de la déclaration de Doha, l’adoption de licences obligatoires est quasiment impossible en pratique* », voir même utopique.

536 En tout état de cause, la puissance commerciale des USA laisse peu de choix aux pays les moins avancés et les pays en voie de développement qui n’ont aucune alternative que celle de céder aux exigences des Etats Unis, c’est-à-dire, renforcer leur législation en matière de propriété industrielle, plutôt que de courir le risque de subir entre autres des sanctions économiques suites auxquelles leur situation déjà difficile s’empirerait davantage. Toutefois, l’avènement de la pandémie du COVID-19 semble avoir relancé le débat sur la nécessité d’assouplir les conditions d’octroi des

⁹⁹⁷ A. ONORI (Dir.), « Propriété intellectuelle et accès aux médicaments », Centre suisse Romande, 2006, p. 37.

licences obligatoires⁹⁹⁸. En effet, les dégâts incommensurables causés par cette maladie dans le monde, surtout en occident, vont sans doute emmener les pays développés à reconsidérer leurs exigences relatives au durcissement du champ de protection des droits du breveté⁹⁹⁹. Pour répondre à la crise du COVID-19, les gouvernements doivent prendre conscience que, conformément à l'accord de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC), ils sont en mesure de prendre des mesures pour surmonter rapidement les obstacles potentiels aux brevets afin d'accroître l'accès aux tests diagnostiques, aux médicaments, y compris les produits biologiques, et aux vaccins brevetés¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁸ V. M. TELLEZ, « La pandémie de COVID-19 : R&D et gestion de la propriété intellectuelle pour l'accès aux diagnostics aux médicaments et aux vaccins », rapport sur les politiques, South Centre, n°73, mai 2020. Selon ce rapport, la propagation rapide actuelle du COVID-19 met à l'épreuve la capacité des gouvernements et celle de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) à apporter une réponse mondiale coordonnée à la pandémie. Les pays en développement et les pays les moins avancés (PMA), en particulier en Afrique, sont particulièrement vulnérables aux effets de la crise de santé publique. Un domaine prioritaire de collaboration mondiale consiste à faire progresser la recherche et le développement (R&D) de vaccins et de médicaments qui soient disponibles, abordables et accessibles dans le monde entier. Il n'existe actuellement aucun vaccin et aucune thérapie directe pour COVID-19 dont l'innocuité et l'efficacité ont été prouvées. Il est également nécessaire d'accélérer les capacités et les outils d'essai dans les pays en développement et les PMA en leur donnant un accès accru à des diagnostics peu coûteux. L'approche de la gestion des droits de propriété intellectuelle par les institutions de recherche, les entreprises pharmaceutiques et biotechnologiques et les organismes de financement de la R&D aura une incidence décisive sur la disponibilité et l'accès, ainsi que sur le transfert de technologie et de savoir-faire. Les gouvernements doivent s'assurer qu'ils disposent de cadres législatifs et procéduraux leur permettant de surmonter les obstacles liés aux brevets, à l'exclusivité des données et aux secrets commerciaux afin de se procurer et de produire des diagnostics, des vaccins, des médicaments et d'autres produits thérapeutiques pour le COVID-19.

⁹⁹⁹ Exemples de plusieurs pays faisant recours à la licence obligatoire pour lutter contre la COVID-19 : C'est le cas de l'Israël où le procureur général a autorisé la délivrance d'une licence obligatoire pour permettre l'importation de versions génériques de la combinaison de traitement contre le VIH lopinavir et ritonavir (Kaletra®) qui est protégée par un brevet en Israël, en vue de traiter le COVID-19. En réponse à cette décision, le développeur AbbVie aurait notifié à la Communauté des brevets sur les médicaments (MPP) qu'il ne ferait respecter ses brevets portant sur Kaletra® dans aucun territoire. Israël n'est pas le seul pays à prendre rapidement des mesures en matière de licences obligatoires pour garantir l'accès aux traitements, vaccins ou tests diagnostiques contre le COVID-19. Le Canada vient également de modifier sa Loi sur les brevets afin de prévoir l'octroi de licences obligatoires en cas d'urgence de santé publique⁴⁴. L'Allemagne prépare également le terrain pour faire usage des dispositions de sa loi sur les brevets en matière de licences obligatoires. Le Chili et l'Équateur ont quant à eux pris des mesures importantes pour faire avancer, le cas échéant, les procédures requises pour la délivrance de licences obligatoires pour des produits brevetés dans le cadre de la lutte contre le COVID-19.

¹⁰⁰⁰ C. CORREA, « Public Health Perspective on Intellectual Property and Access to Medicines », Une compilation d'études préparées pour l'OMS, South Centre, 2016 ; C. CORREA, « Intellectual Property and Access to Medicines », South Centre, 2013 ; G. VELASQUEZ et al, « Intellectual Property, Human Rights and Access to Medicines », Bibliographie sélective et annotée Troisième édition (à paraître).

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

537. L'étude des moyens de lutte contre les actes de contrefaçon ont permis de déterminer les sanctions applicables auxdits actes en identifiant les sanctions encourues par le contrefacteur. A la lumière de cette analyse, nous avons constaté que les sanctions appliquées aux actes de contrefaçon étaient le plus souvent inadéquats avec des quantum inadaptés à la gravité du délit. Ainsi, l'application de ces sanctions ne pouvait produire les effets dissuasifs sur les contrefacteurs.

538. Au regard de cette situation, nous avons fait des propositions concrètes au plan juridique en vue d'assurer la protection efficace des populations vulnérables face à la prolifération des médicaments contrefaisants. Ces propositions ont consisté, entre autres, à encourager l'harmonisation des législations relatives à la santé dont l'effectivité de sa mise en œuvre par les Etats membres de l'UEMOA est incontestable en dépit de certains balbutiements rencontrés dans son application. En sus, l'on a aussi proposé le recours aux mécanismes de sauvegarde de la santé publique ou encore aux flexibilités autorisées par les Accords sur les Aspects du Droit de la Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce, en vue de faciliter l'accès de la population aux médicaments essentiels. Cependant, l'application des flexibilités n'est pas toujours aisée. Bien au contraire, les Etats signataires des ADPIC sont constamment confrontés aux obstacles juridiques et politiques mis en place par certains pays occidentaux par le biais des ADPIC-PLUS.

CONCLUSION GENERALE

539. Au terme de cette étude, il convient de nous rappeler les objectifs que nous nous étions fixés. Il a paru plus intéressant de partir des fondements juridiques de la propriété industrielle, du droit de la santé et des droits nationaux dans le but de répondre à la problématique de notre travail. Pareille démarche nous a imposé de faire preuve d'humilité. Elle a également eu pour conséquence d'éveiller notre sens critique.

540. La recherche sur la contrefaçon de médicament à usage humain dans l'espace UEMOA nous a imposé d'avancer avec prudence. Ainsi, certaines questions ont pu apparaître et d'autres restent encore à être clarifiées. De ce fait, concernant notre sujet, nous avons procédé à la caractérisation de la contrefaçon de médicaments, qui nous a conduit à définir les notions de médicament conventionnel et la médecine traditionnelle. Il faut noter qu'en l'état actuel de la législation, il est difficile de parler d'une définition africaine du médicament. Le législateur OAPI s'inspirant de la définition française du médicament, l'appréhende comme étant « *toute substance, composition ou préparation présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales ainsi que tout produit pouvant être administré à l'homme ou à l'animal, en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique.* » Quant à la médecine traditionnelle et la pharmacopée traditionnelle, la plupart des Etats membres de l'UEMOA n'ont pas à ce jour, en dépit de quelques efforts faits par certains, de textes régulant ledit domaine. Cette situation est préjudiciable aux populations desdits Etats qui ont recours le plus souvent à cette méthode de traitement des maladies. Cette situation exposerait davantage les populations de ces pays à l'automédication qui pourrait les conduire à la consommation de médicaments contrefaisants. En effet, l'absence de clarté de l'OAPI dans le mécanisme de protection de la médecine traditionnelle ne renforce pas la crédibilité des médicaments traditionnels et partant la sécurisation des populations africaines qui ont recours à ce mode de soins pour des raisons sociales, mais surtout financières.

541. Notre étude a également porté sur les actes constitutifs de contrefaçon. L'on a identifié les actes constitutifs de la contrefaçon. En effet sur ce point, il s'agissait de porter une analyse à la fois sur les actes de la contrefaçon relevant des droits nationaux et ceux dépendants de l'Accord de Bangui du 24 février 1999. On a constaté que ni les textes nationaux ni l'Accord de Bangui ne définissent clairement la notion de contrefaçon en général, et celle du médicament en particulier, mais ils se contentent d'énumérer une série d'actes de contrefaçon. La contrefaçon est à la fois un délit pénal et

civil, ainsi, les actes commis par le contrefacteur ont été répartis en deux catégories : les actes pénalement sanctionnés et ceux qui le sont civilement. Par conséquent, la victime de faits de contrefaçon peut indifféremment orienter son action, soit devant le Tribunal Pénal soit devant le Tribunal Civil. Il faut cependant noter qu'il y a des situations qui pourraient apparaître de prime abord comme représentant des cas de contrefaçon, mais il n'en sera rien. En effet, le contrefacteur peut invoquer certaines exceptions autorisées, soit par le législateur, soit voulues par le titulaire de droit afin de se soustraire de faits qualifiés de contrefaçon.

542 L'un des sujets dont cette étude relève la nécessité d'une évolution, est celui de la sanction de la contrefaçon. Les difficultés afférentes à une sanction adaptée en la matière, répondant au devoir de justice, sont tout à fait remarquables. L'on a constaté que les sanctions prévues par les textes nationaux et l'Accord de Bangui étaient le plus souvent inadaptés avec des quantum inadéquats. Le constat qui en découle est que l'ensemble des mesures répressives mises en place dans les Etats membres de l'UEMOA à travers différents textes de lois en l'occurrence les codes pénaux, les textes spéciaux de lutte contre la contrefaçon, l'Accord de Bangui et le code de douane UEMOA, ne paraissent pas suffisantes et assez dissuasives pour des raisons soit d'obsolescence soit d'inadaptation à la nature et à la gravité de l'infraction de contrefaçon de médicament. Dans ces conditions, ces Etats membres de l'UEMOA vont-ils réussir à travers leurs dispositions législatives en vigueur, à lutter efficacement contre ce fléau transfrontalier ? ou bien vont-ils décider enfin de se doter de nouveaux textes adaptés au contexte actuel de la contrefaçon ?

543 En réponse aux interrogations susvisées, un travail collaboratif entre les autorités gouvernementales, les organisations internationales et les laboratoires pharmaceutiques tente de se mettre en place. Ainsi, une des grandes avancées dans la lutte acharnée pour contrecarrer ce phénomène transfrontalier, reste entre autres, la Convention MEDICRIME qui est le premier instrument juridique international. Il qualifie la contrefaçon des médicaments en tant que crime et la condamne pénalement. Malheureusement, seuls quatre (4) Etats membres de l'UEMOA ont à ce jour ratifié cette convention. Cette initiative louable doit continuer à se développer afin de freiner voire d'enrayer ce fléau qui devient de plus en plus complexe, car lié aussi à des organisations criminelles.

544. Poursuivant les propositions de moyens de lutte contre la contrefaçon de médicament, l'on a traité de la facilitation de l'accès aux médicaments modernes. Elles ont consisté, entre autres, à encourager l'harmonisation des législations relatives à la santé dont l'effectivité de sa mise en œuvre par les Etats membres de l'UEMOA connaît des fortunes diverses. En sus, l'on a recommandé le recours aux mécanismes de sauvegarde de la santé publique tels que prévu aux articles 30 de l'Accord sur les Aspects des Droits de la Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce et au paragraphe 6 de la déclaration de Doha. En effet, les Etats du Nord sont tiraillés entre le durcissement des règles de protection des brevets de médicaments brandit par ceux-ci et les Etats du Sud qui remettent en cause lesdites règles parce que trop contraignantes. Ces règles ne leur permettent non seulement pas de produire des médicaments à moindre coût et surtout d'y avoir accès. Le monopole temporel d'exploitation sur l'invention brevetée accordée au titulaire de droit à compter en principe de la date de dépôt et pour une durée maximale de 20 ans ne constituerait-il pas aussi un frein à l'accès aux médicaments pour les pays en voie de développement ?

545. La contrefaçon de médicaments à usage humain comportant de multiples facettes, l'enjeu de la lutte contre la contrefaçon de médicaments nécessite de s'adapter aux évolutions des pratiques conduisant à la commission de cette infraction. De plus, l'on doit répondre au-delà de cette problématique purement juridique de l'atteinte à des droits privatifs, en l'occurrence le droit de brevet et de marque, des conséquences sociales des actes de contrefaçon.

546. C'est la raison pour laquelle, il est nécessaire d'envisager des perspectives et approfondissements de notre étude. Ainsi, ne serait-on pas emmené à s'interroger sur la question relative à la compétence d'attribution du tribunal en matière de contrefaçon, dans la mesure où l'Accord de Bangui désigne expressément le tribunal civil et que les législations nationales en désignent d'autres ? Aussi, pourquoi le législateur OAPI n'emprunterait-il pas le même mode d'organisation, d'attribution et de fonctionnement de l'OHADA à travers sa Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, au lieu de se contenter seulement de la signature d'un simple accord de coopération pacifique intervenu le 9 mai 2016 entre les deux institutions ? En outre, dans la mesure où la mise en œuvre effective des flexibilités des Accords sur les ADPIC est confrontée à des obstacles liés aux ALE et aux ADPIC-PLUS, pourquoi les Etats membres de l'UEMOA ne pourraient-ils pas explorer d'autres voies propres à eux telle que la valorisation du « *médicament issu de la médecine traditionnelle* » pour limiter la consommation et l'exportation des médicaments dits modernes ?

547. Une chose est certaine, au-delà du cadre communautaire, un travail en commun est nécessaire, pour mener une action efficace et une mise en œuvre de tous les moyens de lutte disponibles afin de réduire, voire d'éradiquer la commercialisation de médicaments contrefaisants dans l'espace UEMOA.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES GENERAUX, TRAITES ET MANUELS

ABELLI (C.), ANDRIOLLO (O.), MARCHURON (L.), VIDEAU (J.Y), VENNAT (B.),
POUGET (M.P)

- *Equivalence pharmaceutique des médicaments essentiels génériques*, STP Pharma Pratiques, 11 (2), 2001.

ABRACHI (D.)

- *La supranationalité de l'OHADA*, Rév. EDJA, n°44, 2000.

ANOUKAHA (F.) et TJOUEN (A. D.)

- *Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA*, Yaoundé, Presses Universitaires d'Afrique, 1999.

AZEMA (J.)

- *Le droit français de la concurrence*, PUF, 1989.

AZEMA (J.) et GALLOUX (J.-C)

- *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, Paris, 6^{ème} éd., 2006.

BARBIER (J.C) et BAYARD (J.F)

- *Alliance ou conflit entre haut et bas ? l'état au Cameroun*, 2^{ème} éd. Paris, 1985.

BATTIFOL (H)

- *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956.

BEER (C.J.)

- *Type le plus connu d'infraction douanière, Introduction au droit douanier*, Nouvelle éd., Paris, Economica, 2008.

BELTRAN (A.), CHAUVEAU (S.), GALVEZ-BEHAR (G.)

- *Des brevets et des marques, Une histoire de la propriété industrielle*, Paris, Fayard, 2001.

BERTRAND (A.)

- *La propriété intellectuelle, Livre II : Marques et Brevets – Dessins et Modèles*, Delmas, 1995.
- *Les droits d'auteur et les droits voisins*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1999.
- *Droit des marques, signes distinctifs-noms de domaines*, éd. Dalloz, 2005-2006.

BINCTIN (N.)

- *Droit de la propriété intellectuelle, droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, éd. LGDJ, 4^{ème} éd. 2016.

BOONFUENG (K.)

- *Parallel Imports in Pharmaceuticals: Increase Access to HIV Drugs*, Thailand Law Forum, Volume 9, Issue 2, 2006.

BRETON (J.M)

- *Entre protection et valorisation : le patrimoine saisi par le droit*, Etudes Caribéennes, 2011.

BRIERE (C)

- *Les conflits des conventions internationales en droit privé*, éd. LGDJ, 2001.

CADIET (L.), Le TOURNEAU (PH.)

- *Droit de la responsabilité et des contrats*, 12^{ème} éd. Dalloz Action, 2020.

CARBONNIER (J.)

- *Droit civil. Introduction*, PUF, 23^{ème} éd., 1995.
- *Droit civil, Les obligations*, T. 4, PUF, n° 213, 2000.

CHAVANNE (A.) et BURST (J-J)

- *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 4^{ème} éd, 1993.
- *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 5^{ème}, éd, 1998.

COMBACAU (J.) et SUR (S.)

- *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 1999.

CORNU (G.)

- *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant, Paris : PUF, V° Unification, 2005.

CORNU (G.) et FOYER (J.)

- *Procédure Civile*, PUF, Paris 1996.

CORREA (C.)

- *Trade Related Aspects of intellectual Property Rights: Commentary on the TRIPS Agreement*, éd. Oxford University Presss, New York, 2007.
- *Protection and promotion of Traditional Medecine-Implications for public health in developping countries*, University of Buenos Aires, August 2002.

DE BOUCHONY (A.) et BAUDART (A.)

- *Que sais-je ? La contrefaçon*. Presse Universitaire de France, 2006.

DEBOVE (F.), FALETI (F.) et JANVILLE (T.)

- *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, PUF, 3^{ème} éd., 2010.

DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.)

- *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union Européenne*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2018.

DELMAS-MARTY (M.)

- *Droit pénal des affaires, 2/ Partie spéciale : infractions*, PUF, 4^{ème} éd., 2000.
- *Un pluralisme ordonné, les forces imaginantes du droit*, éd. du Seuil, 2004.

DJOMGA (C.D.)

- *La contrefaçon des marques dans l'OAPI*, éd. Presses Universitaires Libres Avril 2009.

DUBOS (O.)

- *Les juridictions nationales, juges communautaires*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2001.

DUSSOL (A.)

- *Le médicament générique*, éd. PUF, 2009.

EKANI (D.)

- *L'Office Africain et Malgache de la Propriété Intellectuelle*, P.I., Septembre 1966.

FASSIN (D.)

- *Les enjeux politiques de la santé*, Etudes sénégalaises, Equatoriennes, Annales, 2001.

GERVAIS (D.)

- *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 2nd Edition, London Sweet and Maxwell, 2003.

HAAS (M. de)

- *Brevets et Médicament en droit français et européen*, coll. du CEIPI n°28, Litec, 1981.

HANS (K.)

- *Théorie pure du droit*, trad. de la 2e éd, Paris, Dalloz, 1962, réédition, LGDJ, 1999.

HARTNEY (M.)

- *Dictionnaire encyclopédique de théorie de et de sociologie du droit*, (dir.) par A-J. Arnaud, 2^e éd, LGDJ, 1993.

IPANDA (F.)

- *Le traité OHADA et la loi nationale*, Rév, Camerounaise dr. Aff., n°1, 1999.

ISSA-SAYEGH (J.), POUGOUE (P.-G) et SAWADOGO (F.M.) (dir)

- *Traités et actes uniformes commentés et annotés*, 3^{ème} édition, Juriscope, 2008.

JOURDAIN-FORTIER (C.)

- *Santé et commerce international : contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, éd. LexisNexis, 2006.

JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.)

- *Droit civil*, Tom. 2, 4^{ème} éd., Dalloz, 1966.

KLIMEK (C.Y.) et PETERS (G.)

- *Une politique du médicament pour l'Afrique*, éd. Karthala, 1995.

KRAUS (D.E)

- *Les importations parallèles de produits brevetés*, éd. Bruylant, Bruxelles et Schulthess Media Juridique, 2004.

LAUDE (A.), MOURALIS (J.-L.), POINTIER (J.-M.) et LOUVEL (L.)

- *Droit de la santé*, Revue Lamy, T.2, n°405-9, 2013.

LESAGE (A.-R.)

- *Extrait de : Histoire de Gil Blas de Santillane*, 4^{ème} éd., vol.27, 1735.

MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.)

- *Analyse économique du droit*, 2^{ème} éd. Dalloz/Thémis, 2008.

MAILLOLS (A.-C.)

- *La responsabilité du fait des médicaments*, éd. de santé, coll. Hyg a, 2003.

MAJOROS (F.)

- *Les conventions internationales en matière de droit privé : Abrégé théorique et traité pratique*, Tome. 1, Paris A. Pedone, 1976.

MAYER (P.)

- *Droit international privé*, Montchrestien, Paris, 6^e éd, 1998, n 114.

MERRILL (S.A.), LEVIN (R.C.) and MYERS (M. B.) (eds)

- *A patent System for the 21st Century*, The Natioanl Academies Press, Washington, D.C., 2004.

MOKEAU (J.), TRUCHET (D.)

- *Droit de la santé publique*, Mémentos Dalloz, 6^{ me}  d. Paris 2004.

MONJAI (P.Y.)

- *Recherche sur la hiérarchie des normes communautaires*, LGDJ, Bibliothèque de droit International et communautaire, Tome. 112, 2000.

MOUSSERON (J.M.)

- *Traité des brevets*, T.1 : *L'obtention des brevets*, Litec, 1984.
- *Les inventions des salariés*, Coll. CEIPI n°39, Litec 1995.

OST (F.) et VAN de KERCHOVE (M.)

- *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1990.

OUGUERGOUZ (F.)

- *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, PUE, Paris, 1993.

PEREIMAN (C.)

- *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968.

PIGNARRE (P.)

- *Le grand secret de l'industrie pharmaceutique*, Paris, La Découverte, 2003.

POCHON (B.) et DERAMBURE (C.)

- *De la création à la contrefaçon des marques*, éd. du Puits Fleuri, 2007.

POIRIERS (P.)

- *Les Lacunes du droit*, in *le problème des lacunes en droit*, éd. Bruylant, 1968.

POLLAUD-DULIAN (F.)

- *Propriété industrielle*, éd. Economica, 2005, p.1063.

PORTA (J.)

- *La réalisation du droit communautaire*, LGDJ, Fondation Varenne, 2007.

REMICHE (B.)

- *Le rôle du système des brevets dans le développement : le cas des pays andins*, coll. du CEIPI n°29, Litec, 1982.

REMICHE (B.) et CASSIERS (V.)

- *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXIème siècle*, Larcier, 2010.

REMICHE (B.) et KORS (J.)

- *L'Accord des ADPIC : Dix ans après regards croisés Europe-Amérique latine*, Larcier, 2007.

ROQUILLY (C.)

- *Le droit des produits cosmétiques*, Paris, éd. Economica, 1991.

ROUBIER (P.)

- *Le Droit de la propriété industrielle*, Sirey, Tom.2, n°263, 1954.

ROUDARD (I.)

- *Droit européen des licences exclusives de brevets*, Nouvelles éditions fiduciaire, 1989.

ROUSSEAU (CH.)

- *De la compatibilité de normes juridiques contradictoires dans l'ordre international*, R.G.D.I.P, 1932.

RWANGABO (P.C)

- *La médecine traditionnelle au Rwanda*, éd. Karthala, 1993.

SABATIER (M.)

- *L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique*, éd. Litec 1976.

SAGOT-DUVAUROUX (D.)

- *La propriété intellectuelle, c'est du réel ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIXème siècle*, Presses du Réel, 2002.

SANTI (R.)

- *L'ordre juridique*, traduit en français par (L.) FRANCOIS et (P.) GOTHOT, Paris, Dalloz, 1975.

SCIOTTI (C.)

- *La concurrence des traités relatifs aux droits de l'homme devant le juge national*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1997.

SIGNORE (R.)

- *La brevetabilité des inventions aux Etats Unis d'Amérique : principe, conséquences pour les non américains*, Litec, coll. du CEIPI, n°34, 1988.

SINDRES (D)

- *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ, 2007.
- *La réalisation des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits des lois*, LGDJ, coll. Bibliographe de droit privé, Tom. 503, 2008.

SIORAT (L.)

- *Le problème des lacunes droit international : contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire*, Paris, LGDJ., Bibliothèque du droit international, 1959.

SZALEWSKI (J.S) et PIERRE (J.L)

- *Droit de propriété intellectuelle*, Litec, 3^{ème} éd., 2011.

TANKEU (J.)

- *Le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges en matière de propriété intellectuelle*, l'Harmattan, 2018.

TCHANTCHOU (H.)

- *La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'OHADA, étude à la lumière du système des communautés européennes*, l'Harmattan Cameroun, 2009.

TSHIMANGA (K.)

- *Unsettled International Intellectual Property Issues*, Kluwer Law International, the Netherlands, 2008.

VAN HOOGSTRATEN (M.H.)

- *La codification par traité en droit international privé dans le cadre de la conférence de La Haye*, RID, Tom. 1, 1967.

VENTURI (S.),

- *Propriété intellectuelle et révision de la loi sur les cartels : les importations parallèles sous la loupe*, Schulthess, Zurich, 2004.

VIGNAL (T.)

- *Droit international Privé*, 2^{ème} édition, Sirey, 2011.

VIVANT (M.) et NAVARRO (J-L.)

- *Code de la propriété intellectuelle*, Litec, 2011.

VIVANT (C.) et VIVANT (M.)

- *Propriété intellectuelle et libre circulation : A propos de l'épuisement du droit*, Dalloz, 2010, p. 3.

WEBER (M.)

- *Economie et société*, Paris, Pion, 1965.

WENGLER (W.)

- *Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits*, RCDIP, 1952.

ZOLINSKI (V.C.)

- *Méthode de transposition des directives communautaires*, Dalloz, 2007.

II- OUVRAGES SPECIAUX, THESES ET MONOGRAPHIES

ABELLO (A.)

- *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, Coll. Droit et économie, 2008.

ABOUBAKARY (G.)

- *Les implantations de l'Accord de l'OMC sur les ADPIC sur l'accès aux médicaments en Afrique subsaharienne*, Thèse de Doctorat en Sciences Economiques, Université Pierre Mendès France Grenoble II, UFR Economie, Stratégies et Entreprise (ESE).

AGBOKPE (T. K.)

- *Les médicaments essentiels génériques au Togo : Evaluation de l'accessibilité dans les structures de soins publiques*, Thèse de Doctorat, Université du Togo, 2005.

ALEX KABINDA (N.)

- *Le Brevet pharmaceutique et accès aux médicaments dans les pays francophones d'Afrique subsaharienne*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Catholique de Louvain, 2005.

AMARI (A.)

- *Législation de la Pharmacie et du Médicament*, éd. ABC, 2012.

BAKAM TITGOUM (N-J.)

- *Le contentieux de la propriété intellectuelle : cas de la marque de produits ou de service*, DEA, Université de Dschang (Cameroun), 2008.

BARBARA (P.)

- *Accès aux médicaments et contrefaçon pharmaceutique en Russie postsoviétique*, l'Harmattan 2006.

BASIRE (Y.)

- *Les fonctions de la marque. Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif*, Thèse de Doctorat, Université de Strasbourg, 2011.

BEN ALI (N.)

- *Les contrats d'exploitation des biens immatériels : étude du droit français et du droit marocain*, Thèse de Doctorat, Université de Strasbourg, 2014.

BENFEDDOUL (A.)

- *Les normes ICH d'enregistrement des médicaments : Eléments d'un schéma d'efficience pour les pays en développement*, Mémoire Master, 2012.

BOKA (P.M.)

- *Les organisations économiques sous régionales dans le développement de la réglementation pharmaceutique : cas de l'Afrique de l'ouest*, Thèse de Doctorat, Pharmacie, Université de Strasbourg et Université Félix Houphouët-Boigny d'Abidjan, 2018.

BONNET (Ph.)

- *L'application du droit de la concurrence aux droits de la propriété intellectuelle*, Thèse de Doctorat, Université de Caen, 2006.

BOSSARD (E.)

- *La médecine traditionnelle chez les Ovimbundu*, Mémoire de licence en Ethnologie, Université de Neuchâtel – Suisse, 1987.

BOTOY ITUKI (E.)

- *Propriété intellectuelle et droits de l'homme : l'impact des brevets pharmaceutiques sur le droit à la santé dans le contexte du VIH/SIDA en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

BOUCHE (N.)

- *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, L'Harmattan, 2002.

BOWEL (A.)

- *Principe de spécialité et signes distinctifs*, Litec, IRPI, le droit des affaires, propriété intellectuelle, t. 24, 2004.

BRAUD (C.)

- *Les médicaments falsifiés : Situation actuelle en Europe, méthodes de lutte et réglementation européenne*, Thèse d'exercice, Université de Rennes, 2018.

BUREAU (D.)

- *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse de Doctorat, Paris II, 1992, note 3 sous n°483.

BURST (J.-J.)

- *Concurrence déloyale et parasitisme*, Dalloz, 1993

BUTR-INDR (B.)

- *La contrefaçon des droits de propriété intellectuelle : étude comparative en droits français et thaïlandais*, Thèse de Doctorat, Université Panthéon-Assas, 2012.

CANDICE (L.)

- *La détection des médicaments contrefaits par investigation de leur authenticité et Etude pilote sur le marché pharmaceutique illicite de Côte d'Ivoire*, Mémoire d'études spécialisées de Pharmacie spécialisée, Université Henry Poincaré-Nancy 1, 2005.

CORREA (C.)

- *Intégration des considérations de santé publique dans la législation en matière de brevets des pays en développement*, South Centre, 2001.

DE SOLERE (M.)

- *Accessibilité aux médicaments en Afrique de l'Ouest : problématique de la prise en charge des médicaments périmés dans le secteur pharmaceutique public. Etude de cas PSF37 au Bénin*, Thèse de Doctorat en Pharmacie, UFR de Médecine et de Pharmacie de Rouen, 2012.

DIALLO (I.)

- *Les conflits de lois en matière de transport international des marchandises par mer*, Thèse de Doctorat en droit, Paris II, 1987, p. 14 et s.

DUTEIL (Q.)

- *Contrefaçon et falsification des médicaments dans le monde : état des lieux et moyens d'action*, Thèse de Doctorat en Pharmacie, UFR de Médecine et de Pharmacie de Rouen, 2016.

EDOU EDOU (P.)

- *Les incidences de l'Accord ADPIC sur la protection de la propriété industrielle au sein de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI)*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2005, p. 418.

EKANDZI (N.)

- *La protection des savoirs traditionnels par le droit de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI*, Thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 7 juin 2017, pp. 16-19.

FAURE (Y.)

- *Le contentieux de la contrefaçon : La réponse du droit français à l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle*, Thèse de Doctorat, Université de Toulouse 1 Capitole, 5 décembre 2014.

FOLEFACCK (E.)

- *Recherche sur le droit international des médicaments et des dispositifs médicaux*, Thèse de Doctorat, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1998, pp. 88-96.

FOUASSIER (E.)

- *Le médicament : notion juridique*, Paris, éd. médicale internationale, 1999.

GRAZ (D.)

- *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises : Etude de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit Suisse, en droit communautaire et selon l'Accord de libre-échange Suisse-CEE*, Librairie Droz, 1988.

GIRARD (C.)

- *Protéger sa marque*, éd., Francis Lefebvre, 2008.

GOUBET (J.)

- *L'application de la théorie des facilités essentielles en Europe et aux Etats Unis*, mémoire de Master de droit européen, Université Panthéon-Assas, 2010.

HAAS (M.)

- *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, Litec, Paris 1981.

HAMANI (A.-I.)

- *Les médicaments de la rue à Niamey : modalités de vente et contrôle de qualité de quelques médicaments anti-infectieux*, Thèse de Doctorat en Pharmacie, Université de Bamako, Juin 2005, p.71.

JOHNSON-ANSAH (A.)

- *L'épuisement des droits de propriété intellectuelle dans l'espace OAPI*, Thèse de Doctorat, Université de Strasbourg, 2013.

KATY (J.C)

- *La Contrefaçon de marque dans l'Accord de Bangui, Acte du 24 février 1999*, Mémoire de Master 2 en Propriété Industrielle, APIDE-Université SOA 2, Yaoundé, 2013.

KOOG (C.)

- *La Contrefaçon de médicaments dans le monde : Situation actuelle et perspectives*, Thèse de Doctorat de Pharmacie, Lyon 1, Université Claude Bernard, 21 Juin 2014, n°59.
- *Rôle des laboratoires nationaux de contrôle de qualité (LNCQ) dans le système d'approvisionnement des médicaments en Afrique de l'Ouest*, Thèse d'exercice, Pharmacie, Université Claude Bernard, Lyon 1, 2010.

KOUKPO (S.-R.)

- *Le droit des produits de santé en Afrique de l'Ouest : le cas du Bénin et du Sénégal*, Thèse de Doctorat, Université. Montesquieu Bordeaux IV et Université. Cheick Anta Diop de Dakar, 2012.

KRIKORIAN (G.)

- *L'Accès aux génériques : Enjeux actuels et propriété intellectuelle*, AIDES 0508, 2005.

LE STANC (C.)

- *Le droit de possession personnelle antérieure sur invention brevetée*, Mem.DES, dactyl. 1971, p. 150.

LOWE GNINTEDEM (P.J.)

- *La brevetabilité des inventions pharmaceutiques dans l'espace OAPI*, Mémoire de DEA, Université de Dschang Yaoundé, 2003.

MALAN (A.)

- *La concurrence des conventions internationales dans le droit des conflits de lois*, Thèse de Doctorat en droit, Université Aix-Marseille, 2002.

MENSA (V.)

- *L'assistant social face à la vente illicite de produits pharmaceutique*, Mémoire de fin de formation Université nationale Cotonou (Benin), 1996.

MORIN (M.-E.)

- *Le système pénal de l'Union Européenne*, Thèse de Doctorat, Université Aix Marseille, 2017.

NGO MBIEN (S.)

- *L'intérêt général et la protection des médicaments par le brevet dans les pays en développement*, Mémoire de DESS, Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Industrielle (CEIPI), Strasbourg.

NGOUMTSA ANOU (G.)

- *Droit OHADA et conflits de lois*, Thèse de Doctorat, Université Jean Moulin Lyon 3, 2009.

NJEUFACK (T.R.)

- *La protection de la concurrence dans la CEMAC*, Thèse de Doctorat/Ph.D en droit, Université de Dschang, 02 décembre 2005.

ONORI (A.) (dir.)

- *Propriété intellectuelle et accès aux médicaments. L'impact de l'Accord sur les Aspects de Droits de la Propriété Intellectuelle qui touche au Commerce (ADPIC) sur l'accès aux médicaments essentiels*, Centrale Sanitaire Suisse Romande, 2006.

PIGNARD (I.)

- *La liberté de création*, Thèse de Doctorat, Université Nice Sophia Antipolis, 2013.

POTIE (B.)

- *La propriété intellectuelle et l'accès des pays pauvres aux médicaments*, Mémoire de Master 2 recherche Droit International Public, Université Jean Moulin Lyon, Faculté de Droit, 2008.

ROCHER (L.)

- *La Contrefaçon des médicaments dans le monde : Situation actuelle et perspective*, Thèse de Doctorat n°59, Université. Claude Bernard- Lyon 1, Juin 2014, p. 33-35.

SIMPARA (H. S.)

- *Le rôle de l'administration des douanes maliennes dans la lutte contre la contrefaçon*, Mémoire de Master II en Economie et Management de la propriété intellectuelle, Université Publique de Bamako, 2015.

STRIBIS (I.)

- *La manifestation des lacunes en droit international public*, Thèse de Doctorat en droit, Paris I, 2001.

TASSEMBEDO (M.)

- *Propriété intellectuelle et accès aux médicaments dans les pays membres de l'OAPI*, Mémoire de Master 2 en Droit de la Propriété Intellectuelle, Université de Yaoundé 2 SOA, 2011.

TIEMTORE (T.)

- *L'intégration régionale en Afrique : le cas de l'UEMOA*, Mémoire de Master en Droit option Relations Internationales et Européennes soutenue à l'Institut de Recherches et d'Etudes en Relations Internationales et Européennes (IRERIE), en 2004.

VAN DER VEEN (L.J.)

- *Les Bantou Eviya (Gabon-b 30), langue et Société Traditionnelle*, Note de synthèse soutenue en vue de l'obtention de l'habilitation à Diriger des Recherches en Sciences du Langage, Université Lumière-Lyon 2, 1999.

VIVANT (M.)

- *Prendre la contrefaçon au sérieux*, Dalloz, 2009.

YAYA (A.)

- *Réflexions sur les Impacts du droit communautaire de la concurrence sur l'ordre judiciaire interne des Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine*, Thèse de Doctorat d'Etat en droit privé, Université Cheick Anta Diop de Dakar, 2007.

ZIO (S.)

- *Les Accords du Commerce International et l'accessibilité aux médicaments dans les pays en développement*, Thèse de Doctorat en Pharmacie, Université Claude Bernard-Lyon I, Faculté de Pharmacie, 2005.

III- ARTICLES, CHRONIQUES ET CONTRIBUTIONS

ABBOTT (F.M.)

- "First Report (final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the Subject of Parallel Importation", Journal of International Economic Law, Vol.1, Issue 4, 1998, p. 661.

ABBOTT (F.M.) and MAVROIDIS (P.C.)

- "Fourth Report to the Committee on International Trade Law of the International Law Association", International Lt/w Association, London, 2000, p. 19.

ABBOTT (F. M.) and REICHMAN (L.H.)

- “The Doha Round's Public Health Legacy: Strategies for the Production and Diffusion of Patented Medicines under the Amended TRIPS Provisions”, *Journal of International Economic Law (JIEL)*. Vol. 10, 2007. p. 921 -987.

ABBOTT (F. M.) and VAN PUymbroeck. (R.V.)

- “Compulsory licensing for public health-a guide and model documents for implementation of the Doha Declaration Paragraph 6 Decision”, *World Bank Working Paper series*, n°61, 2005, p. 80.

AFD

- « Production et accessibilité des médicaments en Afrique : Le secteur privé en principe actif », 7 novembre 2019.

AGE (S.)

- « Défaut d'activité inventive dans le contentieux français : données statistiques », *Colloques AAPI-CNCPI-IRPI*, Paris, 15 juin 2017.

AGENCE ECOFIN

- « L'Afrique premier marché export de l'industrie pharmaceutique chinoise », 5 novembre 2012.

AKANNI-HONVO (A.)

- « L'UEMOA et la CEDEAO : intégration à géométrie variable ou fusion », in *Les économies en développement à l'heure de la régionalisation*, PH. HUGO (dir.), Karthala, 2002, p.239 et s.

ALBERT (J.-L.)

- « Contrebande », in (J.-L.) ALBERT, (J.L.) PIERRE, (D.) RICHER (dir) *Direction de Droit Fiscal et Douanier*, Paris, Ellipses, coll., Dictionnaires de Droit, 2007.

AMARI (A.)

- « La Contrefaçon des médicaments en Afrique », éd. Afrique Biomédicale, vol. 17, n°1, 2012, p. 73-79.

ANDREA ONORI

- « L'impact de l'accord sur les ADPIC sur l'accès aux médicaments », *Centre sanitaire Suisse romande*, 2006.

BAMDE (A.)

- “Droit de la responsabilité, Droit des obligations, Responsabilité extracontractuelle”, Oct 19, 2016.

BARRAL (P-E.)

- « Pharmacie et industrie pharmaceutique », in *Encyclopoedia Universalis*, corpus 14, Paris 1985, p. 385.

BARFIELD (C.E.) and GROOMBRIDGE (M.A.)

- “Parallel Trade in the Pharmaceutical Industry: Implications for Innovation, Consumer Welfare, and Health Policy”, *Fordham Intel. Prop., Media & Ent. L.J.* Vol. 10, 1999, pp. 185-266.

BARRETT (M.)

- “A Fond Farewell to Parallel Imports of Patented Goods: The United States and the Rule of International Exhaustion”, *EIPR*, Vol. 24 (12), 2002, pp. 571-578.

BASHEER (S.M.)

- « India’s Tryst with TRIPS : The Patents (Amendment) Act 2005 », *Indian Journal of Law and Technology*, Vol. 1, 2005, p. 22.

BELANGER (M.)

- « Réflexion sur la réalité du droit international de la santé », *RQDI*, 1985, pp. 19-22.

BENABOU (V.-L.)

- « Epuisements des droits : une approche globale de la théorie de l’épuisement est-elle possible ? », *Legicom* 2001 n°25, p. 115.

BERTHOUD (C.)

- « Maternités à risques », *le Monde Diplomatique*, Janvier 2000, pp 22-23.

BOUCHE (N.)

- « Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle », *Collection Logiques Juridiques* 2002, n°272, p. 159.

BOUDOUX (P.) et ILIE (A.)

- « L'impact de la contrefaçon vu par les entrepreneurs en France », réalisé en coopération avec l'IRPI, l'IFOP, Avril 2010.

BOUTEILLE (J-P)

- « Médicament par présentation et monopole pharmaceutique, » Actes pharmaceutiques, n°234, Juillet 1986, p. 96.

BRUNOT (P.)

- « Que sais-je ? La contrefaçon », Presse Universitaire de France, 2006, p. 128.

BURST (J-J)

- « La reconstitution des monopoles de propriétés industrielles par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : mythe ou réalité ? », in *Mélanges dédiés à P. MATHELY*, Litec, 1990, p.93.

CHEVALIER (J.)

- « L'ordre juridique », in *Le Droit en procès*, ouvrage collectif C.U.R.A.P.P, Paris PUF, 1988.

CLEMENT (J.-M) et CLEMENT (C.)

- « Cours de droit hospitalier ». T. I, Les Etudes Hospitalières, 2004.

CNAC

- « Les actualités du CNAC et de la lutte anti-contrefaçon », Question Réponses, 29 avril 2020.

COL (P.)

- « Où en est Internet en Afrique ? », 2010

CORREA (C.)

- "Traditional knowledge and Intellectual Property: Issues surrounding the protection of traditional knowledge", Discussion Paper, QUNO, London, November 2001.
- « Public Health Perspective on Intellectual Property and Access to Medicines », Une compilation d'études préparées pour l'OMS, South Centre, 2016.
- « Intellectual Property and Access to Medicines », South Centre, 2013.

CROIZE (G.)

- « La liberté de circulation du médicament face à la propriété intellectuelle », *RDS*, N° 27, Janvier 2009, p.11.

DE SARDA (J.-P. O.)

- « Une médecine de proximité et de qualité pour l'Afrique », *Le monde Diplomatique*, Février 2007, pp.18.

DEGROOTE (D.), BENAICHE (L.) CAMPION (M.-D.)

- « Allégations santé et définitions du médicament : quel frontière ? », *ENSP (Ecole Nationale de la Santé Publique)*, n°378, 2003/04, 69-77.

DELAY (J.)

- « Une vaste opération policière permet la saisie de 420 tonnes de médicaments de contrebande en Afrique de l'Ouest », *Jeune Afrique/AFP*, 25 Août 2017.

DELMAS-MARTY (M.)

- « Le phénomène de l'harmonisation : l'expérience contemporaine », in Ch. Jamin, (D.) MAZEAUD (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris Economica, 2001.

DEMBELE (S.)

- « L'apport du Code de la santé publique au Burkina Faso dans l'amélioration de la dispensation des soins de santé : le cas de la médecine traditionnelle », in *Droit et santé en Afrique*, Actes du colloque internationale de Dakar des 28 mars–1er avril 2005, réseau, droit de la santé, de l'AUF, Les Etudes Hospitalières, 2006, pp. 75-87.

DEMICHEL (A.)

- « Médecine et droit : bilan provisoire d'une cohabitation problématique », in *Etudes offertes à Jean-Marie AUBY*, D., 1992.

DIEHOU (P.)

- « L'article 10 du traité OHADA : quelle portée subrogatoire et supranational ? », *RDU*, Vol. 12, 2007, p.265.

DIOSCORIDE (P.)

- « Herboristes d'hier à Aujourd'hui », *Herbothèque Terre et Vie*, Vol.6, N°4, 2008.

DOUMBIA (P-W.)

- « Les dépêches de Brazzaville », éd. Adiac, 21 Juillet 2015.

DRAHOS (P.)

- “Developing Countries and International Intellectual Property Standard-Setting”, *The Journal of Intellectual Property*, Vol. 5, n°5, 2002.
- “When the Weak Bargain with the Strong: Negotiations in the World Trade Organization”, *International Negotiation*, 2003.

EDOU EDOU (P.)

- « Evolution du concept de la propriété industrielle sur l’espace OAPI de l’Afrique précoloniale à la mise en place de l’Office commun », *RAPI*, octobre 2010.

EKANSZI (N.)

- « Pour une protection sans enregistrement des savoirs traditionnels », *RFPI*, décembre 2018, n7.

EKPERE (J.A.)

- « Loi-Modèle pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des sélectionneurs et la réglementation de l'accès aux ressources biologiques », in MELENDEZ-ORTIZ (R.), BELLMANN (C.), CHETAILLE (A.), BEN ABDALLAH (T.) (dir.). *Commerce, propriété intellectuelle et développement durable vus de l'Afrique*, ICTSD, ENDA Tiers Monde et Solagral, 2002, pp. 175-183.

EKPERE (J.A.)

- “TRIPS, Biodiversity and Traditional Knowledge: OUA Model Law on Community Rights and Access to Genetic Ressources”, Discussion paper presented at the ICTSD Multi-Stakeholder Dialogue on Trade, Environment and Sustainable Development, Libreville, Gabon, July 13 - 14, 2000.

EMINESCU (Y.)

- « Le droit des propriétés industrielles en l’an 2000 », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques BURST : propriétés intellectuelles- AN 2000*, Litec 1997.

FAURAN (B.)

- « Les enjeux de la lutte contre les faux médicaments », *Cahier de la sécurité, Les dangers de la contrefaçon*, INHESJ, n°15, 2011.

FELIX (O.E.)

- « Les expériences d'harmonisation des lois en Afrique », *Revue Trimestrielle ERSUMA*, n°6, 2016.

FOMETEU (J.)

- « La protection du patrimoine culturel par le droit de propriété intellectuelle », *JP*, n°52, 2003, pp. 48-55.

FRANÇON (A.)

- « La prohibition des marques descriptives en droit français », *Hommages à Henri Desbois, D.*, 1974.

FREIDHL (L.)

- « La commercialisation des inventions brevetées : les besoins économiques », in *Protection et exploitation de ta recherche pharmaceutique*, coll. du CEIPI, n° 28, Litec, 1980.

FRYDMAN (B.)

- « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes », in *Le droit dans l'action économique*, publié sous la direction de Thierry Kirat et Evelyne Séverine, Paris, CNRS éditions, 2000.

GALLOUX (J-C.)

- " Douanes, lutte anti-contrefaçon et droits fondamentaux", in *Douanes et lutte anti-contrefaçon*, coll. IRPI, LexisNexis, 2014.
- "L'obligation de divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet", *RUE*, n°605, 2017.

GANSI-ANDT (M.) and MASKUS (K.K.)

- "Parallel Imports of Pharmaceutical Products in the European Union", World Bank, Policy Research Working Paper 2630, 2001, pp. 2 et ss.

GETACHEW (M.)

- « Les incidents du système international des brevets sur les pays en développement », Assemblée générale des Etats membres, Genève 22 septembre au 1^{er} octobre 2003.

GHILAIN (M.)

- « L'accès aux médicaments abordables : Après Doha, la réalité des ADPIC à travers l'accord de libre- échange Etats-Unis-Maroc », CRIDHO, working paper, 2006, p.09.

GREENE (S.)

- “Pérou. Politiques de la biodiversité et saviors génétiques : un regard dix ans après”, in J. DUCHATEL et L. GABERELL (Sous dir.), *La propriété intellectuelle contre la biodiversité ? Géopolitique de la biodiversité biologique*, CETIM, 2011, pp. 81-97.

GÜNTHER (M.)

- “Parallel Imports of Pharmaceutical Products into Switzerland”, Diploma Thesis, Master in IP, ETH Zurich, The Berkeley Electronic Press (bepress), 2006, p. 5.

HALLER (J.)

- « The legality of the parallel import of trade marked goods : a comparative analysis », University McGill, 2002.

HAMIDA (W.B.)

- « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI », Cahiers de l'arbitrage, *Gaz. Pal.*, Recueil Nov.- Déc., 2007.

HEATH (C.)

- “Parallel Imports and International Trade”, WIPO Report, Document ATRIP/GVA/99/6, 1999, p. 1.

HILL (D.M.)

- « La guérison traditionnelle dans les contextes contemporains-Respecter et protéger le savoir et la guérison indigènes », ONSA, CANADA, Février 2003.

HIRSCH-BALLIN (E.)

- « Imitation par contraste », in *Mélanges ROUBIER*, Tom. 2, 1961.

HOUNNOU (C.)

- « Harmonisation de la réglementation pharmaceutique au sein de l'UEMOA et OOAS », UEMOA, avril 2008.

HOVENKAMP (H.)

- « IP and antitrust, an analysis of antitrust principles applied to intellectual property law », Aspen Publishers, 2002.

HÜLSMANN (J.-G.)

- « Pourquoi le FMI nuit-il aux africains », Dossier Afrique, 2003, pp. 35-58.

JEANCLOS (Y.)

- « Les brevets d'invention en France à l'époque révolutionnaire », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques BURST : propriétés intellectuelles* - AN 2000, Litec 1997, pp. 22 et ss.

JOURDAIN (R.)

- « Les DPI et la santé publique dans l'Accord de Bangui révisé : défis majeurs en santé publique pour les pays africains », in MELENDEZ-ORTIZ (R.), BELMANN (C.), CHETAILLE (A.), BEN ABDALLAH (T.), (dir.), *Commerce, propriété intellectuelle et développement durable vus de l'Afrique*, ICTSD, ENDA Tiers Monde et Solagral, 2002.

KENFACK (P.-E.)

- « La gestion de la pluralité des systèmes juridiques par les Etats d'Afrique noire : les enseignements de l'expérience camerounaise », in Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux, n°07, 2009.

KENFACK-DOUAGNE (G.)

- « L'abandon de la souveraineté dans le traité OHADA », Penant, n°830, 1999.

KIRAT (T.)

- « Economie et droit. De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances », *Revue Economique*, Vol. 49, n°4, 1998.

KOKOROKO (D.)

- « La coexistence entre organisations sous régionales : limites et perspectives », in. *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, l'Harmattan, 2012.

KOVAR (R.)

- « Le reconditionnement des produits marqué », *Mélanges BURST*, 1997, p. 213.

KUITCHE (K.V.)

- « La profession de tradipraticien et le particularisme de l'exercice illégal de la médecine », Pharm. Med. Trad. Afr. Vol. 13, 2004.

KUITCHE KAMGOUI (V.)

- « La nature juridique de la relation entre le tradipraticien et le patient », Juridis Périodique n°52, Octobre-Novembre-Décembre 2002, p. 61.

LAPOINTE (S.)

- « L'histoire des brevets », in *Les Cahiers de Propriété Intellectuelle* 12(3), 2000, pp 646 et ss.

LE POINT AFRIQUE

- « L'Afrique s'élève contre le trafic de faux médicaments », 17 janvier 2020.

LE ROY (E.)

- « Contribution à la refondation de la politique judiciaire en Afrique francophone à partir d'exemples malien et centrafricain », Afrika Spectrum, 1997, 32 JAHRGANG, n°3, p. 311-327.
- « Présentation de la modernité de la justice contemporaine en Afrique francophone », RDS, n°51-52, 2002, p. 252.

LE STANC (C.)

- « L'exception de possession antérieure », rapport au colloque de Lyon, Centre Paul Roubier, 1978 : "Inventions et droits antérieurs" Paris, Litec, Coll. CEIPI 1979, p. 109s.

LEEM

- « Lutte contre les faux médicaments : Rôle d'internet et protection du patient », ANSM, 2020.

LEROY (B.)

- « Historique de la lutte contre la contrefaçon de médicaments : des origines à nos jours », (dir.) IRACM, 2013.
- « La lutte internationale contre la falsification et la contrefaçon de médicaments », (dir.) IRACM, Ordre National des Pharmaciens, 2016.

LESAGE (A.-R.)

- « Histoire de Gil Blas de Santillane », éd. Poche, 4 janvier 1999.

LOCHER (F.)

- « Etude sur les outils juridiques à la disposition des ordres de pharmaciens dans la lutte contre les médicaments falsifiés », PUPH, Université Lyon 1 (ISPB-Faculté de Pharmacie) et Hospices Civils de Lyon, juillet 2015.

LOUKAKOU (D.)

- « De la diversité des sources du droit et de quelques implications sur le processus d'intégration juridique dans l'espace OHADA », in *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de JERRY SAINTE ROSE*, C. PUIGELIERT F. TERRE (dir), Bruxelles, Bruylant, 2012.

MATTHEWS (D.) and MUNOZ-TELLEZ (V.)

- "Parallel Trade: A User's Guide", in KRATTIGER (A), MAHONEY (R.T.), NELSON (L.) et al. (eds), *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices*, MIHR: Oxford, U.K., and PIPRA, Davis, USA., 2007.

MATHELY (P.)

- « La propriété industrielle » in *Contemporary Industrial Property*, E : Blum & Co., Patent Attorneys, Zurich, 1978, pp. 43-46.
- « Rapport de synthèse », in *Protection et exploitation de la recherche pharmaceutique*, Actes du colloque de Lyon, 5-6 avril 1979, coll. du CEIPI n°28, Litec, 1980, pp. 181-195.

MASKUS (K.R.)

- "Parallel Imports in Pharmaceuticals: Implications for Competition and Prices in Developing Countries", Final Report to WIPO, 2001.

MASKUS (K.E.) and CHEN (Y.)

- Vertical Price Control and Parallel Imports: Theory and Evidence, World Bank, Policy Research Working Paper 2461, 2000.

MBAYA (E.-R)

- « Droit de résistance aux oppressions étatiques et économiques », in VERWILGHEN (M.J.) (dir.), *Culture Chrétienne et droit de l'homme*, FIUC, Bruylant, Bruxelles, 1991.

MEMETEAU (G.)

- « Droit médical et déontologie : suggestions prudentes en faveur d'un rapprochement », in Etudes offertes à Jean-Marie AUBY, D., 1992.

MEYER (P.)

- « Libre circulation des personnes et des biens dans la CEDEAO », in *Mélange en l'honneur de CEREXHE*, 1^{ère} éd. Larcier, 2012.
- « Publication du CEEI n°3 », Ouagadougou, Imprimeries presses africaines, 2001, p.197 et s.

MFUKA (C.)

- « Accord ADPIC et brevets pharmaceutiques : le difficile accès des pays en développement aux médicaments antisida », *REI*, n°99, 2002.

MIDOUNGUE (C.)

- « Analyse situationnelle de la mise en œuvre de la politique pharmaceutique nationale 1^{ère} génération », Cameroun, MINSANTE, 2008, p.77.

MIENDJIE (I. L.)

- « Le Père Noël des créateurs et diffuseurs des œuvres de l'esprit au Cameroun : la loi n°2000/11 du 19 décembre 2000 relative au droit d'auteur et aux droits voisins », *RGD*, 2002, pp. 527-582.

MOUAGUE (K.J.)

- « La question des rapports entre la CJ-CEMAC et la CCJA-OHADA se rattache à la problématique plus large de la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international dans sa forme la plus délicate et complexe qui concerne l'hypothèse où l'on est en présence de deux cercles de contractants », *Journal du Droit International*, 2002 p. 341.

MOULINIER (A.)

- « Qualification de faute lourde », *RDT*, n°4, avril 2012, *Actualités*, n°188, p. 192, note à propos de Soc. 8 février 2012.

MOUSSERON (J.M.)

- « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges André BRETON et Fernand DERRIDA, D.*, 1991, pp. 277-283.

MUSUNGU (S.F) et OH (C.)

- « Recours aux flexibilités de l'accord sur les ADPIC dans les Pays en développement : Peuvent-elles promouvoir l'accès aux médicaments ? », Centre Sud/OMS, 2006.

NAOKO (N.), KOYAMA (T.) and SUDO (H.)

- «Decisions on Parallel Imports of patented goods, Journal of Law and Technology», Vol. 36, n° 4, 1996.

NATI (S.)

- « Situation de l'Harmonisation de la Règlementation Pharmaceutique au sein de l'UEMOA », Genève (OMS), 14 au 18 juin 2010.

NGUEMA (I.)

- « L'Afrique, les droits de l'homme et le développement », in VERWILGHEN (M.J), (Dir), *Culture Chrétienne et droit de l'homme*, FIUC, Bruylant, Bruxelles, 1991, pp. 137-168.

NIAUFRE (C.)

- « Le trafic de faux médicaments en Afrique de l'Ouest : filières d'approvisionnement et réseaux de distribution (Nigéria, Bénin, Togo, Ghana) », note de l'IFRI, Mai 2014, p.33.

NKOU MVONDO (P.)

- « La protection des biens corporels du patrimoine national », *JP* n° 52, p. 55-60.

PASSA (J.)

- « Les conditions générales d'une atteinte aux droits sur une marque », *Prop. Indus.*, février 2005, Chronique 2. p.8.

PASSERELLES

- « Règlement des différends : Les propositions du Groupe Africains se précisent sur certains points », Vol. IV, N°I, ENDA Tiers-monde/ICTSD, Janvier-Mars 2003, pp. 14-15.

POSEY (D.A.) et DUTFIELD (G.)

- « Le marché mondial de la propriété intellectuelle : droits des communautés traditionnelles et indigènes », éd. CRDI en collaboration avec WWF (Suisse) - Fonds Mondial pour la Nature, 1997.

POUGOUE (P.G)

- « Doctrine OHADA et théorie juridique », in. *Revue de l'ERSUMA*, n°3, 2013.

PRUJINER (A.)

- « Le droit international privé : un droit de rattachement », in *Etudes de droit international en l'honneur de PIERRE LALIVE*, éd. Helbing & Litchtenhahn, Bâle, 1993.

PRZYSWA (E.)

- « Contrefaçon de médicaments et organisations criminelles », (dir.) IRACM, 2013, p.9.

PUSTFJOVSKY (J.)

- “Parallel Importation of Pharmaceuticals: When is International Exhaustion an Effective Policy Choice?”, Boston University, 2002.

QUEMENER (M.)

- « Cybercontrefaçon et pandémie sanitaire », Cyber Cercle, avril 2020.

REINHARD (J.)

- « Commentaire sur la Déclaration de Doha sur l’Accord ADPIC et la santé publique », 14 novembre 2001.

REMICHE (B.)

- « Le brevet pharmaceutique entre intérêts privés et public : un équilibre impossible ? », *RDIE*, 2000.

RIDDE (V.)

- “L’Initiative de Bamako 15 ans après: un agenda inachevé”, Washington, The International Bank for Recommendation and Développement/The World Bank, 2004.

RILEY (A.)

- “Straight stealing: Towards an indigenous system of cultural property protection”, *Washington Law Review*, Vol. 80:69, 2005, p. 69-164.

ROCHER (G.)

- « Pour une sociologie des ordres juridiques », *Cahiers de droit*, vol. 29, n°1, 1988.

RUIZ (M.)

- “The International Debate on Traditional Knowledge as Prior Art in the Patent System: Issues and Options for Developing Countries”, T.R.A.D.E. Occasional Paper No.9, South Centre, October 2002.

SAINTHOUNDE (K.-R.)

- « Le droit de la santé au Benin : état des lieux », in *Droit et santé en Afrique, Actes du colloque international de Dakar des 28 mars-1^{er} avril 2005*, Réseau Droit de la santé, de l’AUF, Les Etudes Hospitalières, 2006, pp. 21-44.

SALL (A.)

- « Le juge national et la publication des traités. A propos de l’innovation du traité de l’OHADA devant les juridictions nationales », *Rév. EDJA* n°42, 1999.

SAMB (M.)

- « L’accessibilité aux soins de santé : le cas du Sénégal », in *Droit et santé en Afrique, Actes du Colloque International de Dakar des 28 mars – 1^{er} Avril 2005*, Réseau Droit de la santé, de l’AUF, les Etudes Hospitalières.2006, p.135.

SAMB (F.)

- « La déclaration de sur les ADPIC et les médicaments : Quelles leçons pour le réexamen de l’Accord sur les ADPIC et le processus de négociations », Genève, 2002.
- « La Déclaration de Doha sur les ADPIC et les médicaments : Quelles leçons pour le réexamen de l’Accord sur les ADPIC et le processus de négociations à Genève ? », in MELENDEZ-ORTIZ (R.), BELMANN (C.), CHETAILLE (A.), BEN ABDALLAH (T.), (dir.), *Commerce, propriété intellectuelle et développement durable vus de l’Afrique*, ICTSD, ENDA Tiers Monde et Solagral, 2002, pp. 83-101.

SAVATIER (R.)

- « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d’une civilisation », in *Le problème des lacunes en droit*, Civitas Europa, n°31, 2013.

SAWADOGO FILIGA (M.)

- « Le problème de cohabitation des ordres juridiques OHADA, UEMOA, CEDEAO », Communication au colloque sur la mise en cohérence des processus d’intégration économique et juridique, Ouagadougou, 8-10 janvier 2007.

SCHALLER (O.)

- « Annonce et procédure d'opposition selon la loi sur les cartels révisée (art. 49a al.3 let. a L.Cart) », Schulthess, Zürich, 2004, pp. 169-184.

SCHMIEMANN (M.)

- “Exhaustion of patent rights and the European Union”, World Patent Information, Vol. 20, 1998.

SEUNA (C.)

- « Droit d'auteur et droits voisins au Cameroun : la loi du 19 décembre 2000 et son décret d'application », SOGESIC, Yaoundé, 2008.

SIMON (D.)

- « Y a-t-il des principes généraux de droit communautaire ? », Droits, n°14, 1991.

SISULE MUSUNGU (F.) et CECILIA (O.)

- « Recours aux flexibilités de l'accord sur les ADPIC dans les pays en développement : peuvent-elles promouvoir l'accès aux médicaments ? », Novembre 2006.

STROHMANN (L.)

- « Cyberdouane : Lutte contre la cyberdélinquance douanière », in *Douanes et lutte anti-contrefaçon*, coll. IRPI 145, LexisNexis, 2014.

TADEGNON (N.)

- « Les faux médicaments, une catastrophe sanitaire annoncée », le Monde Afrique, 19 Avril 2010, p. 6.

TAMBUTOH DASHACO (J.)

- “Intellectual Property Law Aspects of the Convention on Biological Diversity of The Case of Traditional Medicine”, RASJ, Vol.2, N°1, 2001, p. 247-259.

TANKOANO (A.)

- « Les importations parallèles et les licences non volontaires dans le nouveau droit des brevets des Etats membres de l'OAPI », in MELENDEZ-ORTIZ (R.), BELLMANN (C.), CHETAILLE (A.), BEN ABDALLAH (T.) (dir.), *Commerce, propriété intellectuelle et développement durable vus de l'Afrique*, ICTSD, 1-NDA Tiers Monde et Solagral, 2002.

TELLEZ (V. M.)

- « La pandémie de COVID-19 : R&D et gestion de la propriété intellectuelle pour l'accès aux diagnostics aux médicaments et aux vaccins », rapport sur les politiques, South Centre, n°73, mai 2020.

TSHIMANGA (K.)

- “Unsettled International Intellectual Property Issues”, Kluwer Law International, the Netherlands, 2008, p. 39.

VALLETTI (T.M.) and SZYMANSKI (S.)

- “Parallel Trade, International Exhaustion and Intellectual Property Rights: A Welfare Analysis, Research Paper Series 75”, Tor Vergata, University of Rome, CEIS, 2006.

VELASQUEZ (G.)

- « Intellectual Property, Human Rights and Access to Medicines », Bibliographie sélective et annotée Troisième édition (à paraître).

VIDA (A)

- « L'obligation de l'usage de la marque en droit socialiste », in *Mélanges BASTIAN (D), Droit de la propriété industrielle*, Tom. 2 Paris, éd. Litec, 1974.

IV- RAPPORTS, AVIS ET AUTRES

- Act UP-Paris, Accord de Libre Echange Maroc/USA : premiers bilans, 15 mai 2004.
- Accord de Bangui instituant une Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle, Acte du 24 février 1999.
- Accord de Bangui révisé, Acte du 14 décembre 2015 (Cet Accord n'est pas encore entrée en vigueur parce qu'il est en cours de ratification par le tiers des Etats membres de l'OAPI).
- Accord de Libre Echange entre les Etats-Unis et le Maroc, 2 mars 2004.
- ADPIC ou TRIPS en anglais, Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touche au Commerce », adopté en 1994 et entré en vigueur le 15 avril 1995 et modifié le 23 Janvier 2017.
- AIDES, accès aux génériques : enjeux actuels et propriétés intellectuelle, 2010.
- Arrangement de La Haye concernant l'enregistrement international des dessins et modèles industriels, modifié le 2 juillet 1999.
- Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international, modifié le 28 septembre 1979. Voir aussi Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et les indications géographiques adopté le 20 mai 2015.

- Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques du 14 avril 1891 révisé successivement à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Nice le 15 juin 1957 et à Stockholm le 14 juillet 1967 et modifié le 28 septembre 1979.
- Banque Mondiale, L'Ethiopie et la médecine Traditionnelle : vers des soins de santé améliorée, notes CA (notes sur les connaissances autochtones) N°34 août 2001, p.1.
- BCEAO, Rapport sur l'évolution des prix à la consommation dans l'UEMOA en 2019 et perspectives, Direction Générale de l'Economie et de la monnaie, mars 2020.
- CEDEAO, Projet du Code de Déontologie harmonisé de l'exercice des pharmaciens dans l'espace CEDEAO, élaboré à la réunion du Comité Ad Hoc sur l'harmonisation des Codes de l'exercice des pharmaciens dans l'espace CEDEAO, Bobo-Dioulasso, 10-11 août 2011, p.13
- CEDEAO, Résultats de travaux issus de la « réunion pour l'élaboration des outils de l'analyse situationnelle de la contrefaçon et du commerce illicite des produits médicaux dans l'espace CEDEAO, Lagos Nigéria, du 22 au 26 avril 2014.
- CEDEAO, Adoption de document de plaidoyer sur les flexibilités ADPIC visant à améliorer l'accès aux médicaments essentiels, Bobo-Dioulasso, Burkina Faso, 19-22 novembre 2013.
- CEDEAO, Réunion pour l'élaboration des outils de l'analyse situationnelle de la contrefaçon et du commerce illicite des produits médicaux, Lagos NIGERIA, du 22 au 26 Avril 2014.
- CEDEAO-OOAS, Plan pharmaceutique régional, Bobo-Dioulasso, Burkina Faso, avril 2014, p. 1-62.
- CEDEAO, ONUDI et OOAS, « Etablir une industrie de production pharmaceutique en conformité avec des normes BPF reconnues internationalement », Burkina Faso, 2019.
- CIOPF, Déclaration sur les médicaments falsifiés, Paris, 2 novembre 2011.
- CIOPF, Document cadre de la FIP pour l'élaboration d'un guide national sur les contrefaçons de médicaments à l'attention des pharmaciens, 2009.
- CIPIH, Santé publique, innovation et droit de propriété intellectuelle, l'innovation et la santé publique, avril 2006.
- Conseil de l'Europe, La Convention MEDICRIME : Combattre la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires. Strasbourg : Division de l'information publique/DEQM, 28 Octobre 2011.
- Conseil Général de l'OMC, Amendement de l'Accord sur les ADPIC, Décision WT/L641, 6 décembre 1994.
- Conseil Général de l'OMC, Mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique, Décision WT/L/540, 30 août 2003.
- Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, révisé le 28 septembre 1979.
- Convention instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle signée à Stockholm le 14 Juillet 1967 et modifiée le 28 Septembre 1979.
- Conserve Africa, Overview on Medical Plants and Traditional Medicine in Africa, 2004 p. 2.
- Décision du Conseil Général du 30 août 2003, WT/L/540.
- Décision de mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, 30 août 2003.
- Décision n°06/2010/CM/UEMOA portant adoption des lignes directrices pour l'homologation des compléments nutritionnels dans les Etats membres de l'UEMOA et l'Annexe à la décision n°06/2010/CM/UEMOA
- Décision n°07/2010/CM/UEMOA portant adoption des lignes directrices pour l'homologation des produits cosmétiques dans les Etats membres de l'UEMOA et l'Annexe à la décision n°07/2010/CM/UEMOA
- Décision n°003/OAPI/PCA portant date d'entrée en vigueur de certaines Annexes de l'Accord de Bangui, Acte du 14 décembre 2015.
- Déclaration de Doha sur l'Accord ADPIC et la santé publique, 14 novembre 2001.

- Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones a été adoptée par une Résolution de l'AGNU le 13 septembre 2007, lors de sa 61^e session.
- Déclaration de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) à la Troisième Conférence ministérielle de l'OMC, Seattle, 30 novembre-3 décembre 1999 ONUSIDA, Statement of UNAIDS at the Third WTO Ministerial Conférence, Seattle, 30 novembre-3 décembre 1999.
- Déclaration de Montreux, XIII^{ème} Conférence des Chefs d'Etats et de Gouvernement des pays ayant le français en partage, Suisse, 23-24 octobre 2010.
- Déclaration de Montréal sur le droit fondamental aux médicaments essentiels, Université de Montréal, 30 sept. 2005.
- Déclaration de Zanzibar sur la contrefaçon de produits médicaux et la criminalité pharmaceutique du 02 septembre 2010.
- Déclaration Universelles des Droits de l'Homme du 10 Décembre 1948.
- Directive 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 08 juin 2011 modifiant la Directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif au médicament à usage humain.
- Directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques. J.O. n° L 040 du 11 février 1989 p. 0001-0007.
- Document IP/C/W/296, soumis au Conseil des ADPIC par le Groupe Africain, la Barbade, la Bolivie, le Cuba, la République Dominicaine, l'Equateur, le Honduras, l'Inde, l'Indonésie, la Jamaïque, le Pakistan, le Paraguay, les Philippines, le Pérou, le Sri Lanka, la Thaïlande et le Venezuela.
- Document WT/L/64L 8 décembre 2005.
- EGA (European Generic Medicines Association), FAQ on Generic Medicines, EGA, 2007.
- European Medicines Agency, Questions and answers on generic medicines, Doc. Ref EMEA/393905/2006,2007.
- Fondation CHIRAC, Actes de la conférence sur les faux médicaments, Cotonou, décembre 2010.
- INPI, Petite histoire des marques : de l'antiquité à nos jours, octobre 2019.
- INS/C.UEMOA : RSM, Juin 2020.
- IRACM/OMD, Saisie record de médicaments illicites en Afrique, 13 juin 2013.
- La CDB est un traité international adopté le 5 juin 1992 au sommet de la terre à RIO de Janeiro et entré en vigueur le 29 décembre 1993.
- LE HAIR (J-P), La répression des atteintes aux droits conférés par les marques, in cours régional de l'OMPI d'introduction générale à la propriété intellectuelle, OMPI/ Gouvernement du Burkina Faso, Ouagadougou, 7-16 Août 1996.
- LOVELL (A.M) and FERONI (I), Medicalizing Drug treatment in France: The Normalization of an Addiction Pharmaceutical, in DUFORT (F) et SAIVES (A.-L.) Le médicament : conception, production et consommation : perspectives interdisciplinaires pour un avenir commun, Actes du 1^{er} Congrès International Interdisciplinaire sur le Médicament (Montréal, 30 août- 2 septembre 2005), GEIRSO, Septembre 2006, p. 306.
- NEPAD, OMS, DNDI, 1^{ère} conférence scientifique sur la réglementation pharmaceutique, Johannesburg, Af. Sud, 2-3 Déc. 2013.
- NDEMA ELONGUE (M-L.), séminaire sur le contentieux de la propriété intellectuelle, OAPI, 10 Avril 2017.
- OAPI, L'initiative pour la protection et la valorisation des inventions Africaine en matière de médicaments, Issue de la Conférence des Ministres chargés de l'Industrie et de la Santé des Etats Membres de l'OAPI, Libreville, 11-13 septembre 2002.
- OAPI, Le contentieux de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI : Le guide des magistrats et des auxiliaires, 1^{ère} éd., 2009, p. 71.
- OEB, ch. Rec. Tech. 9 nov3 1994, JO OEB 1995, 712.
- OECD (OCDE), Economie survey of Switzerland, OECD, France, 2004, p. 144.
- OECD (OCDE), Economic Impact of Counterfeiting and Piracy, 2007, p.4-5.

- OHADA, Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique, adopté le 17 Octobre 1993 et entré en vigueur le 18 Septembre 1995 et modifié en 2015.
- OMC, Organisation Mondiale du Commerce instituée le 1^{er} janv. 1995 des dispositions de l'accord de Marrakech signé le 15 avril 1994.
- OMC, L'Accord sur les ADPIC et les brevets pharmaceutiques, Fiche récapitulative, septembre 2006.
- OMC, Licences obligatoires pour les produits pharmaceutiques et Accord sur les ADPIC, Septembre 2006.
- OMC, Australie (IP/C/W/310, IP/C/M/28), Etats-Unis (IP/C/W/257, IP/C/W/209 et IP/C/M/37/Add. 1), Japon (TP/C/M/29).
- OMC, Comprendre l'OMC, V éd., OMC, 2007, pp. 13 et ss.
- OMC, Document WT/L/711. V. aussi OMC, Rapport annuel 2009, pp. 45 et ss.
- OMC, Document WT/L/785.
- OMC, Protection des savoirs traditionnels et du folklore : résumé des questions qui ont été soulevées et des vues qui ont été formulées, Document IP/C/W/370/ Rev. 1, Conseil des ADPIC, 9 mars 2006.
- OMC, OMPI, OMS, Promouvoir l'Accès aux technologies médicales et l'innovation: Intersection entre la santé publique, la propriété intellectuelle et le commerce, 2013, p. 204.
- OMC, « Modification des règles de l'OMC en matière de propriété intellectuelle afin de faciliter l'accès des pays pauvres à des médicaments abordables », 23 janvier 2017.
- OMC, « Amendement à l'Accord sur les ADPIC, 23 janvier 2017 ».
- OMPI, Annexe du document WIPO/GRTKF/IC/12/5(c).
- OMPI, Document IP/C/W/404 du 26 juin 2003.
- OMPI, Document W1PO/GRTKF/IC/12/7, 12 février 2008, annexe, pp. 16 et ss.
- OMPI, Document WIPO/GRTKF/IC/12/7, « La reconnaissance des savoirs traditionnels dans les systèmes des brevets » 12 février 2008.
- OMPI, La reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets, Document WIPO/GRTKF/IC/12/7, 12 février 2008.
- OMPI, Outils de classement relatifs aux savoirs traditionnels et à la biodiversité, Comité d'experts de l'Union particulière pour la classification internationale des brevets (Union de l'IPC), document IPC/CE/35/7, 21 septembre 2004.
- OMPI, Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle-Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999), pp.26-27.
- OMS, Accès équitable aux médicaments essentiels : cas de l'action collective. Perspective politiques de l'OMS sur les médicaments, n°8, Genève, OMS, 2004, p.1.
- OMS, Groupe de travail des Etats membres sur les produits médicaux de Qualités Inférieures / Faux / Faussement étiqueté / Falsifiés / Contrefaits, 7 Février 2011, A/SSFFC/WG/4.
- OMS, La sélection des médicaments essentiels, Perspectives politiques de l'OMS sur les médicaments, n°4, Genève, OMS, 2002.
- OMS, Médicaments faux/faussement étiquetés/falsifiés/contrefaits, mai 2012.
- OMS, Stratégie de l'OMS pour la Médecine Traditionnelle pour 2002-2005, p. 23.
- OMS, Guide pour l'élaboration de mesures visant à éliminer les médicaments contrefaits, 2000, p.7.
- OMS, Conférence internationale sur les soins de santé primaire, Alma-Ata, 6-12 septembre 1978.
- OMS, Produits médicaux contrefaits, Rapport du Secrétariat et IRACM (Institut international contre la contrefaçon de médicaments), Définitions de la contrefaçon, 18 décembre 2008.
- OMS, Mondialisation et accès aux médicaments perspectives sur l'Accord ADPIC de l'OMC, série « Economie de la Santé et Médicaments », n°7, 2^{ème} éd., janvier 1999, p. 48.

- OMS, rapport de la consultation sur le SIDA et la médecine traditionnelle : contribution possible des tradipraticiens, Document WHO/TRM/GPA/90.1, Francistown (Botswana), 23-27.
- OMS, Résolution WHA 41.18 de l'Assemblée mondiale de la santé, 1975.
- OMS, Médecine traditionnelle, Aide-mémoire N°134, Révisé mai 2003.
- OMS, Rapport de la conférence d'experts sur l'usage rationnel des médicaments, Nairobi, 25-29 Novembre 1985.
- OMS, Résolution de l'assemblée mondiale de la santé, WHA41.16, Genève, 1988, p.1.
- OMS, Produits médicaux contrefaits, rapport Secrétariat, 24^{ème} session, EB 124/14, 18 décembre 2008.
- OMS/IMPACT, rapport, décembre 2008.
- OMS/OMC, Les Accords de l'OMC et la santé publique. Etude conjointe de l'OMS et du Secrétariat de l'OMC, Genève, OMS/OMC, 2002, pp.17 et 96.
- OMS, ONUSIDA, MSF, « Tableaux sur les brevets sur les antirétroviraux dans différents pays. Tiré de « Déterminer le statut des brevets des médicaments essentiels dans les pays en développement » ; « Determining the patent status of essential medicines in developing countries », Health Economics and Drugs, EDM Series N°17, 2004.
- ONUSIDA, communiqué de presse, Genève, 15 mars 2011.
- ONUSIDA, Des remèdes ancestraux pour une maladie nouvelle : L'intégration des guérisseurs traditionnels à la lutte contre le SIDA accroît l'accès aux soins et à la prévention en Afrique de l'Est, ONUSIDA, Collection Meilleures Pratiques de l'ONUSIDA, Novembre 2002, p.6 et ss.
- ONUSIDA, des remèdes ancestraux pour une maladie nouvelle : l'intégration des guérisseurs traditionnels à la lutte contre le SIDA accroît l'accès aux soins et à la prévention en Afrique de l'Est, ONUSIDA, Collection Meilleures Pratiques de l'ONUSIDA, novembre 2002. p.7.
- OOAS, Adoption d'un plan stratégique de lutte contre la contrefaçon de médicaments, 2009-2013.
- OXFAM, Des brevets contre les patients : Cinq ans après la déclaration de Doha, novembre 2006, p.41.
- Projet de déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, Doha 9-14 novembre 2001.
- Rapport Académie Nationale de médecine, Les Médicaments falsifiés. Plus qu'un Scandale, un Crime, 8 décembre 2015.
- Rapport de l'ONUDI, La promotion de l'Industrie pharmaceutique locale dans les pays en développement, 29 septembre 2010.
- Rapport de la commission britannique des droits de propriété intellectuelle, intégré les droits de propriété intellectuelle et la politique de développement, Londres, septembre 2002.
- Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999) intitulé Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle, p.25.
- ReMeD, PIMED, WEMOS, Commission Européenne (DG VIII), Ministère français de la coopération, Les échanges de médicaments entre pays européens et pays en développement, 1996, p.68.
- Résolution N°42/15 de la 42^{ème} Session du Conseil d'Administration de l'OAPI, portant le Règlement des taxes relatives aux brevets et certificats d'addition.
- Règlement n°06/2010/CM/UEMOA relatif aux procédures d'homologation des produits pharmaceutiques à usage humain dans les Etats membres de l'UEMOA.
- Règlement n°02/2005/CM/UEMOA relatif à l'harmonisation de la réglementation pharmaceutique dans les Etats Membres de l'UEMOA.
- Résolution du Parlement Européen du 23 novembre 2010 sur les travaux de l'Assemblée paritaire ACP-UE en 2009 (2010/2236 INI).

- Résolution N°42/15 de la 42^{ème} Session du Conseil d'Administration de l'OAPI, portant le Règlement des taxes relatives aux brevets et certificats d'addition.
- Traité de Rome de 1957 instituant le marché commun européen.
- Traité de Singapour sur le droit des marques.
- Traité de coopération en matière de brevets ou PCT est un traité international administré par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle qui a été signé le 19 juin 1970 et est entré en vigueur le 1^{er} juin 1978.
- The Doha Declaration on TRIPS and Public Health under the Vienna Convention of the Law of Treaties", Harvard Journal of Law & Technology, Volume 15, Number 2, 2002, pp. 292-318.
- UMOA, Union Monétaire Ouest Africaine, créée le 14 nov. 1973, ne visait que l'harmonisation des législations monétaire et bancaire. Aujourd'hui, le Traité UEMOA s'est approprié les objectifs du Traité UMOA.
- UEMOA, Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, créée le 10 Janvier 1994.
- UEMOA, Une Action Conjointe, contre les Faux Médicaments, en Afrique de l'Ouest, Ouagadougou, du 27-28 Septembre 2011.
- UEMOA, Adoption d'un plan stratégique de lutte contre la contrefaçon de médicaments, Dakar au Sénégal, juin 2010.
- UEMOA, Adoption de document de plaidoyer pour le renforcement de la lutte contre le marché illicite et la contrefaçon de médicaments, Septembre 2011.
- UEMOA-CEMAC, Commerce informel et dévaluation du FCFA : les échanges de produits manufacturés Benin/Nigéria, Notes et Etudes n°56, 1993-1995.
- WIPO/GRTKF/IC/11/10, 6 juin 2007.
- WIPO-UNEP, Study on the Rôle of Intellectual Property Rights in the Sharing of Benefits Arising from the Use of Biological Resources and Associated Traditional Knowledge, WIPO and UNEP, Prepared by GUPTA (A.K.), WIPO Publication No. 769 (E).
- WTO, Canada - Patent Protection of Pharmaceutical Products, Document WT/DS114/R, 17 March 2000, paragraph 7.20.
- WT/GC/M/S2, 13 novembre 2003, Déclaration du Président du Conseil général, Extrait du Compte rendu de la session du Conseil général du 30 août 2003 (paragraphe 29).

V- REPERTOIRE DE JURISPRUDENCES

Décisions des Juridictions Judiciaires et Administratives des Etats membres de l'UEMOA

- Conakry, 03 décembre 2007, recueil jurisprudentiel, OAPI, Tome II, p. 214.
- Cour de Justice de l'UEMOA, Avis N°003/2000 du 27 juin 2000.
- Dakar, 19 juin 1998, Rec. Jur. OAPI, T. II, p. 18.
- Décision n°006/CSR/OAPI du 21 Décembre 2000, la marque « VLABEL » contre la marque « DELTA », p. 15-17, 2000-2001.
- Décision N°00006/OAPI/DGA/DAJ/SAJ portant radiation de l'enregistrement de la marque CASIO (Script) n°56311, rendue le 04 janvier 2011.
- Décision N° 0088/OAPI/DG/SCAJ portant radiation de l'enregistrement de la marque « VIVAFRAISE Vignette » n° 46007, rendue le 20 juin 2003.
- Décision N° 0065/OAPI/DG/SCAJ portant radiation de l'enregistrement de la marque « NOKOSS JUMBO Vignette » n° 43767, rendue le 20 juin 2003.

- Décision n°005/OAPI/CSR portant radiation de l'enregistrement de la marque « JOMO » n°82689, rendue le 10 novembre 2020.
- Décision n°0171/OAPI/CSR portant radiation de l'enregistrement de la marque « EMPIRE ROYALS » n°64039 rendue le 13 novembre 2013.
- Décision n°015/20/OAPI/CSR portant radiation de la marque « O2vie » n°97800, rendue le 17 novembre 2020.
- Décision de la commission de la concurrence d'Afrique du Sud, aff. GSK et Boehringer c/ société civile, septembre 2002.
- Haute Cour de Pretoria, Affaire n°594/2000, décision rendue le 25 mars 2002.
- TGI Mifi, Jugement n°155/crim/TGI du 5 juillet 2004, JP n°66, Avril- Mai- Juin 2006, pp. 31-39, note Djila.
- TGI, Douala, 11 avril 2007, Rec. Jur. OAPI, t, III, p. 36.
- TGI, Douala, 15 juin 2007, rec. Jur. OAPI, t. II, p. 66.
- TPI Mafanco, R.G, Ordonnance n°144/CA/TPI/C3/06 du 22 Mai 2006, p. 214.
- TPI Mbouda, Jugement n°J4/cor du 6/11/2000, JP n° 56, Octobre-Novembre- Décembre 2003, pp. 55-60, note Djila.

Décisions de la Cours de Justice de l'Union Européenne

- CJCE, 31 octobre 1974, Arrêt Centrafarm c/ Sterling Drug, C.15/74, Rec., p. 1147.
- CJCE, 23 mai 1978, Hoffmann-Laroche, Aff. 102/77, Recueil p.1139.
- CJCE, 10 octobre 1978, Centrafarm, Aff. 3/78, Recueil, p.1823.
- CJCE 1981, p. 2082, att. 11 (187/80).
- CJCE, 14 juillet 1981, Arrêt Merck c/ Stepham, C. 187/80, Rec., p. 2063.
- CJCE, 3 décembre 1981, Pfizer, Aff. 1/81, Recueil, p. 2913, RTD E., 1982, p.166, obs.
- CJCE, 4 décembre 1986.
- CJCE, 21 mars 1991, Delattre, Aff. C-369/88 ; Rec. CJCE 1991, p.1532, considérant n°15.
- CJCE Magill, C-241/91 et C-242/91 du 06 juin 1995.
- CJCE : Affaire Merck et Co. Vs Primecrown Ltd, Décembre 1996.
- CJCE, 20 mars 1997, Phyteron, PIBD 2007, n°852-III-339.
- CJCE, 11 novembre 1997, Sabel C/ Puma.
- CJCE, 26 novembre 1998, C-07/97, aff. Oscar Bronner/Mediaprint.
- CJCE, 16 juillet 1998, Silhouette, aff. C. 355/96, D. Aff. 1998, p. 1592.
- CJCE 22 juin 1999, aff. C-342/97, Lloyd.
- CJCE 24 Oct. 2002, aff. C-81/01, PIBD 2003, III, 316.
- CJCE IMS, C-418/01 du 29 avril 2004.
- CJCE, 30 novembre 2004, Peak holding, af. C. 16/03, Recueil I, p.11313, RDT Com. 2005, p.74.
- CJCE, 22 décembre 2008, The wellcome foundation c. Paranova, Aff. C. 276/05, Recueil I, p.10479, PIBD 2009, n°895-III-10005.
- CJCE, 9 juin 2005, HLH Warenvertriebs GmbH, affaire n° C-211/03 et Orthica BV, affaires n° C-299/03 et C-316/03 à C-318/03 c. Bundesrepublik Deutschland.
- CJCE, Arrêt 5ème Ch., 30 novembre 1983, aff. 227/82. Dans l'arrêt VAN BENNEKOM.
- CJCE, arrêt du 8 juin 1971, aff. 78-70, Deutsche-Grammophon, Rec. 1971 p.487, indique pour la première fois ce principe d'épuisement de droits.

Décisions de la Cour de Cassation

- Cass. Com., 12 juillet 2005, Bull. n°163.
- Cass. Com., 8 novembre 2005, Bull n°220.
- Cass. Com., 4 février 1997, Bull n°41.
- Cass. Com., 22 novembre 2005, Bull n°231.
- Cass. Com., 6 décembre 2005, Bull n°240.
- Cass., 5 Janvier 1966, Annales, 1957, p. 83.
- Cass. Civ. 30 janvier 1922, Annales, 1922, p. 120, D.P. 1925. I. 88.
- Cass. Com., 8 Février 1956, R.T.D.C. (française), 1956, 443, n°16.
- Cass. Com., 20 Janvier 1975, Annales 1977, p. 206.
- Cass. Com., 5 Novembre 1976 : D.1977, IR, p. 51.
- Cass. Com., 23 Février 1977, Annales 1978, p. 46.
- Cass. Com., 6 Juillet 1982, PIBD 1983-III-22.
- Cass. Com 16 janvier 1990, Bulgari, PIBD 1990, n°480-III-391.
- Cass. Com., 22 Oct 1991, PIBD, 1992, n°515.III.71.
- Cass. Com., 2 Juin 1992, Cdexdoc C/ UN, Ann.Propr.Ind. 1992,259.
- Cass. Com. 9 février 1993, Bull. civ. IV, n°53.
- Cass. Com., 12 Juillet 1993, Bull. civ. IV, n°294 ; D.1994, som.com. 79.
- Cass. Com 19 janvier 1994, Joker, Bull. civ. IV, n°28, p.22.
- Cass. Com., 4 juillet 1995, PIBD, 1995-III-497.
- Cass. Com. 27 février 1996, D. 1997, Som. Com. 104.
- Cass. Com., 12 mars 1996, Mavilor, RIPIA, 1996, p.425.
- Cass. Com., 26 janvier 1999, Bull. civ. IV n°27 p.22, D. Aff., 1999, p.343.
- Cass. Com., 19 octobre 1999, PIBD 2000-III-49.
- Cass. Com., 25 Avril 2001, PIBD 2001, n°726 III, 451.
- Cass. Com., 7 juillet 2004, PIBD n°793-III-495.
- Cass. Com., 17 mars 2004, PIBD 2004 n. 788- III-173.
- Cass. Com. 28 mars 2006, Bull. civ. IV n°82 p. 81, PIBD 2006 n°833-III-472 D. 2006 p.1045.
- Cass. Com. 20 février 2007, Auchan contre Leonidas, Bull. civ. IV n°59 p. 62.
- Cass. Com. 20 février 2007, Outils Wolf, PIBD 2007, n°852-III-339.
- Cass. Com., 30 mai 2007, PBD. 2007, n°857-III-507.
- Cass. Com., 7 juillet 2009, France Gift c. Coccinelle, PIBD 2009 n. 904-III-1418.
- Cass. Com., 29 septembre 2009, LHC c. Sociétés Long-champ et Cassegrain, PIBD 2010 n°910-III-76.
- Cass. Com., 27 janvier 2009, 08-10.482 08-10.892 08-10.976 08-11.068, Publié au bulletin, rectifié par un arrêt du 24 novembre 2009.
- Cass. Com, 26 novembre 2003, Bull. 2003, IV, n° 177, pourvoi n° 01-18.056.
- Cass. 26 Nov. 2003, Bull. 2003, IV, n°177.
- Cass. Com, Arrêt Kodak, 23 novembre 1998.
- Cass. Civ, 3^{ème} ch. n°182 du 02/03/2007 : aff. Société Neivcom et Wuzhou Baheny Factory c/ société Sino Overseas Corp., p.11.
- Cass. Com., 7 avril 1992, Bull, n°153.
- Cass. Civ, Arrêt Mercier, 20 Mai 1936.
- Cass. Com., 25 mars 2014, n°13-13.690.
- Cass. Req., 31 octobre 1927, La Belle Jardinière, S. 1928-I-46.
- Cass. Com, 11 Janvier 2005, PIBD, n°805, III, 206.
- Cass. Crim., 22 février 2011, pourvoi n°10-81.742, Bull. Crim. 2011, n°34.
- Cass. Crim., pourvoi n°10-81. 359, Bull. Crim. 2011, n°35.
- Cass. Crim., 29 juin 2010, pourvoi n°09-86-0.

- Cass. Crim., 21 septembre 2010, pourvoi n°09-83.727.
- Cass. Crim. 11 janvier 2011, pourvoi n°10-81100.rême du Japon, BBS Wheels III, 1^{er} juillet 1997, 29 IC 331 (1998).
- Court of Appeals for the Federal Circuit, 23 avril 1984, Roche Products vs Bolar Pharmaceutical.
- Cour fédérale d'Australie, aff. n° FCA 1307, décision rendue le 18 Novembre 2011.
- Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. V. H.N. Norton & Co. Ltd., [1996] RPC 76, p. 88, Lord HOFFMANN.
- Otsuka Pharmaceutical Co, Ltd. Vs Towa Yakuhin K.K., Tokyo High Court, Civil 6th Division, Case n° 3498 (ne), 31 March 1998; confirmed by the Second Petty Bench of the Supreme Court, Case n°1998 (ju) 153, 16 April 1999.
- Ono Pharmaceuticals Co. Ltd. V. Kyoto Pharmaceutical Co. Ltd., Case No. Heisei 10 (Ju) 153, 1998.
- Tokyo High Court, Civil 6th Division, Case n° 3498 (ne), 31 March 1998, Otsuka Pharmaceutical Co, Ltd. Vs Towa Yakuhin K.K., confirmed by the Second Petty Bench of the Supreme Court, Case n°1998 (ju) 153, 16 April 1999.

Décisions Cours d'Appel

- Abidjan, 18 Mars 2007.
- Douala, 19 juill. 1859, Ann. Propr. Ind. 1860, p. 219.
- Lyon, 25 Juin 1984, 4^{ème} Ch, , PIBD 1985, III, 39.
- Paris 5 mars 1896, Ann. Propr.ind. 1896, p. 73.
- Paris, 16 juill. 1934, Ann. Propr. Ind. 1934, p. 371.
- Paris, 07 Mai 1979, 4^{ème} ch., Ysl Anne.Propr.Ind 1979, p. 306.
- Paris, 26 janv. 1982 : PIBD 1982, n°303, III, p. 119.
- Paris, 1^{er} Déc 1992, 4^{ème} Ch ; SEU C/ TMP, Gaz. Pal. 31 Déc 1993, p. 5.
- Paris, 18 Oct 2000, Virgin Interactive c/ France Télécom, D.2001, jur. Pp 1379, note G. Loiseau.
- Paris, 19 Novembre 2004, PIBD, N°804, III, p. 175.
- Paris du 28 Juin 2006.
- Paris 14 mars 1989, STALIBUS c/ AIRAX, Ann. Prop. Indus. 1990, 99.
- Paris, PIBD, n°818, III, p. 668.
- Paris, 28 Février 1956, RIPIA 1956, p. 64.
- Paris, 4 Mars 1959, D. 1960, p.26 obs. DEBOIS ; JCP, 1959.II.11796, obs. PLAISANT, Annales, 1959, p.140, obs. LE TARNEC.
- Paris, 6 Février 1960, Valda, Annales 1960, p. 187.
- Paris, 6 Janvier 1966, Annales 1966, p. 121.
- Paris, 17 Novembre 1970 PIBD, 1971.III. 430. 130.
- Paris, 8 mars 1978, Annales 1980, p.67.
- Paris, 31 Mai 1978. RIPIA 1978, p. 135.
- Paris, 27 octobre 1987, PIBD 1990, n°423-III-216.
- Paris 21 février 1989, PIBD 1989-III-451, D. 1993, somm. Com. 115, obs.
- Paris 21 novembre 1991 PIBD, 1992-III-174.
- Paris, 29 Avril 1993, Annales, 1994, p.93.
- Paris, 15 octobre 1999, Kraft Jacobs Suchard c. Nestlé, PIBD 2000 n° 689-III-14.
- Paris, 10 janvier 2001, PIBD 2001-III-324.
- Paris, 5 décembre 2001, Tati, PIBD, 2002 n) 738-III-134.
- Paris, 27 nov. 2002, PIBD 2003, 761, III, 189.
- Paris, 13 juin 2003, PIBD 2003, III p. 392.

- Paris, 2 avril 2003, PIBD 2003, III, p. 454.
- Poitiers, 18 Déc. 2012.
- Rouen, 11 Février 1992, PIBD 1992, III, 371.
- Versailles, 28 Février 1991, PIBD 1991. III. 579.n°508.
- Versailles, 27 avril 2006, Milka, RIPIA 2006/2 n°224 p.95, PIBD, 2006, n°834-III-555.
- Versailles, 10 mars 2010, PIBD 2010, n°916-III-253.
- Nancy, 1^{er} décembre 1982, Inf. pharm., avril 1983, p. 412-413, obs. Viala. Com. 27 janvier 2009, Bull. 2009, IV, n°10, pourvoi n°08-10.892, 08-10.482, 08-10.976 et 08-11.068.

Décisions des Juridictions de Première Instance

- TGI Le Mans, 29 Juin 1999, Microcaz C/ Oceanet, PIBD 2000.
- TGI Nanterre, 17 Janvier 2005, PIBD. n°807, III, 272.
- TGI Paris, 10 Juillet 1974, PIBD, 1975.III.63.
- TGI Paris, 2 juillet 1976, D. 1978, p. 256, obs. Mousseron et Le Stanc.
- TGI Paris, 3 décembre 1992, PIBD 1993, n° 543-III-301.
- TGI Paris, 25 Mai 1999, PIBD n°685, III, 541.
- TGI Paris, 31 mai 2000, 3^{ème} ch., PIBD 2000, n°708, III, p. 537.
- TGI Paris, 9 mars 2001, 3^{ème} ch, PIBD 2001, n°728, III, p.495.
- TGI Paris, 21 janvier 1993, PIBD 1993, III, p. 308.
- TGI Paris, PIBD, 1998, n° 659.III.398.
- TGI Paris, PIBD, 1985, n° 375.III.246.
- TGI Paris, 4 sept. 2001, 3^{ème} ch, PIBD 2002, n°739, III, p. 156.
- TGI Paris. 12 octobre 2001. PIBD 2002 n°739, III, p. 155 et la loi suisse sur le brevet (art. 9 al. 1 c), LBI).
- TGI Paris, 1^{er} juill. 2003, 3^{ème} ch., PIBD 2003, n°776, III, p. 587.
- TGI Paris, 25 novembre 2008, Bellure, PIBD 2009, n°893-III-939.
- TGI Seine, 16 janv. 1962, Ann. Propr. Ind. 1963, 1963, p. 400.
- TGI Strasbourg, 21 janvier 1992, PIBD 1992, n°524-III-353.
- TPI, Paris, 11 janvier 1995, PIBD 1995, III, 209.
- Trib. Civ. Seine, 11 avril 1956, JCP, 1957.II.9869.
- Tribunal Com. Montpellier, 13 mai 1981.
- Tribunal de Milan, E.R Squibb & Sons Inc. V. Giovanna (A.), 12 juin 1995.
- Tribunal Fédéral Suisse, ATF 126 III 129, Kodak SA c/Jumbo-Markt AG, 7 décembre 1999.
- Tribunal de Grande Instance, Marseille, 1^{re} ch. Civ., 11 juin 2003, SA Escota c/ Sté Lycos, sté Lucent Technologies, M. Nicolas B.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Abus de position dominante 392

Accord

- ADPIC 11, 69, 74, 88, 135, 143, 305, 368, 376, 378, 380, 381, 414, 417, 440, 442, 473, 478, 492, 498, 505, 524, 535, 540
- ADPIC-Plus 469, 535, 540, 548,
- Bamako 305, 412, 451, 501
- Bangui 7, 17, 26, 52, 55, 63, 69, 84, 188, 201, 213, 216, 250, 225, 229, 271, 275, 293, 299, 320, 324, 330, 339, 349, 351, 373, 380, 501, 502, 523, 526, 529, 544
- Libreville 412

Acte de contrefaçon

- Apposition 183, 212, 238, 239
- Détention 42, 223, 416
- Imitation 11, 182, 218, 234, 235, 237
- Introduction sur le territoire 250
- Recel 252
- Reproduction 11, 449, 58, 181, 229, 230, 231, 232, 243, 247
- Substitution 240
- Usage illicite 184, 242

Action en concurrence déloyale 186, 187

Action en contrefaçon

- Action civile 177, 186, 201, 216, 275, 320, 524

Antériorité 55, 65, 257

Arbitrage 261, 343, 344

Atteinte 2, 3, 7, 11, 21, 26, 48, 55, 61, 62, 162, 176, 181, 198, 206, 226, 230, 244, 250, 289, 300, 347, 369, 376, 377, 547

Autorisation de Mise sur le Marché (AMM) 67, 92, 158, 195

B

BOLAR

- Exception BOLAR 462, 463, 465, 466, 469

Brevet

- Cession 218, 230, 329
- Déchéance 212, 213
- Définition 62
- Droit de brevet 7, 44, 62, 63, 181, 192, 197, 322, 398, 420, 427, 433, 481
- Etat de la technique 65, 71, 133
- Exigence de non-évidence 74
- Homme du métier 66, 72, 73, 74, 78, 85, 134, 270
- Licence d'office 518
- Licence obligatoire 45, 470, 475, 478, 480, 483, 494, 496, 503, 510, 513, 521, 527, 537

Brevetabilité

- Activité inventive 26, 71, 73, 74, 130, 134
- Application industrielle 26, 75, 85, 132, 208, 270
- Nouveauté 26, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 84, 130, 133

Breveté 26, 45, 62, 69, 204, 245, 247, 250, 393, 418, 433, 445, 447, 471, 479, 482, 504, 511, 512

C

Contrefaçon 2, 3, 4, 7, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 21, 47, 49, 62, 172, 174, 176, 181, 184, 187, 188, 189, 191, 193, 196, 198, 201, 206, 217, 226, 230, 238, 243, 270, 275, 284, 286, 305, 308, 310, 319, 324, 331, 354, 361, 364, 385, 543, 544

Contrefaisant 1, 3, 8, 9, 14, 21, 38, 198, 232, 244, 284, 296, 299, 353, 356, 362, 368, 399

Contrefait 3, 7, 47, 199, 232, 312, 377
Contrebande 3, 8, 37
Contrefacteur 178, 199, 205, 232, 271, 286, 288, 296, 299, 300, 302, 325, 543
Copie 45, 46, 232
Cybercontrefaçon 265, 266, 268
Cybercriminalité 265, 268
Concurrence 69, 391, 392, 393, 434
Concurrence déloyale 7, 186, 187, 188, 392
Conditionnement 7, 33, 238, 382
Consentement 11, 45, 50, 212, 420, 427, 445, 480
Consommateur 33, 183, 234, 266
CSR (Commission Supérieure de Recours) 59, 233, 234
CEDEAO (Communauté Economique Des Etats d'Afrique de l'Ouest) 8, 273

D

Déchéance

- V. brevet
- V. marque

Décision

- Du 30 août 2003 V. DOHA

Déclaration

- V. DOHA

Défaut d'exploitation

- V. brevet
- V. marque

Détenteur 112, 121, 127, 133, 141, 151, 161, 162, 166, 171, 305, 369, 375, 473, 482

Disponibilité

- V. marque

Distinctivité

- V. marque

DOHA

- Déclaration de Doha 442, 487, 490, 491
- Décision du 30 août 2003 493, 495, 494
- L'amendement du 6 décembre 2005 499, 525

Droit de propriété 7, 60, 156, 187, 198, 300,

333, 347, 363, 438, 459

Divulgence 67, 68, 79, 124, 133

Domaine public 44, 130, 167, 449

Dommages et intérêts 187, 194, 199, 280, 282, 284, 287, 303

Douane 305, 307, 356, 357, 363, 368, 370, 375, 535

Droit communautaire de la concurrence 391

Droit des dessins ou modèles industriels 11, 192

Droit d'auteur 11, 138, 151, 194, 285

Droits privatifs 195, 526

E

Epuisement

- International 422, 427, 429, 441, 445, 449, 469
- National 424, 425
- Régional 426, 444, 445, 447, 509

Exception d'incompétence 220

Exception d'utilisation expérimentale 457

Exception de nullité 208

Exception de possession personnelle 221, 222, 223

Extranéité 334

F

Falsification 20, 195

Faute 177, 187, 199, 241, 288

Flexibilité 414, 488, 492, 529, 530, 533, 540

Forclusion 215, 216

G

Gain manqué 284, 285

Générique 43, 46, 215, 240, 398, 463, 468

Gravité des actes 189, 190, 195, 197, 199, 308

H

Harmonisation 8, 384, 385, 386, 388, 390, 396, 413

Homologation 388, 389, 396

I

Importations parallèles 431, 432, 433, 434, 439, 444, 468, 509, 532

Indemnisation 280, 284

Industrie 3, 9, 10, 45, 70, 75, 207, 270, 514, 528

Invention 11, 26, 62, 66, 68, 74, 75, 79, 82, 85, 133, 208, 222, 223, 253, 323, 447, 485, 503, 511

J

Jurisdiction 85, 220, 279, 326, 334, 338, 352, 390

Jurisprudence 31, 67, 75, 181, 208, 224, 235, 263, 328, 418, 425, 469

L

Licéité

- V. Marque

Licence

- D'office V. Brevet
- Exclusive V. Marque
- Obligatoire ou non volontaire V. Brevet
- Simple V. Marque

M

MEDICRIME

- Convention MEDICRIME 310, 312, 314, 388, 545

Marque

- Définition 48
- Droit de marque 7, 11, 52, 57, 60, 187, 197, 225, 227, 230, 240, 298, 320, 324, 329
- Cession 218, 230, 329
- Déchéance 212, 213
- Défaut d'exploitation 210
- Disponibilité 55, 207, 261
- Distinctivité 54, 207

- Licence exclusive 327, 328
- Licence simple 328
- Licéité 56

Marque notoire 57, 206, 242

Médecine moderne 96, 98, 109, 115, 404

Médecine traditionnelle 69, 93, 94, 96, 98, 106, 108, 110, 111, 117, 118, 119, 120, 133, 134, 153, 156, 384, 406, 408, 411

Médiation 342, 344

Médicament à usage humain 6, 19, 21, 26, 40, 542

Médicament conventionnel 22, 23, 542

Médicament traditionnel 92, 93, 94, 154

Monopole 2, 17, 62, 221, 286, 391, 414, 476

N

Nom commercial 255, 257, 261

Nom de domaine 255, 258, 260, 261, 262, 263

Nullité 78, 208, 215, 226, 302, 329, 339, 354

O

OAPI (Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle) 7, 58, 59, 69, 84, 87, 88, 153, 154, 157, 159, 165, 188, 309, 445, 451, 469, 509, 513, 514, 525, 542

OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires) 548

OMC (Organisation Mondiale du Commerce) 45, 142, 376, 440, 443, 450, 452, 487, 490, 496, 500, 507

OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle) 120, 130, 157, 524

OMS (Organisation Mondiale de la Santé) 1, 3, 9, 42, 118, 195, 403, 406, 467

Opposition 237

Ordre public 56, 59, 208, 331, 344

P

Parasitisme 262

PCT (Traité de Coopération en matière de brevet) 79, 84, 157, 206, 445

Peine 59, 166, 179, 198, 199, 228, 293

Personne habilitée à agir 320, 332
Perte subie 286
Pharmacopée 91, 102, 103, 104, 124, 171, 404, 409, 412
Possession personnelle antérieure 221, 223, 459, 461
Pratique anticoncurrentielle
 - V. Abus de position dominante
 - V. Entente
Préjudice 49, 145, 195, 199, 280, 282, 288, 289, 328, 454
Prérogatives 2, 55, 360, 418
Principe de spécialité 207
Principe de territorialité 206, 230, 345
Prix du médicament 395
Produits cosmétiques 6, 37
Produits diététiques 5, 6, 55, 270
Propriété Intellectuelle 3, 8, 11, 136, 140, 161, 192, 212, 213, 218, 347, 348, 364, 376, 440, 535

R

Radiation 210, 211, 213, 233
Règlementation du prix 393
Renonciation 219
Retenue en douane 362, 365, 366, 370, 375
Responsabilité civile 178, 184, 186, 199
Ressources génétiques 99, 100, 101, 127, 137, 149, 146, 163
Risque de confusion 57, 182, 234, 238

S

Saisie
 - Saisie-contrefaçon 299, 351, 357, 374
 - Saisie douanière 356, 357, 362
Sanction 11, 167, 194, 304, 310, 516, 544
Santé publique 9, 11, 33, 34, 90, 120, 268, 313, 398, 400, 478, 494, 499, 520, 521
Savoirs traditionnels 91, 93, 110, 120, 130, 145, 148, 151, 161, 162, 164, 169, 171
Spécialité V. principe de spécialité
Sui Generis 137, 142, 143, 146, 151, 270

T

Territorialité V. Principe de la territorialité
Tradipraticien 93, 114, 118, 126, 133, 134, 135
Transfert de technologies 415

U

UEMOA (Union Economique Monétaire Ouest Africaine) 8, 14, 185, 318, 358, 364, 374, 382, 384, 388, 542
UMOA (Union Monétaire Ouest Africain) 8

V

Vente 9, 10, 158, 184, 204, 218, 227, 241, 243, 244, 248, 266, 293, 390, 421, 422, 438

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	2
SOMMAIRE	4
ABREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES.....	5
INTRODUCTION GENERALE	11
PREMIERE PARTIE : LA CARACTERISATION DE LA CONTREFAÇON DE MEDICAMENT DANS L'ESPACE UEMOA	27
TITRE I : L'OBJET DE LA CONTREFAÇON : LE MEDICAMENT	29
CHAPITRE I : LA NOTION DE MEDICAMENT CONVENTIONNEL.....	30
Section 1 : La définition générale du médicament conventionnel	30
Paragraphe 1 : La définition du médicament par les textes relatifs à la pharmacie	30
A-La définition du médicament par détermination de la loi	30
1-La définition du médicament selon la propriété intellectuelle.....	31
2-La définition du médicament par le droit de la santé.....	31
B-La portée de la définition du médicament.....	33
Paragraphe 2 : La présentation du médicament	36
A-Les précisions relatives aux médicaments essentiels.....	37
B-Les génériques.....	38
Section 2 : Les aspects susceptibles d'être contrefaits sur le médicament.....	40
Paragraphe 1 : La marque du médicament	40
A-La contrefaçon de marque.....	40
B-L'examen de la protection par le droit de marque selon l'Accord de Bangui	41
1-Les conditions de fond de la demande d'enregistrement de la marque	42
a-Le caractère distinctif de la marque	42
b-La disponibilité du signe.....	42
c-La licéité du signe	43
2-Les conditions de forme relative à la demande d'enregistrement de la marque.....	43
a-La demande d'enregistrement de la marque	44
b-L'examen de la demande d'enregistrement de marque	44
Paragraphe 2 : Le principe actif objet du brevet	45
A-L'objet de la protection par le droit de brevet.....	46
B-L'examen de la protection par le droit de brevet selon l'Accord de Bangui	46
1-Les conditions de fond de la brevetabilité	47
a-La nouveauté	47
b-L'activité inventive	52
i-La détermination de l'homme du métier en matière de santé publique.....	52
ii-L'exigence de non-évidence.....	53

c-L'application industrielle	55
2-Les exigences de formes en matière d'obtention de brevets	56
a-Les conditions de forme liées à l'invention pharmaceutique	56
b-L'organisation institutionnelle de l'OAPI en matière de demande de brevet.....	62
CHAPITRE II : LA PROTECTION JURIDIQUE DU MEDICAMENT ISSU DES SAVOIRS TRADITIONNELS	64
Section 1 : Les notions liées au médicament issue des savoirs traditionnels.....	64
Paragraphe 1 : La notion des savoirs traditionnels.....	64
A-La définition du médicament issu des savoirs traditionnels	65
B-Le caractère complémentaire du médicament issu des savoirs traditionnels	66
Paragraphe 2 : Les ressources génétiques et associés	69
A-Approche définitionnelle des ressources génétiques et associés	69
B-Les caractéristiques des ressources génétiques et associés	69
Paragraphe 3 : La notion de la pharmacopée	70
A-Les caractéristiques de la pharmacopée traditionnelle.....	70
B-L'intérêt de la pharmacopée traditionnelle africaine	71
Section 2 : L'évolution historique des conditions d'exploitation du médicament issu des savoirs traditionnels	71
Paragraphe 1 : La portée de l'exploitation de la médecine issue des savoirs traditionnels.....	73
A-La portée de l'exploitation de la médecine issue des savoirs traditionnels sur le plan socioculturel	74
La portée de l'exploitation de la médecine issue des savoirs traditionnels sur le plan économique	76
Paragraphe 2 : Les mécanismes appropriés de protection du médicament issu des savoirs traditionnels.....	79
A-Les potentiels détenteurs des savoirs traditionnels	79
1-Les communautés autochtones	79
2-Les familles ou groupes particuliers	80
3-Les individus.....	80
4-Les experts locaux	81
5-L'Etat	81
L'analyse des systèmes de protections juridiques variés	81
1- La protection par brevet.....	81
a-Les avantages de la protection par le système classique des brevets	82
b - Les inconvénients de la protection par le système classique des brevets	83
i-L'inadaptation des critères classiques de brevetabilité.....	83
ii-Les pesanteurs des exigences de formes.....	88
2- La protection de la médecine traditionnelle par le système <i>sui generis</i>	89
a-Une application difficile de ce système de protection	90

b-Des exemples de régimes de protection existants.....	93
3-La protection sans enregistrement des savoirs traditionnels médicaux.....	94
B-Le choix opéré par le législateur OAPI.....	96
1- Le cadre actuel bâti autour du système des brevets.....	96
a-La protection résiduelle de la médecine traditionnelle.....	97
b-L'existence de brevets sur les inventions issues de la médecine traditionnelle dans l'espace OAPI.....	98
1-L'adoption d'un accord relatif à la protection des savoirs traditionnels.....	100
a-Le contenu de l'accord.....	100
i-Les principes énoncés.....	100
ii-Le régime de la protection prévu par l'accord.....	101
2-.....	L'absence
e de clarté du rôle de l'OAPI dans le mécanisme de protection envisagé.....	104
TITRE II : LES ACTES CONSTITUTIFS DE LA CONTREFAÇON.....	106
CHAPITRE I : LES ACTES DE CONTREFAÇON RELEVANT DES DROITS NATIONAUX.....	111
Section 1 : L'analyse du régime juridique en matière de contrefaçon.....	111
Paragraphe 1- La diversité des actes de contrefaçon relevant des droits nationaux.....	111
A-Les éléments constitutifs du délit de contrefaçon.....	111
1-L'élément matériel.....	111
2-L'élément moral.....	112
3-L'élément légal.....	112
B-Les différentes catégories d'actes sanctionnables dans les législations nationales.....	113
1-Les actes pénalement sanctionnés.....	113
2-Les actes civilement sanctionnés.....	114
Paragraphe 2 - La prise en compte de la gravité des actes de contrefaçon.....	117
A-La prise en compte de la gravité des actes de contrefaçon en droit pénal.....	117
1-La gravité des actes de contrefaçon selon le code pénal ivoirien.....	118
2 - La gravité de la violation des droits privatifs selon le code pénal burkinabé.....	121
3 - La gravité des atteintes aux droits privatifs selon le code pénal togolais.....	122
4 - La gravité des actes de contrefaçon selon le code pénal malien.....	124
5 - La gravité des actes de contrefaçon selon le code pénal du Niger.....	124
B - La prise en compte de la gravité des actes de contrefaçon en droit civil.....	125
Section 2 : Les limites du droit exclusif dans l'appréciation des actes de contrefaçon relevant des droits nationaux.....	126
Paragraphe 1 : Les exceptions aux actes de contrefaçon.....	127
A - Les restrictions autorisées par le législateur OAPI.....	127
1-Les actes d'exploitation en application de la théorie de l'épuisement.....	127
3- Les actes accomplis en application du principe de la spécialité.....	130

4- L'exception de nullité.....	131
5- La perte de droit en marque et en brevet	133
B - Les atteintes autorisées par le titulaire de droit	136
1-La forclusion par tolérance	136
2-Le bénéficiaire de la licence	138
3-La cession	138
4 - La renonciation	139
5- L'exception d'incompétence.....	139
Paragraphe 2 : L'exception de possession personnelle	140
A-Le bénéficiaire de l'exception de possession personnelle	140
B-Le contenu de l'exception de possession personnelle.....	141
CHAPITRE II : LES ACTES DE CONTREFAÇON RELEVANT DE L'ACCORD DE BANGUI	144
Section 1 : Les principaux actes de contrefaçon relevant de l'Accord de Bangui	144
Paragraphe 1 : Les différentes atteintes au droit de marque	145
A-Les principales atteintes au signe distinctif	145
1-La reproduction du signe	145
2 - L'imitation du signe.....	149
3-La contrefaçon par apposition d'une marque appartenant à autrui ou le délit de remplissage	151
4-La contrefaçon par substitution du produit	153
A-Les actes secondaires de contrefaçon de marque.....	154
1-L'usage illicite de la marque.....	154
2-La vente ou la mise en vente de produits indûment marqués	155
Paragraphe 2 : Les actes d'atteintes aux droits du breveté.....	156
A-Les actes directs de contrefaçon	156
1-L'emploi de moyens faisant l'objet du brevet	157
2-La vente ou l'exposition en vente	157
B-Les actes indirects de contrefaçon.....	157
1- L'introduction sur le territoire national de l'un des Etats membres	157
2-La contrefaçon par recel	158
Section 2 : Les atteintes par assimilation prévues par l'Accord de Bangui	160
Paragraphe 1 : Les atteintes résultant de l'usage d'autres signes.....	161
A-La contrefaçon de la marque par l'usage d'un nom commercial.....	161
B-La contrefaçon de la marque par l'exploitation d'un nom de domaine	162
Paragraphe 2 : Les atteintes résultant de l'exploitation de signes sur le cyberspace	165
A-La cybercontrefaçon : un fléau en plein essor	165
B-La lutte contre la cybercontrefaçon.....	167

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	169
SECONDE PARTIE : LES MOYENS DE LUTTE CONTRE LA CONTREFAÇON DE MEDICAMENT DANS L'ESPACE UEMOA.....	170
TITRE I : L'APPLICATION DES SANCTIONS EN MATIERE DE CONTREFAÇON	172
CHAPITRE I : L'IDENTIFICATION DES SANCTIONS EN MATIERE DE CONTREFAÇON	173
Section 1 : Les diverses sanctions de la contrefaçon	173
Paragraphe 1 : L'identification des sanctions	173
A-Les sanctions civiles	173
1-L'indemnisation de la victime	173
2-L'évaluation du préjudice de la victime	175
a-Les conséquences économiques négatives.....	175
i-Le gain manqué par la victime	175
ii-La perte subie par la victime.....	177
b - Les bénéfices injustement réalisés	177
c - Le dommage moral	178
B - Les sanctions pénales	178
1-Les peines principales.....	179
a-Les peines d'emprisonnement.....	179
b - Les peines d'amende.....	180
Paragraphe 2 : La nécessité d'un renforcement des sanctions	181
A-Les mesures provisoires.....	181
1-Les mesures provisoires susceptibles d'être prononcées par le juge des référés	181
2-Les mesures provisoires susceptibles d'être prononcées par le juge de fond	183
B-La nécessité d'un renforcement des peines d'emprisonnement et/ou d'amende	184
1-Les peines d'emprisonnement	184
2- Les peines d'amende.....	186
Section 2 : Le recours à la convention MEDICRIME	187
Paragraphe 1 : Un outil juridique international exotique	187
A-Historique de la convention	187
B-La notion de la convention MEDICRIME	188
Paragraphe 2 : Le contenu de la Convention de MEDICRIME	188
A-Les infractions pénales de la Convention MEDICRIME	189
B-Les avantages de la Convention MEDICRIME	189
CHAPITRE II : LES DIFFICULTES DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA REPRESSION DE LA CONTREFAÇON.....	191
Section 1 : Les obstacles auxquels sont confrontées les personnes habilitées à agir devant la juridiction compétente.....	191
Paragraphe 1 : L'identification des personnes habilitées à agir devant la juridiction	

compétente	191
A-Les principaux titulaires de droit	192
1-En matière de brevet	192
2-En matière de marque	193
B - Les titulaires dérivés par l'effet des contrats d'exploitations ou de la loi.....	193
1-Le licencié.....	194
3- Le Procureur	196
Paragraphe 2 : Les difficultés dans la mise en œuvre de l'action en contrefaçon.....	198
A-L'option de la juridiction compétente.....	198
1-La juridiction civile.....	198
a-La compétence rationae materiae.....	198
b - La compétence rationae loci	199
2- La juridiction pénale	199
a-La compétence matérielle	199
b - La compétence territoriale	199
3- Les modes alternatifs de règlement de conflit	200
a-La médiation	200
b-L'arbitrage	200
4 - Le contentieux international en matière de propriété intellectuelle.....	201
a-Les conflits de juridictions	202
b-Les conflits de lois	203
B - L'instruction du litige au fond.....	203
1-La preuve de droit commun.....	203
2-Les preuves spéciales prévues en matière de contrefaçon	204
a-La saisie-contrefaçon	205
b-La saisie douanière	208
Section 2 : Les difficultés liées à l'action douanière.....	209
Paragraphe 1- Le cadre juridique communautaire et transcommunautaire.....	209
A-Le cadre juridique communautaire	209
1-Les dispositions du Code des douanes UEMOA	209
2-La retenue en douane	212
a-Le droit de retenue sur demande du titulaire de droit	213
b-L'intervention ex officio de la douane.....	215
B-Le cadre juridique transcommunautaire.....	217
1-L'accord de Bangui.....	217
2- Les prérogatives douanières basées sur les ADPIC.....	219
Paragraphe 2- L'absence de transposition des prescriptions spéciales en droit de la propriété industrielle.....	221

A-Le mutisme de l'Accord de Bangui 1999 sur les mesures à la frontière	222
B - Les limites du Code des douanes de l'UEMOA	223
TITRE II : LA FACILITATION DE L'ACCES AU MEDICAMENT	223
CHAPITRE I : L'HARMONISATION DES LEGISLATIONS RELATIVES A LA SANTE DANS L'ESPACE UEMOA.....	225
Section 1 : La situation juridique de la réglementation pharmaceutique de l'UEMOA	225
Paragraphe 1 : L'harmonisation de la réglementation communautaire.....	226
A-Le contenu de la réglementation communautaire relative aux produits pharmaceutiques.....	227
1-L'homologation des produits pharmaceutiques	227
2-Les limites de l'homologation des produits pharmaceutiques	228
B-Le droit communautaire de la concurrence	230
1-Les règles de la concurrence	230
2-La réglementation du prix des médicaments	231
Paragraphe 2 : Le régime juridique des autorisations de mise sur le marché	233
A-L'exigence de l'autorisation de mise sur le marché et sa durée.....	233
B-La portée juridique des autorisations de mise sur le marché	235
Section 2 : La politique d'intégration de la médecine traditionnelle dans les législations de santé publique des Etats membres de l'UEMOA	237
Paragraphe 1 : La politique générale mise en place dans le cadre du droit de la santé.....	237
A-La santé en tant qu'objet politique.....	238
B - La nécessité de l'amélioration du statut de la médecine et de la pharmacopée traditionnelle dans les législations de santé publique	239
Paragraphe 2 : Un cadre juridique existant dans les pays membres de l'UEMOA.....	239
A-Un système d'intégration juridique structuré et avancé de la médecine traditionnelle : Exemple du Mali	240
B - Un système d'intégration juridique de la médecine traditionnelle en construction : Exemple de la Côte d'Ivoire	242
CHAPITRE II : LA MISE EN ŒUVRE DES FLEXIBILITES DU DROIT OAPI.....	244
Section 1 : Les limitations non autoritaires de restriction.....	244
Paragraphe 1 : Les exceptions limitées aux droits exclusifs sur le brevet et la marque.....	245
A-La théorie de l'épuisement de droit	246
1-Les conditions de l'épuisement de droit	247
a – Le consentement préalable du titulaire de droit	247
b- La nécessité d'un acte de mise sur le marché	248
c - Le lieu de la mise en circulation	248
2- Les différents régimes rattachés à la théorie de l'épuisement des droits.....	249
a-L'épuisement national des droits	249
b - L'épuisement régional des droits.....	251

c-L'épuisement international des droits.....	252
3- Les limites de l'épuisement de droit	254
B-Le mécanisme des importations parallèles.....	255
1-Les importations parallèles et la théorie de l'épuisement des droits.....	255
a-Un mécanisme favorisant l'accès aux médicaments à des prix abordables.....	255
b-Un processus assoupli dans le cadre du droit multilatéral de l'OMC	260
3-Le mécanisme des importations parallèles dans l'espace OAPI quant à l'accès aux médicaments	262
a-Le choix du législateur OAPI en faveur du régime de l'épuisement régional des brevets	262
b - La portée limitée du choix du législateur OAPI	264
Paragraphe 2 : Les autres dérogations exclusives aux droits du breveté	266
A-Le régime des exceptions aux droits exclusifs en vertu de l'Accord sur les ADPIC.....	267
1-Les conditions générales applicables aux exceptions aux droits exclusifs du breveté	267
2-L'admission des exceptions tendant à la protection de l'intérêt des tiers	268
a-L'exception d'utilisation expérimentale.....	268
b-Le droit de possession personnelle antérieure.....	269
B - L'exception Bolar	270
1-L'historique de l'exception <i>Bolar</i>	271
2-L'absence injustifiée de l'exception Bolar dans le droit positif de l'OAPI.....	272
Section 2 : Les exceptions autoritaires de restriction : les licences obligatoires.....	275
Paragraphe 1 : Le régime juridique des licences obligatoires dans le cadre du droit multilatéral de l'OMC.....	276
A-Le régime des licences obligatoires dans l'Accord sur les ADPIC	276
1-Les motifs d'octroi des licences obligatoires : une liste non exhaustive justifiée par la nécessité de protéger la santé publique.....	276
1-Les conditions d'octroi des licences obligatoires : l'aménagement des droits fondamentaux du breveté.....	280
a-L'exigence du consentement préalable du titulaire du brevet	280
a-La rémunération due au breveté.....	281
b-La limitation de la durée et de l'objet des licences obligatoires.....	282
c-La non exclusivité et l'incessibilité des licences obligatoires	283
d-L'encadrement des licences obligatoires pour brevet dépendant	283
B-L'évolution du régime des licences obligatoires dans le cadre de Doha	284
1-Les différentes tentatives de clarifications des licences obligatoires selon la déclaration de DOHA de 2001	284
2- Les licences obligatoires selon la Décision du 30 août 2003 relative à la mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha	287
2- L'amendement de l'Accord sur les ADPIC par la décision du 6 décembre 2005.....	293
Paragraphe 2 : Le mécanisme des licences obligatoires et le droit OAPI des brevets.....	294

A-La diversité des licences obligatoires dans l'Accord de Bangui.....	295
1-L'uniformisation du régime d'octroi des licences obligatoires pour défaut d'exploitation et pour brevet de dépendance.....	295
a-L'inquiétude relative à l'interprétation du défaut d'exploitation.....	296
b-Le durcissement du régime général d'octroi des licences obligatoires	299
2- La licence d'office : une spécificité contestable dans l'intérêt de la santé publique	304
B- La portée juridique des licences obligatoires	307
1-La solution inachevée de la règle de conflit de l'Accord de Bangui	307
2-La mise en œuvre nuancée du bénéfice du recours aux licences obligatoires	309
C-Les obstacles à la mise en œuvre des mécanismes dérogatoires par les pays pauvres.....	311
1-La position mitigée de l'OAPI	312
2- Les obstacles internationaux.....	313
a-Les dispositions ADPIC-Plus	313
b-Les mesures de rétorsions économiques et politiques	315
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	317
CONCLUSION GENERALE.....	318
BIBLIOGRAPHIE	322
INDEX ALPHABETIQUE.....	363

Titre : LA CONTREFAÇON DE MÉDICAMENTS DANS L'ESPACE UEMOA

Résumé

La contrefaçon de médicament à usage humain est un phénomène de dimension internationale qui constitue aujourd'hui plus qu'hier, une véritable pandémie. La réalisation de cette étude nous a amené à déterminer respectivement la caractérisation de la contrefaçon de médicaments dans l'espace UEMOA et les moyens de lutte subséquents mis en œuvre pour l'éradication de ce phénomène. En effet, la caractérisation de la contrefaçon de médicaments dans l'espace UEMOA a consisté à identifier respectivement l'objet de la contrefaçon c'est à dire le médicament et les actes constitutifs de contrefaçon. Quant au point relatif aux moyens de lutte mis en œuvre contre la contrefaçon de médicaments à usage humain, nous avons tenté de mettre en exergue leur inadéquation avec le délit de contrefaçon de médicament ou parfois même leur inexistence dans certains Etats membres de l'UEMOA rendant ainsi la lutte vaine au point de constituer un terreau favorable à la prolifération de ce fléau, d'où la nécessité d'exhorter ceux-ci à se doter de textes contemporains adaptés à la gravité de ce phénomène. La situation peu reluisante de l'environnement juridique dans les Etats membres de l'UEMOA relatif au délit de contrefaçon de médicament et la protection de la médecine traditionnelle, exposent les populations à la consommation de médicaments contrefaisants. Enfin, la question épineuse du rapport entre le monopole du brevet et le libre accès au médicament par les Pays les Moins Avancés (PMA) et les Pays en Voie de Développement (PVD) a été abordée. Il s'agissait pour nous de montrer la nécessité pour les Etats membres de l'UEMOA d'avoir recours aux flexibilités prévues par les ADPIC parce qu'ils pourraient être une véritable alternative à l'accès au médicament de bonne qualité même si les Pays Développés (PD), notamment, les USA et l'UE ne leur facilitent pas toujours la tâche avec l'instauration des ADPIC Plus ou les Accords de Libre Echange (ALE) avec comme objectif de contraindre les PMA à ne pas pouvoir recourir aux flexibilités prévues à l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC et à la Déclaration de Doha.

Mots-clés : Contrefaçon-Falsification-Médicaments-Brevets-Markes-Facilitation-Flexibilités-ADPIC-UEMOA-OAPI

Title: THE COUNTERFEITING OF MEDICINES IN THE UEMOA REGION

Summary

The counterfeiting of medicines for human use is a phenomenon of international dimension which today, more than ever, constitutes a veritable pandemic. The realization of this study led us to determine respectively the characterization of counterfeit drugs in the UEMOA area and the subsequent control means implemented for the eradication of this phenomenon. In fact, the characterization of counterfeit medicines in the UEMOA area consisted in identifying respectively the object of the counterfeit, in the medicine and the acts constituting counterfeit. As for the point relating to the means of combating the counterfeiting of medicines for human use, we have tried to highlight their inadequacy with the offense of counterfeiting medicines or sometimes even their non-existence in certain UEMOA member states. thus the vain struggle to the point of constituting a breeding ground for the proliferation of this scourge, hence the need to urge them to equip themselves with contemporary texts adapted to the gravity of this phenomenon. The gloomy situation of the legal environment in the UEMOA member states relating to the offense of counterfeiting drugs and the protection of traditional medicine, exposes populations to the consumption of counterfeit drugs. Finally, the thorny issue of the relationship between the patent monopoly and free access to medicines by the Least Developed Countries (LDCs) and Developing Countries (DCs) was addressed. For us, it was a question of showing the need for the member states of UEMOA to have recourse to the flexibilities provided for by the TRIPS because they could be a real alternative to access to good quality medicine even if the countries Developed (PD), in particular, the USA and the EU do not always facilitate their task with the establishment of the TRIPS Plus or the Free Trade Agreements (FTA) with the objective of forcing the LDCs not to be able to use flexibilities provided for in Article 30 of the TRIPS Agreement and the Doha Declaration.

Keywords: Counterfeiting-Falsification-Medicines-Patents-Marks-Facilitation-Flexibilities-ADPIC-UEMOA- OAPI.