

# OMPI



WIPO/ACE/5/3

ORIGINAL : anglais

DATE : 28 septembre 2009

F

**ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**  
GENÈVE

## **COMITÉ CONSULTATIF SUR L'APPLICATION DES DROITS**

**Cinquième session**  
**Genève, 2 – 4 novembre 2009**

LA DEMOCRATISATION DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

*Document établi par M. Owen H. Dean, Spoor & Fisher, Le Cap (Afrique du Sud)\**

---

\* Les opinions exprimées dans le présent document sont celles de l'auteur et ne représentent pas nécessairement le point de vue du Secrétariat ou des États membres de l'OMPI.

## INTRODUCTION

1. La propriété intellectuelle est généralement considérée comme une branche ésotérique du droit. Elle se caractérise par une certaine complexité et, jusqu'à récemment, constituait un secteur peu connu et plutôt indépendant du droit. Sa complexité s'explique par le fait qu'elle porte sur des éléments intangibles tels que les idées, les concepts, la bonne image d'une marque, les expressions culturelles, etc. Ces éléments doivent être distingués des biens tangibles tels que les véhicules, les bateaux, l'équipement, les articles ménagers et les biens immeubles tels que les terrains, qui ont tous une existence matérielle. L'application du droit est en principe moins compliquée en ce qui concerne les objets tangibles, matériels, que pour les éléments intangibles, immatériels, qui sont façonnés comme des biens de propriété.

2. L'ère du savoir, de l'information et de la technologie a brutalement mis en avant la propriété intellectuelle, dans le monde en général. Une attention bien plus grande est désormais accordée à la valeur et à l'importance des éléments de propriété intellectuelle dans tous les secteurs de la société, et plus particulièrement dans le domaine du commerce et de l'industrie et dans le secteur socioéconomique. Ce phénomène a ensuite pour effet, réel ou potentiel, de sortir la propriété intellectuelle de l'ombre et de la faire entrer dans la lumière. Le caractère ésotérique de la propriété intellectuelle se modifie et cette branche du droit doit être de plus en plus largement diffusée et connue, conformément à l'évolution constante du rôle qu'elle joue dans l'économie, aux niveaux national et international.

3. Bon nombre des problèmes qui pèsent actuellement sur la mise en œuvre et l'application du droit de la propriété intellectuelle viennent du fait que les connaissances juridiques générales n'ont pas suivi la même évolution que l'importance économique du droit de la propriété intellectuelle. Alors que la propriété intellectuelle en tant que facteur économique est sortie de l'ombre pour entrer dans la lumière, le droit de la propriété intellectuelle a accusé un certain retard et exercé une forme de résistance à se présenter au grand jour. Il appartient aux gardiens du droit de la propriété intellectuelle de promouvoir sa démocratisation de manière à ce qu'il suive le rôle économique joué par la propriété intellectuelle dans le monde moderne. Il existe à cet égard des moyens, qui sont examinés ci-dessous, de surmonter les problèmes relatifs à l'application du droit de la propriété intellectuelle.

## L'AFRIQUE DU SUD EN TANT QU'OBJET D'UNE ETUDE DE CAS

4. L'Afrique du Sud est une combinaison unique entre une société industrialisée et une société du tiers monde. Elle présente maints avantages des pays industrialisés mais souffre en même temps de nombreux inconvénients inhérents aux pays du tiers monde. En fait, elle représente probablement un microcosme du monde entier qui est composé dans une large mesure de sociétés industrialisées côtoyant des sociétés du tiers monde, un fossé béant séparant les nantis et les démunis sur le plan économique. Par conséquent, il est utile de se placer dans le contexte de l'Afrique du Sud pour étudier certains problèmes qui se posent au regard de l'application du droit de la propriété intellectuelle.

5. L'Afrique du Sud est dotée de lois de propriété intellectuelle très détaillées et compliquées qui se comparent avantageusement à d'autres régimes de propriété intellectuelle partout dans le monde. De même, son système juridique est considéré comme bien établi et efficace, avec une structure juridique permettant l'application effective et efficace des lois.

Les juristes, en particulier dans le domaine de la propriété intellectuelle, sont bien formés et qualifiés et ont toutes les compétences nécessaires pour promouvoir l'application effective et efficace du droit. Tous ces éléments correspondent à une société industrialisée. Mais, si l'on prend en considération les caractéristiques de l'Afrique du Sud qui relèvent du tiers monde, on note un manque en matière de ressources financières, de compétences et de connaissances administratives et, de fait, de mécanismes appropriés, manque qui empêche le système de fonctionner correctement. À cela s'ajoute une pauvreté généralisée au sein d'importants segments de la population avec pour résultat que de nombreuses personnes n'ont pas les moyens d'utiliser les systèmes qui ont été mis en place par la loi dans l'intérêt des personnes, en particulier des titulaires de droits de propriété intellectuelle. D'où l'impression que la propriété intellectuelle n'existe que pour les riches et qu'en réalité elle entrave les opportunités économiques pour une grande partie de la société, en particulier les défavorisés et ceux qui ont été désavantagés auparavant. Les personnes économiquement défavorisées qui souhaitent s'en sortir par elles-mêmes grâce au commerce informel se heurtent aux riches qui s'efforcent de faire appliquer les droits de propriété intellectuelle par le biais d'un système juridique qui, du fait de son coût, semble s'adresser plus spécifiquement aux riches et aux membres privilégiés de la société.

## UN CERCLE FERME

6. L'enjeu du système juridique, et plus particulièrement du régime de la propriété intellectuelle, consiste à modifier cette perception à la fois quant à la forme et quant au fond.

7. Aujourd'hui, les spécialistes du droit de la propriété intellectuelle en Afrique du Sud sont très qualifiés. En substance, un conseil en brevets doit être titulaire d'un diplôme d'ingénieur ou d'un autre diplôme technique, ce qui implique d'avoir suivi des études universitaires pendant trois ou quatre ans, généralement à plein temps. Ensuite, le candidat au titre de conseil en brevets doit avoir obtenu un diplôme d'études supérieures en droit nécessitant trois années d'études supplémentaires, soit au moins six années au total. Après avoir obtenu les qualifications universitaires requises, il doit entrer au service d'un cabinet juridique exerçant dans le domaine du droit des brevets et y accomplir un stage de deux ans tout en étudiant et en réussissant l'examen du barreau pour obtenir le titre de conseil. En outre, le candidat doit suivre avec succès un cours très sérieux de quatre ans au terme duquel il obtient la qualification correspondante et le droit d'exercer. Par conséquent, le candidat suit des études intensives et une formation pratique pendant au moins 12 ans en vue d'obtenir le droit d'exercer en tant que conseil en brevets. Obtenir ces qualifications nécessite un investissement personnel et des ressources financières suffisantes. Le système ne produit donc pas beaucoup de conseils en brevets. En outre, celui qui investit autant de temps et de ressources pour obtenir ce titre est enclin à fixer un prix élevé en contrepartie de ses services et il en a le droit. Il en résulte un nombre relativement restreint de conseils en brevets qualifiés en exercice, ce qui favorise aussi, du fait des lois économiques régissant l'offre et la demande, la fixation de prix élevés pour les services juridiques dans le domaine de la propriété intellectuelle. Cette situation est exacerbée par le fait que la mise en place de l'infrastructure nécessaire pour exercer dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle à l'ère moderne est un processus coûteux.

8. La pratique du droit de la propriété intellectuelle en Afrique du Sud est caractérisée par un nombre relativement restreint de spécialistes dont les honoraires sont élevés. Cela conduit à rapprocher la pratique du droit de la propriété intellectuelle d'un monopole. Les personnes

économiquement défavorisées ont des difficultés à accéder aux services juridiques en matière de propriété intellectuelle. De plus, les connaissances en droit de la propriété intellectuelle ne sont pas largement diffusées. Comme le système d'enseignement juridique ne permet pas de produire un grand nombre de diplômés ayant des connaissances en droit de la propriété intellectuelle, cette matière n'est pas largement enseignée dans les universités sud-africaines et on constate peu d'incitations en ce sens. Cela tend aussi à réduire la portée des connaissances en droit de la propriété intellectuelle.

9. L'Afrique du Sud est dotée du double système dans lequel, en général, les conseils en brevets doivent recourir aux services d'un avocat pour plaider devant un tribunal dans des affaires touchant à la propriété intellectuelle. Le cas où un jeune avocat possède des connaissances en droit de la propriété intellectuelle lorsqu'il commence à exercer est l'exception plutôt que la règle. Il appartient donc dans une large mesure aux conseils en brevets de former les avocats à l'application du droit de la propriété intellectuelle. Ils doivent pour cela déployer des efforts considérables et investir beaucoup de temps et ont donc tendance à se concentrer sur un petit groupe de personnes ayant les capacités requises pour maîtriser le sujet. Cela conduit à la constitution d'un petit groupe d'avocats auxquels les conseils en brevets font appel pour mener les litiges devant les tribunaux. Dans la pratique, les conseils en brevets ont sélectionné les avocats présentant les meilleures aptitudes pour être formés en tant qu'experts en droit de la propriété intellectuelle. Là encore, la loi économique de l'offre et de la demande entre en jeu et le fait que la sélection est effectuée au sein d'un petit groupe d'avocats, ajouté au fait que ces professionnels sont très demandés dans d'autres branches du droit compte tenu de leurs compétences et de leurs connaissances exceptionnelles, conduit les avocats sélectionnés à fixer un prix élevé pour leurs services, augmentant ainsi le coût global des poursuites dans le domaine de la propriété intellectuelle.

10. Le cercle fermé des experts juridiques en propriété intellectuelle a une autre conséquence : le socle limité des connaissances transparaît dans le système judiciaire. En Afrique du Sud, la plupart des juges sont nommés parmi les avocats et un petit nombre d'entre eux parmi les conseils. Ce système décrit ici produit très peu de juges ayant une expérience de la pratique du droit de la propriété intellectuelle lors de leur nomination. Au final, l'ensemble du système, des juristes aux magistrats, est davantage caractérisé par une forte limitation du nombre de personnes possédant les connaissances requises plutôt que par une large diffusion de ces connaissances.

11. Pour rendre le droit de la propriété intellectuelle plus accessible en Afrique du Sud, il va falloir casser le moule et modifier la tendance générale. Le processus va devoir produire un bien plus grand nombre de personnes ayant une connaissance pratique du droit de la propriété intellectuelle. Il va falloir trouver les moyens de permettre aux personnes économiquement défavorisées d'accéder aux services juridiques en matière de propriété intellectuelle ainsi que d'autres moyens, moins compliqués et moins coûteux, de régler les litiges dans ce domaine. Le cas échéant, des mesures devront être prises pour permettre aux démunis de recourir aux services juridiques en matière de propriété intellectuelle qu'ils ne sont pas en mesure de supporter en temps normal. Dans le même temps, la crédibilité du système juridique de propriété intellectuelle ne doit pas être compromise et son efficacité doit au contraire être renforcée pour lui permettre d'atteindre plus largement son objectif consistant à offrir une bonne protection de la propriété intellectuelle dans des conditions abordables et praticables. La contrefaçon et le piratage des éléments de propriété intellectuelle attirent fortement l'attention sur les problèmes qui se posent à cet égard.

## ENSEIGNEMENT ET FORMATION

12. La démocratisation du droit de la propriété intellectuelle commence par l'enseignement et la formation. Il est essentiel que l'instruction en droit de la propriété intellectuelle s'appuie sur une base bien plus large et que le thème traité devienne un élément classique de l'enseignement général du droit. Tout programme d'enseignement en droit devrait comprendre un cours de propriété intellectuelle d'un niveau raisonnablement avancé, de la même façon qu'il comprend des matières telles que le droit des biens, le droit patrimonial et le droit des contrats. Si tous les étudiants en droit suivaient un cours d'introduction au droit de la propriété intellectuelle dans le cadre de leur formation de base, cela favoriserait fortement la diffusion plus large des connaissances dans ce domaine. En dispensant un tel cours aux étudiants à un stade précoce, on franchira un grand pas dans la démythification et la démocratisation du droit de la propriété intellectuelle. Pour atteindre l'objectif consistant à incorporer le droit de la propriété intellectuelle dans la formation juridique de base, il peut s'avérer nécessaire d'adopter un texte législatif à cet effet, ou bien les universités et les autres établissements de formation doivent être incitées à faire du droit de la propriété intellectuelle un élément essentiel des cours de droit et convaincues d'agir en ce sens.

13. L'un des moyens permettant d'inciter les universités et autres établissements de formation à accorder au droit de la propriété intellectuelle la reconnaissance qui lui est due consisterait à encourager les conseils des ordres des avocats, qui réglementent la pratique du droit, à exiger une maîtrise raisonnable du droit de la propriété intellectuelle comme qualification de base pour avoir le droit d'exercer. Si ceci pouvait être réalisé, les universités et les autres établissements d'enseignement seraient tenus de faire figurer le droit de la propriété intellectuelle parmi les cours de base du programme d'enseignement du droit.

14. En ce qui concerne le milieu juridique actuel, il serait souhaitable que tous les juristes, membres du pouvoir judiciaire, autorités chargées de l'application du droit pénal et autres spécialistes suivent une formation ou un enseignement en droit de la propriété intellectuelle. Dans le monde moderne, l'enseignement juridique continu est fortement mis en avant afin que les membres des milieux juridiques soient informés des derniers développements intervenus dans le domaine du droit. La propriété intellectuelle devrait devenir un élément permanent de l'enseignement juridique continu.

15. En Afrique du Sud, un pas important a été franchi dans cette direction puisque des séminaires et des ateliers consacrés au droit de la propriété intellectuelle ont été organisés à l'intention des agents chargés de l'application du droit, voire des magistrats, qui représentent le premier niveau du corps judiciaire. Ce processus devrait se poursuivre et être élargi pour englober des membres du corps judiciaire d'un niveau hiérarchique supérieur tels que les juges des hautes cours.

16. Si les lois elles-mêmes pouvaient être simplifiées et rendues moins techniques, cela faciliterait l'enseignement et la formation des juristes dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle. Dans le passé, le caractère peut-être trop technique du droit de la propriété intellectuelle, qui l'a prédisposé à être fortement spécialisé, constituait un des obstacles à une compréhension et à une connaissance plus larges dans ce domaine. La démocratisation du droit de la propriété intellectuelle suppose nécessairement qu'il devienne plus accessible et donc plus compréhensible et plus largement exercé.

## REGLEMENT DES LITIGES

17. La démocratisation du droit de la propriété intellectuelle, le renforcement du socle des connaissances et l'augmentation du nombre de juristes spécialisés en propriété intellectuelle auxquels il est possible de faire appel contribueront à diminuer le coût actuellement élevé du contentieux relatif à la propriété intellectuelle. Cela permettra aussi de simplifier le droit et de le rendre moins technique. Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, le caractère pointu de la pratique du droit de la propriété intellectuelle et de la formation des spécialistes contribue au coût élevé du contentieux dans le domaine de la propriété intellectuelle.

18. La collecte et la préparation des éléments de preuves nécessaires pour établir l'existence des droits de propriété intellectuelle et démontrer la réalité des atteintes a largement contribué à augmenter le coût du contentieux dans le domaine de la propriété intellectuelle. En Afrique du Sud, la procédure judiciaire la plus fréquemment engagée dans les litiges en matière de propriété intellectuelle, à savoir la procédure sur requête, exige la présentation de preuves recevables exhaustives dès le départ, lors de l'ouverture de la procédure judiciaire. Il en résulte inévitablement que l'ouverture d'une procédure judiciaire se révèle très coûteuse, voire d'un coût prohibitif et dissuasif pour les parties potentielles les moins riches. Ce problème pourrait être atténué par l'adoption de procédures et de mesures permettant de limiter la charge de la preuve pesant sur le titulaire des droits de propriété intellectuelle qui souhaite engager une action en justice. Par exemple, l'on pourrait avoir recours à des présomptions, qui rendraient inutile ou moins onéreuse la présentation d'éléments de preuve par le titulaire des droits, tant que le défendeur ne conteste pas formellement les points de fond en présentant des preuves réfutant les présomptions ou déclarations du demandeur. Le cas échéant, le demandeur pourrait donc à son tour traiter ces points. Dans le cadre d'une action en justice pour atteinte au droit d'auteur, une présomption relative à l'existence et à la titularité du droit d'auteur découlant de la présentation des faits pertinents par le titulaire du droit d'auteur constituerait un bon exemple. Cela s'appliquerait aussi, par exemple, à l'absence de consentement du titulaire des droits concernant la réalisation d'actes d'atteinte par le défendeur. Dans les cas d'atteinte à des droits de propriété intellectuelle, il arrive fréquemment que des efforts considérables soient déployés et que des sommes très importantes soient investies pour établir, au moyen de preuves recevables, des faits qui sont bien connus ou qui relèvent du bon sens alors qu'une meilleure approche consisterait à confier au défendeur la charge de réfuter ou de contester ces faits.

19. En Afrique du Sud, les procédures régissant les actions en justice qui sont engagées devant une haute cour dans le domaine de la propriété intellectuelle tendent à être plutôt formalistes et à suivre la procédure accusatoire plutôt que la procédure inquisitoire. Cela débouche sur des procédures assez longues et techniques. Une forme de procédure simplifiée pourrait être intéressante dans la mesure où cela réduirait les coûts. En Afrique du Sud, dans d'autres domaines du droit tels que le droit de la concurrence et le droit des consommateurs, des commissions sont créées pour régler les litiges et les problèmes sur une base bien plus informelle que la procédure des hautes cours. Ces commissions fonctionnent de manière semi-administrative. Une approche similaire pourrait être adoptée pour le droit de la propriété intellectuelle. Une commission de ce type pourrait agir de manière plus inquisitoire lorsque le tribunal a des pouvoirs en matière d'enquête et d'interrogatoire. Cette approche pourrait être particulièrement bien adaptée au règlement des litiges en première instance.

20. Une autre possibilité pourrait consister à appliquer, dans les litiges relatifs à la propriété intellectuelle en général, une procédure similaire à la procédure de règlement des litiges relatifs aux noms de domaine de l'OMPI. Selon un tel système, les parties présenteraient leurs conclusions par écrit, dans une forme assez simplifiée, et bénéficieraient de délais brefs pour déposer des pièces, à la suite de quoi un arbitre jugerait la question sur la base des éléments dont il disposerait et rendrait une décision rapide. Ce type de procédure pourrait être particulièrement bien adapté aux litiges relatifs aux marques et au droit d'auteur dans lesquels le fondement même d'une décision suppose que l'arbitre adopte un jugement de valeur sur des questions telles que des similitudes pouvant prêter à confusion entre des marques ou des transactions concernant une partie substantielle de l'œuvre protégée par le droit d'auteur.

21. D'autres moyens formels de règlement des litiges pourraient s'appliquer aux litiges relatifs à la propriété intellectuelle. Parmi ces procédures, l'arbitrage est moins attirant car il ressemble fort à une procédure judiciaire formelle et peut en effet souvent se révéler plus coûteux que des poursuites engagées devant un tribunal ordinaire car l'arbitre perçoit des honoraires. Par ailleurs, la médiation représente une autre solution et pourrait en principe permettre de mettre un terme à de nombreux litiges relatifs à la propriété intellectuelle dans un délai relativement court et donc avec un coût relativement faible. En Afrique du Sud, il est envisagé, comme dans d'autres pays, de rendre obligatoire l'étape du recours à la médiation dans le cadre d'un contentieux. Ces mesures devraient être introduites plus particulièrement dans le cadre de l'arbitrage des litiges en matière de propriété intellectuelle. En principe, la médiation devrait pouvoir mettre un terme à de nombreux litiges relatifs à la propriété intellectuelle, mais en pratique cette forme de règlement des litiges n'a pas été suffisamment appliquée dans le passé. Il s'agit essentiellement d'un processus volontaire décidé par consensus entre les parties. Si la médiation est rendue obligatoire dans le cas de litiges relatifs à la propriété intellectuelle et que les parties sont donc contraintes d'y recourir, parfois contre leur gré, des avantages suffisants doivent être proposés aux parties pour qu'elles parviennent à un règlement dans ce contexte. Ceci pourrait être mis en place à l'aide de mesures telles que la condamnation à des frais punitifs ou d'autres sanctions dans le cadre de la procédure judiciaire, si le litige n'a pas été résolu par la médiation alors qu'il s'agissait de circonstances dans lesquelles un processus de médiation aurait raisonnablement dû permettre le règlement du litige.

22. Les litiges relatifs à la propriété intellectuelle ont grand besoin d'être réglés par le biais de procédures moins coûteuses, telles que la médiation, et cette question mérite un examen immédiat et attentif.

## FINANCEMENT DE LA PROCEDURE JUDICIAIRE

23. Quel que soit le moyen ou la procédure utilisé afin de régler les différends en matière de propriété intellectuelle, des dépenses seront engagées dans une mesure plus ou moins grande, selon le mode de règlement des différends suivi, et, si une décision judiciaire est nécessaire, la nature de l'instance et la durée et la complexité de la procédure. Le financement d'un contentieux en justice et d'une procédure de règlement des différends en matière de propriété intellectuelle constitue donc un facteur omniprésent qu'il convient de prendre en compte pour "démocratiser" le droit de la propriété intellectuelle et pour que les voies de recours disponibles soient accessibles à tous.

24. En Afrique du Sud, le principe de base du contentieux est que la partie qui succombe finalement (y compris à l'issue d'éventuels recours) doit généralement payer les frais de procédure de la partie qui obtient gain de cause. La décision d'attribution des dépens comprend généralement deux composantes, à savoir les frais "de partie à partie" et les frais dus à l'avocat par le client. La première catégorie de frais consiste dans le versement d'un dédommagement ou dans le paiement d'un montant à titre de remboursement pour toutes les dépenses qui ont dû être engagées dans le cadre de l'action en justice, calculés selon un barème officiel. La seconde catégorie de frais englobe le paiement de tous les coûts raisonnables supportés par la partie au litige imputable à l'action engagée tels qu'ils ont été établis par le "juge taxateur", magistrat chargé de fixer les frais de justice selon ce qu'il considère comme approprié. Selon une règle générale empirique, les frais de partie à partie s'élèvent normalement à environ 60% des dépenses totales d'une partie au litige, alors que les frais dus à l'avocat par le client en représentent généralement de 75% à 80%.

25. Ce système de paiement des frais signifie qu'une partie qui a été déboutée est tenue de payer la totalité de ses frais ainsi que plus de 50% des frais de la partie ayant obtenu gain de cause, selon le pourcentage ordonné par le tribunal. Si on ajoute un ou plusieurs recours à l'équation, cela signifie qu'une partie déboutée peut devoir payer des frais considérables, se chiffrant en centaines de milliers voire en millions de dollars des États-Unis. Compte tenu des proportions que peuvent prendre ces frais, engager une procédure judiciaire en matière de propriété intellectuelle peut constituer un risque financier excessif pour presque tous les requérants potentiels à l'exception des plus riches. Naturellement, si le titulaire des droits est la partie qui obtient gain de cause, il se trouve dans une position relativement favorable puisqu'il pourrait finalement ne devoir supporter qu'une petite partie des dépenses qu'il a engagées, mais cela donne à l'action judiciaire un caractère assez aléatoire. Pour que les procédures d'application du droit de la propriété intellectuelle soient accessibles à l'ensemble de la société, et hormis les mesures et les efforts tendant à réduire le coût d'une action judiciaire dont il a été question précédemment, une forme d'assistance financière doit être mise en place pour couvrir les coûts d'une procédure judiciaire.

26. L'allègement de la charge financière constituée par les frais judiciaires peut prendre deux formes, à savoir subventionner ces frais ou prévoir qu'une procédure judiciaire ne doit engendrer aucun frais, être menée à titre gracieux, ou reposer éventuellement sur le principe de la rémunération conditionnelle. .

27. L'Afrique du sud dispose d'un système d'aide juridique réglementé par la loi. Selon ce système, les frais de justice à la charge d'une partie qui remplit les conditions pour bénéficier de l'aide juridique sont payés par un organisme financé par l'État dans certaines circonstances. Le système d'aide juridique vaut principalement pour les procédures pénales et vise plus particulièrement les parties défenderesses, mais il prévoit aussi le paiement des frais de justice dans le cas de certaines procédures au civil. Pour qu'une partie à une procédure civile bénéficie de l'aide juridique, elle doit tout d'abord être indigente et avoir un revenu très faible. Deuxièmement, le Conseil de l'aide juridique, c'est-à-dire l'organisme qui gère le système, doit être convaincu qu'il existe une chance raisonnable que la procédure civile aboutisse et, compte tenu de ses autres engagements, qu'il dispose de fonds suffisants pour intervenir. Ce système est loin d'être satisfaisant du point de vue de celui qui envisage une procédure judiciaire dans le domaine de la propriété intellectuelle et qui n'est pas fortuné. Ce n'est probablement que dans des cas très rares que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle qui souhaite faire valoir ses droits contre une autre partie pourra bénéficier de l'aide juridique dans le cadre de ce système. En d'autres termes, bien que l'Afrique du Sud



soutienne le principe de l'aide juridique en faveur des parties dépourvues de moyens, aucun fond public n'est actuellement concrètement disponible pour financer des contentieux relatifs à la propriété intellectuelle.

28. Il devrait exister un fonds administré par l'État qui mette de l'argent à disposition pour les affaires qui le méritent en vue de l'intentement d'une action judiciaire dans le domaine de la propriété intellectuelle. La question fondamentale qui se pose est toutefois de savoir d'où proviendront les ressources financières pour alimenter ce fonds. Compte tenu de la frugalité des moyens d'aide juridique existants consacrés au financement de procédures civiles, on peut compter que l'État ne sera pas disposé à financer des procédures judiciaires relatives à des droits de propriété intellectuelle dans les proportions souhaitables – voire pas du tout – au moyen des recettes globales. Pour qu'un tel fonds existe, ses ressources devront être tirées de sources liées à la propriété intellectuelle.

29. Dans un régime de propriété intellectuelle, les droits ou taxes officiels sont payés aux diverses étapes de l'obtention et du maintien des droits de propriété intellectuelle. Ces étapes consistent en particulier en l'enregistrement des brevets, des marques et des dessins et modèles, l'accomplissement de diverses fonctions administratives en relation avec ces éléments ou ces droits, telles que les modifications apportées aux enregistrements, etc., et le renouvellement des enregistrements. Ces droits ou taxes officiels sont perçus par l'État en tant que contrepartie des avantages que retirent les titulaires de droits de propriété intellectuelle de l'enregistrement de leurs droits. Les droits ou taxes constituent aussi une contribution à l'établissement et à la gestion des différents registres. Ils génèrent des recettes importantes et on peut affirmer qu'une portion de ces recettes pourrait servir à créer un fonds pour financer des actions en justice relatives à la propriété intellectuelle ou aider au financement de ces actions. Une autre solution consisterait à ajouter aux droits ou aux taxes une redevance, dont le produit pourrait être versé dans un fonds destiné à financer les procédures judiciaires en matière de propriété intellectuelle. Les fonds ainsi dégagés pourraient être utilisés par l'État pour financer les procédures judiciaires en matière de propriété intellectuelle, ces fonds découlant directement de l'attribution ou de la création de droits de propriété intellectuelle. L'utilisation de fonds découlant directement de la création de droits de propriété intellectuelle pour aider et faciliter l'application des droits de propriété intellectuelle peut être considérée comme ne souffrant pas d'exceptions. En fait, l'existence d'un tel fonds ajouterait de la valeur à la propriété créée par l'enregistrement d'un élément de propriété intellectuelle ou matérialisé dans cet enregistrement. Un fonds de ce type devrait aussi être réglementé et administré conformément au système actuel d'aide juridique et il fonctionnerait sous l'égide de l'État. L'utilisation des fonds ne devrait pas être limitée à l'application de ces types de droits de propriété intellectuelle découlant d'un enregistrement mais devrait aussi englober le droit d'auteur et tous autres formes de droits de propriété intellectuelle non enregistrés.

30. Ainsi que cela a été dit précédemment, au lieu de fournir des fonds pour financer des procédures judiciaires en matière de propriété intellectuelle, il est possible de prévoir la possibilité d'engager une telle procédure sans frais pour le titulaire des droits. Deux possibilités existent à cet égard, à savoir faire appel à des praticiens du droit rémunérés à partir des indemnités versées (honoraires conditionnels) par la partie adverse ou intervenant à titre gracieux.

31. Contrairement à de nombreux pays, la pratique qui consiste dans le paiement d'honoraires conditionnels, dans le cadre de laquelle la rémunération de l'avocat chargé de

l'affaire se définit en pourcentage des dommages-intérêts ou d'autres indemnités monétaires attribués dans le cadre de la procédure, n'est pas courante. Les avocats sont libres d'accepter une cause selon un système de rémunération conditionnelle s'ils le souhaitent et diverses règles sont énoncées par l'ordre des avocats, qui doivent être rigoureusement appliquées. La caractéristique essentielle de ce type de rémunération réside dans le fait que la part des indemnités auxquelles aura droit l'avocat doit être strictement précisée à l'avance et l'ensemble du dispositif ainsi convenu doit figurer dans un accord formel signé par l'avocat et le client avant le début de la procédure. En ce qui concerne les avocats, le fait de travailler sur la base d'honoraires conditionnels a pour conséquence que l'avocat concerné a le droit de demander le double de ses honoraires normaux dans le cas où la procédure en justice serait couronnée de succès, ce qui signifie que la procédure doit déboucher sur une compensation financière suffisante pour couvrir l'augmentation d'honoraires de l'avocat. L'expérience montre que ce type d'accords portant sur des honoraires conditionnels ne sont que rarement voire jamais utilisés dans les contentieux relatifs à la propriété intellectuelle, l'une des raisons étant que, en général, peu d'affaires ont donné lieu à des dommages-intérêts élevés. Dans de nombreux types de contentieux relatifs à la propriété intellectuelle, l'objectif principal est d'obtenir une interdiction ou une ordonnance empêchant le comportement illicite. Dans de tels cas, naturellement, il n'est pas question d'obtenir des montants qui puissent être partagés par les praticiens du droit sur la base d'honoraires conditionnels.

32. Pour encourager les praticiens du droit à accepter des honoraires conditionnels, une possibilité consiste à accroître les chances qu'une procédure couronnée de succès débouche sur le versement d'indemnités importantes pour le demandeur. En dehors du droit d'auteur qui prévoit le versement de "dommages-intérêts additionnels" dans certaines circonstances, les dommages et intérêts versés en Afrique du sud se limitent au remboursement de la perte patrimoniale, et cette forme de préjudice, et en particulier son étendue, est très difficile à établir. Toutefois, modifier les lois relatives à la propriété intellectuelle de façon à y introduire le paiement de sommes importantes consistant en des "dommages-intérêts légaux", pour reprendre la terminologie utilisée aux États-Unis d'Amérique, accroîtrait les chances qu'une procédure judiciaire en matière de propriété intellectuelle débouche sur une indemnisation financière importante et, par conséquent, augmenterait l'intérêt, pour les praticiens du droit, de travailler sur la base d'honoraires conditionnels. Il existe donc de bonnes raisons d'introduire, dans le contexte actuel, le versement de dommages-intérêts légaux parmi les indemnisations prévues dans les lois relatives à la propriété intellectuelle.

33. Le système qui oblige les avocats à réaliser un certain volume de travail à titre gracieux constitue une évolution assez récente en Afrique du Sud, mais cette évolution s'amplifie. Ce phénomène s'accroît grâce aux ordres d'avocats qui exigent de leurs membres d'exécuter une part du travail à titre gracieux dans le cadre de leurs règlements, dans lesquels il est précisé que si les membres ne remplissent pas leurs obligations à cet égard, ce comportement sera considéré comme un manquement professionnel justifiant une sanction disciplinaire. En termes généraux, ces services doivent être fournis à titre gracieux dans une optique altruiste ou philanthropique dans le sens des intérêts et du bien-être du grand public et comme témoignage du respect de la déclaration des droits consacrés dans la Constitution sud-africaine. Ces services doivent être fournis à des organisations non-gouvernementales, sans but lucratif ou répondant aux besoins de la population locale et travaillant dans l'intérêt général, ou à des personnes ou à des groupes qui n'ont pas les moyens de payer et qui, autrement, n'auraient pas accès à la justice. Le système en question vise essentiellement à répondre aux besoins de personnes aux moyens limités.

34. Chaque membre actif de l'ordre des avocats est tenu de fournir 24 heures de travail à titre gracieux par an, ou, lorsqu'un cabinet compte un grand nombre de personnes, un total d'heures égales au nombre de personnes multiplié par 24 heures, même si les services effectifs ne sont fournis que par l'un ou quelques-uns des membres du cabinet. Les services fournis à titre gracieux ne couvrent toutefois pas les frais ou les dépenses des avocats, dont le montant peut être récupéré auprès du client.

35. La mise en place d'un système de services fournis à titre gracieux contribue à aider les titulaires de droits de propriété intellectuelle disposant de moyens financiers limités à faire appliquer leurs droits, mais la portée de ces services ne peut pas véritablement permettre de mettre en place un dispositif général convaincant pour fournir une assistance financière aux titulaires de droits de propriété intellectuelle désireux de faire appliquer leurs droits par le biais d'une action en justice. Ce système peut, au mieux, apporter une assistance dans des cas particuliers. Pour les raisons qui seront exposées plus loin, le système de services non rémunérés est actuellement surtout intéressant pour la fourniture de services juridiques de nature non contentieuse, ou peut-être en tant que mécanisme permettant de filtrer et d'éliminer les affaires potentiellement contentieuses mais dépourvues de fondement.

36. La façon à la fois la plus convaincante et la plus réaliste de fournir une assistance financière dans le cadre de contentieux en matière de propriété intellectuelle passe par la création d'un fonds d'aide juridique, ainsi que cela est indiqué précédemment. En outre, aussi bien dans le cas d'un accord portant sur des honoraires conditionnels qui ne débouche pas sur des indemnités suffisantes que lorsque les services juridiques sont fournis à titre gracieux, on risque d'être placé devant un grave problème s'agissant du paiement des frais de l'autre partie, pour le cas où la partie aidée n'obtient pas gain de cause à l'issue de la procédure. Il est très bien qu'un avocat engage une action en justice sans percevoir d'honoraires, permettant ainsi à son client de ne pas engager de dépenses, mais, si l'action en justice n'est pas couronnée de succès, le client pourrait se voir adresser une lourde facture au titre des frais à payer à l'autre partie. Devoir payer les frais de l'autre partie pourrait être désastreux pour une partie peu fortunée, même s'il n'a aucun frais de son côté. Par conséquent, pour qu'un système sans honoraires ou un système prévoyant des honoraires conditionnels fonctionne correctement, il conviendrait de prévoir qu'une partie n'obtenant pas gain de cause puisse obtenir une assistance pour pouvoir faire face à une condamnation aux dépens prononcée en faveur de la partie adverse. Dans ces conditions, tout système d'aide juridique mis en place devrait prévoir deux cas de figure : premièrement, le paiement de la totalité des frais d'une partie potentielle (y compris le paiement de la condamnation aux dépens obtenue par l'autre partie) et, deuxièmement, un dispositif prévoyant l'éventualité pour une partie de devoir payer les frais de l'autre partie lorsque les frais de la première partie ne sont pas financés au moyen du dispositif d'aide juridique.

37. Le coût élevé des procédures judiciaires en matière de propriété intellectuelle constitue un problème grave qui affecte fondamentalement le système de la propriété intellectuelle dont il sape l'efficacité et l'utilité. Ce problème doit être résolu pour que le droit de la propriété intellectuelle se démocratise.

## CONTREFAÇON ET PIRATAGE

38. Les éléments examinés dans les paragraphes précédents valent pour tous les aspects des procédures judiciaires relatives à la propriété intellectuelle en général mais la lutte contre la

contrefaçon et le piratage présentent des particularités qui ne s'appliquent pas nécessairement dans le cas d'autres types de contentieux en matière de propriété intellectuelle. Ce problème mérite donc une attention particulière.

39. D'une façon générale, le piratage et la contrefaçon interviennent lorsqu'un produit suscite une forte demande et lorsqu'il existe une propension à satisfaire à cette demande au moyen de produits falsifiés et à réaliser un bénéfice en faisant commerce de ces produits. Cela arrive en particulier lorsque le prix auquel les produits authentiques sont vendus au public est sensiblement plus élevé que le prix auquel les contrefacteurs et les pirates peuvent vendre leurs produits falsifiés. Le piratage et la contrefaçon sévissent aussi lorsque les produits authentiques ne peuvent pas être obtenus sur un marché déterminé pour quelque raison que ce soit et lorsque le producteur des produits authentiques n'est donc pas en mesure de répondre à la demande.

40. La contrefaçon et le piratage peuvent être combattus de deux façons, c'est-à-dire en prenant des mesures préventives et des mesures visant à faire appliquer les droits dans le but de faire cesser l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle et en diminuant la demande de produits contrefaits et pirates par la prise de mesures anticipées.

41. Le piratage et la contrefaçon reposent généralement sur des volumes assez importants de produits falsifiés, et du fait de la généralisation de ces produits sur le marché, il peut être très coûteux pour les titulaires des droits de propriété intellectuelle d'éliminer ces produits du marché en question. Le piratage et la contrefaçon, ainsi que le commerce des produits contrefaisants et des produits pirates, constituent généralement une infraction pénale (tel est le cas en Afrique du Sud) et les titulaires de droits de propriété intellectuelle peuvent donc recourir aux mécanismes d'application des droits prévus par la législation de l'État pour protéger leurs droits. Une action pénale peut être relativement peu coûteuse par rapport à une action civile mais, tant que les titulaires de droits ne pourront pas compter sur des responsables de l'application des lois dotés de plus larges compétences acquises par la formation et d'autres moyens, ils devront contribuer concrètement aux procédures d'application des droits, ce qui entraînera des coûts pour eux. Il est souvent illusoire de penser que l'on peut réduire le coût de l'application des droits au moyen d'une action pénale. En règle générale, les procédures pénales visant à l'application des droits ne sont généralement pas aussi efficaces que les procédures civiles, du fait principalement du manque de compétences et d'expérience de la part des responsables de l'application du droit pénal en ce qui concerne les questions touchant à la propriété intellectuelle.

42. Pour compléter les mesures mentionnées ci-dessus en vue de simplifier et de raccourcir les procédures d'application des droits, il est utile, en rapport avec des affaires de piratage et de contrefaçon, de recourir à des procédures plus rapides en vue de faire saisir et détenir par les autorités douanières des produits falsifiés à l'importation. Par exemple, une fois qu'un importateur aura été informé de la saisie de produits suspectés d'être contrefaisants ou pirates, l'importateur en question pourra bénéficier d'un délai limité à un nombre de jours expressément indiqué pour prouver de façon satisfaisante que les produits en question ne sont pas des produits pirates ou contrefaisants et, s'il ne s'exécute pas dans le délai indiqué, les produits seront automatiquement considérés comme falsifiés et confisqués.

43. Le coût d'une procédure civile visant à faire appliquer des droits peut être affecté par tous les facteurs susmentionnés. D'une façon générale, les titulaires de droits de propriété intellectuelle qui engagent des poursuites contre des auteurs d'actes de contrefaçon et de

piratage disposent de ressources financières suffisantes et la question d'une action engagée sur la base d'une aide juridique ou de services fournis à titre gracieux ne se pose généralement pas.

44. La prise de mesures préventives consistant à restreindre la demande de produits contrefaisants et pirates met en cause les politiques commerciales et les modèles commerciaux appliqués par les titulaires de droits de propriété intellectuelle. Lorsque les prix demandés sur le marché pour les produits authentiques sont totalement disproportionnés par rapport au coût de production des produits et que des bénéfices déraisonnables sont réalisés, la situation est particulièrement propice au piratage et à la contrefaçon. Par conséquent, mieux équilibrer les prix des produits et les coûts de production est susceptible d'influer sur le marché du piratage et de la contrefaçon parce que les contrefacteurs et les pirates auront des coûts de production similaires et la différence de prix entre les produits authentiques et les produits pirates et contrefaisants sera moindre.

45. Lorsque des produits authentiques sont réalisés dans le cadre d'une licence de propriété intellectuelle, en particulier une licence concédée par un donneur de licence étranger, le paiement de redevances peut aussi contribuer à créer une différence de prix importante entre les produits authentiques et les produits pirates ou contrefaisants. Il est donc utile de maintenir les droits de licence à un niveau minimum ou réaliste.

46. En Afrique du Sud, dans le cas des redevances qui sont payées à des donneurs de licences étrangers, il est nécessaire d'obtenir l'accord de l'autorité responsable du contrôle des changes en ce qui concerne les accords de licence qui régissent le paiement des redevances. Dans la pratique, les autorités responsables du contrôle des changes en Afrique du Sud limitent les montants des redevances qui peuvent quitter le pays. Cela peut avoir pour effet d'obliger les titulaires étrangers de droits de propriété intellectuelle à maintenir leur barème de redevances à des niveaux raisonnables. De cette façon, l'État ou les autorités responsables du contrôle des changes peuvent exercer une influence sur le prix du marché des produits authentiques et peuvent donc contribuer à diminuer la différence entre le prix des produits authentiques et celui des produits contrefaisants ou pirates. Un gouvernement qui souhaite lutter contre le piratage et la contrefaçon sur le territoire de son pays peut effectivement promouvoir les échanges commerciaux légaux en contrôlant le paiement des redevances.

47. Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle peut généralement mettre ses produits à disposition dans n'importe quel pays de son choix. Si ce titulaire souhaite créer dans un pays un climat qui ne favorise pas le piratage ou la contrefaçon, il doit faire en sorte que le volume de produits authentiques offerts sur le marché du pays en question soit suffisant pour répondre à la demande. Les titulaires de droits de propriété intellectuelle peuvent donc, dans cette mesure, créer dans un pays un climat moins propice au piratage et à la contrefaçon. Un secteur d'activité tel que le secteur cinématographique est à cet égard souvent son propre pire ennemi parce qu'il crée des créneaux de distribution des divers supports sur lesquels les films peuvent être offerts sur le marché. Une politique qui permet de mettre sur le marché d'un pays des versions licites d'un film sur DVD uniquement à l'issue d'un délai déterminé à compter de la sortie en salle du film en question encourage peut-être inconsciemment la demande de versions contrefaisantes ou piratées du film en question sur DVD, sur le marché.

48. Pendant la période de l'apartheid en Afrique du Sud, plusieurs titulaires de droits de propriété intellectuelle, et plus particulièrement des titulaires de droit d'auteur sur des films cinématographiques, ont boycotté le pays et n'ont pas permis que leurs produits soient

commercialisés dans le pays. Cela a constitué une occasion exceptionnelle pour les pirates et les contrefacteurs de créer un marché dans le pays pour leurs produits et ils ont profité avidement de la possibilité qui leur était ainsi offerte. Pire, parce que les titulaires de droits ne commercialisaient pas eux-mêmes leurs produits dans le pays, ils n'ont guère fait preuve d'enthousiasme et d'intérêt pour engager des actions visant à faire appliquer leurs droits. De cette façon, un marché à la fois vaste et lucratif de produits piratés et contrefaisants s'est développé en Afrique du Sud, ce qui a stimulé le piratage et la contrefaçon d'une façon générale. L'Afrique du Sud s'est engagée sur une route longue et difficile avec la volonté d'effacer le préjudice ainsi causé (bien qu'avec les meilleures intentions du monde) au commerce, dans le pays, des produits authentiques protégés par la propriété intellectuelle. En outre, l'idée que l'achat de produits pirates ou contrefaisants est une pratique acceptable a gagné du terrain dans l'esprit du public.

49. En Afrique du Sud et dans la plupart des pays, il y a une certaine mentalité qui existe selon laquelle il n'y a rien de moralement condamnable à acheter des produits pirates ou contrefaisants ou, d'ailleurs, à produire et de commercialiser de tels produits. Les titulaires de droits de propriété intellectuelle sont considérés comme des "nantis", qui sont extrêmement riches, de sorte qu'il n'y a rien de répréhensible à pirater ou contrefaire leurs produits. Le grand public manifeste même une forme de snobisme à l'envers qui veut qu'il serait bien de posséder des produits contrefaisants ou pirates ou d'utiliser ce genre de produits. Une distinction est établie entre, d'une part, la détérioration ou la destruction, ou le vol, de produits tangibles, tels que véhicules automobiles, biens d'équipement ménagers, etc., et, d'autre part, le tort porté à la propriété intellectuelle ou le « vol » d'éléments de propriété intellectuelle. La première catégorie d'objets est sacro-sainte alors que la deuxième est une cible légitime. Il sera toujours difficile de prévenir le piratage et la contrefaçon de produits tant que cet état d'esprit existera parmi le grand public. Par contre, de grands progrès pourraient être réalisés dans la lutte contre la contrefaçon et le piratage de produits si le grand public pouvait être convaincu que, non seulement le piratage et la contrefaçon de produits sont illégaux mais que ces actes sont répréhensibles et méprisables d'un point de vue moral. L'une des meilleures façons de prévenir ces maux consiste à assécher le marché des produits en question. Cela serait possible si le grand public considérait les produits pirates et contrefaisants avec réprobation et mépris. Pour arriver à ce résultat, il est nécessaire d'engager un programme de sensibilisation et d'éducation efficace et global. Une telle campagne d'une portée assez limitée a été menée par l'industrie cinématographique en Afrique du Sud avec des résultats encourageants, mais les efforts déployés dans ce sens doivent être étendus et intensifiés.

50. En résumé, un modèle commercial ou un mode de commercialisation qui vise à réaliser des bénéfices élevés à partir d'un volume de ventes de produits authentiques limité risque certainement plus de stimuler le commerce des produits de contrefaçon et des produits pirates qu'un modèle ou une pratique qui vise à réaliser un bénéfice réduit à partir d'un volume de ventes important. Ce dernier modèle commercial convient donc mieux à la création d'un environnement qui ne soit pas propice au piratage ou à la contrefaçon. En outre, les titulaires de droits de propriété intellectuelle doivent pouvoir engager des actions visant à faire appliquer leurs droits plus facilement et à moindre coût, et le marché doit perdre de son attrait pour les produits pirates et contrefaits.

51. La contrefaçon et le piratage constituent la plus grande menace pour la propriété intellectuelle actuellement. Les titulaires de droits de propriété intellectuelle et les gouvernements qui cherchent à maintenir la valeur des droits de propriété intellectuelle doivent manifester de la perspicacité en faisant tout leur possible pour promouvoir une

application efficace et au meilleur coût des droits de propriété intellectuelle. La survie de la propriété intellectuelle peut en dépendre.

[Fin du document]